DESAFIOS DO DIREITO NO SÉCULO XXI

UMA REFLEXÃO LUSO-BRASILEIRA SOB O SIGNO INTERDISCIPLINAR



Escola de Direito da Universidade do Minho

DESAFIOS DO DIREITO NO SÉCULO XXI: UMA REFLEXÃO LUSO-BRASILEIRA SOB O SIGNO INTERDISCIPLINAR

Escola de Direito da Universidade do Minho

2019

FICHA TÉCNICA

TÍTULO DA PUBLICAÇÃO
Desafios do Direito no Século XXI: uma reflexão luso-brasileira sob o signo interdisciplinar

COMISSÃO CIENTÍFICA
Isabel Celeste M. Fonseca
Larissa A. Coelho

COORDENAÇÃO TÉCNICA
Diana Coutinho
Larissa A. Coelho

DATA DE PUBLICAÇÃO
Agosto de 2019

EDIÇÃO
Escola de Direito da Universidade do Minho
Centro de Investigação em Justiça e Governação

FOTO ORIGINAL NA CAPA
Photo by Adam Birkett on Unsplash

PAGINAÇÃO E DESIGN
Pedro Rito

ISBN
978-989-54194-6-3

NOTA PRÉVIA

Permitam-nos que neste prefácio inicie a apresentação da obra citando Gabriel García Márquez: "não esperem nada do séc. XXI. O século XXI é que espera de vós"[1]. E, inspirada nessa ideia desafiadora, permitam-nos que apresente os textos aqui reunidos e especialmente os dos mais jovens investigadores, pois é às gerações mais jovens que pertencem as *chaves do século XXI*: afinal este é o seu século e para nele viver é preciso aprender a decifrar concretamente os sinais do futuro e traduzi-lo em entendimentos partilhados e em projectos comuns.

É neste sentido de interdisciplinaridade e diálogo de culturas que nos propomos recomendar vivamente a leitura dos textos dos nossos colegas oriundos dos dois lados do Atlântico, ao mesmo tempo que agradecemos a generosa oferta para a publicação pela Escola de Direito da Universidade do Minho.

Para dar resposta atempada aos *desafios do século XXI* é preciso, antes de mais, colocar boas questões, com a finalidade, se possível, de lhes dar boas propostas de resposta – antes que seja demasiado tarde.

As coordenadoras científicas,

Isabel Celeste M. Fonseca
Larissa A. Coelho

[1] Gabriel Garcia MÁRQUEZ, *Eu não vim fazer um discurso*, Rio de Janeiro, Record, 2011.

SUMÁRIO

PARTE I
Da periferia ao global: os desafios para uma tutela multinível dos direitos fundamentais
1

Reflexões jurídicas da pós-modernidade: uma perspectiva multidisciplinar sobre o direito e o risco
Isabel Celeste M. Fonseca
3

El nomos de la globalización
Almudena Bergareche Gros
13

O caso Schrems contra Facebook e o contrato de consumo internacional
Anabela Susana de Sousa Gonçalves
25

O desafio do desenvolvimento sustentável – a implementação do Acordo de Paris na União Europeia, palco de ensaio de um modelo (glocal) de governação sustentável
Sophie Perez Fernandes
43

Regulación para la competencia en el actual espacio jurídico europeo
Ignacio Zamora Santa Brígida
63

Direito e conservação do patrimônio geológico no Brasil: um enfoque a partir do direito à paisagem
Luciano J. Alvarenga
75

Proteção de dados pessoais: da Diretiva ao Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados
Tiago Branco da Costa
93

Reflexiones acerca del binomio nuevas tecnologías - mediación como instrumento de resolución de conflictos surgidos en el ámbito comercial
Almudena Valiño Ces
115

Democracia, legitimidade e competência legislativa na União Europeia
Tiago Sérgio Cabral
133

O ato administrativo transnacional no âmbito da União Europeia e Mercosul: a abertura de fronteiras através do reconhecimento mútuo de diplomas e certificados profissionais
Rômulo Barreto Jr
167

Interpretação e decisão em Niklas Luhmann: transmodernidade e descolonização
Heroana Letícia Pereira e Rafael Lazzarotto Simioni
179

Tutela internacional de alimentos: uma análise da eficácia da execução de alimentos no estrangeiro
Luís Henrique Gonçalves de Azevedo Pinto
185

Reflexões sobre a política e suas implicações na teoria da interconstitucionalidade
Larissa A. Coelho
203

PARTE II
A igualdade em questão: os desafios para a educação, multiculturalismo e o género
213

Direito e desenvolvimento: os desafios do direito à educação superior
Fábio S. Santos e Edivaldo M. Boaventura
215

Democracia e educação democrática: narrativas para o Brasil
Guilherme Perez Cabral
229

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948: aspectos relevantes de sua interpretação por meio das visões universalista, relativista e multiculturalista
Maira de Souza Almeida
249

A laicidade e a proibição do hijab nas escolas francesas
Jéssica Fonseca Teles
263

Biologia, direito e educação: a viabilidade de políticas públicas entre os institutos para o desenvolvimento do ensino superior no Brasil
Priscila Elise Alves Vasconcelos e Cláudia Ribeiro Pereira Nunes
283

A educação em sexualidade abrangente como caminho para a promoção dos direitos sexuais e reprodutivos no século XXI
Mariana Schafhauser Boçon
293

O papel do direito da publicidade na promoção da igualdade de género
Ana Clara Azevedo de Amorim
317

Los contenidos audiovisuales: una herramienta contra la violencia de género
Belén Andrés Segovia
333

¿Son los diálogos restaurativos en determinados escenarios de violencia de género instrumentos empoderadores para la igualdad?
Cristina Alonso Salgado
353

Cidadania sexual em África: repensar formas de inclusão em Moçambique
Rui André Garrido
365

PARTE III
Os desafios à proteção dos migrantes internacionais
387

Crise ou adaptação? Migração e mudança climática em um contexto de alta mobilidade
Clodoaldo Silva da Anunciação e Daniel Francisco Nagao Menezes
389

Migração e pobreza no sul da Bahia: a relação com a teoria da privação das capacidades
Maria Luiza Silva Santos
405

As migrações no contexto da globalização e a difícil questão da integração dos migrantes nas sociedades de acolhida
Maria Hylma Alcaraz Salgado
419

Direito Internacional do turismo: a liberdade de circulação de pessoas entre o turismo e o terrorismo
Rui Badaró
437

O acordo UE-Turquia sobre o fluxo de refugiados versus os artigos 18º e 19º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: um estudo de caso
Manoela Galende Costa
461

Direito dos refugiados no Brasil: a efetividade sob uma perspectiva histórica, legislativa e de dados da atual conjuntura

Moisés Siqueira da Silva Costa e Régis Willian da Silva Andrade
483

Acesso à justiça e aos direitos sociais por imigrantes haitianos em Minas Gerais
João Alves de Souza Júnior
507

A (des)proteção dos direitos humanos dos migrantes haitianos pelo judiciário brasileiro
Thiago Oliveira Moreira
527

O princípio do melhor interesse da criança e os processos de refúgio: o dilema das crianças desacompanhadas nos processos de deslocamento humano forçado e os procedimentos de proteção a nível global e no sistema interamericano de direitos humanos
Estela Cristina Vieira de Siqueira
549

A proteção dos direitos humanos das crianças sírias em tempos de guerra
Cícero Krupp da Luz e Larissa Machado Cruz
567

O veto ao artigo 1ª, §2 da Lei 13.445/17 e a criminalização dos povos originários
Amanda de Souza Camargo, Carolina Piccolotto Galib, Luís Renato Vedovato, Maria Carolina Gervásio Angelini e Viviane de Arruda Pessoa Oliveira
589

PARTE IV
Políticas públicas em foco: os desafios no âmbito criminal e laboral
599

O regime dos direitos de personalidade nas relações de trabalho
Teresa Coelho Moreira
601

Direito do trabalho no século 21: a era dos trabalhadores "criativos"
Luís Renato Vedovato e Daniel Francisco Nagao Menezes
623

A condenação à pena de morte como uma tática contra o terrorismo
Douglas Ribeiro Weber
641

A mãe infratora da colônia penal feminina do Recife: a dissociação entre a aplicação das leis e a realidade
Maria Luíza Maranhão Dias Cabral
657

Análise do acórdão "C-111/17 PPU" do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre rapto internacional de criança
José António Cordeiro de Oliveira
681

A discriminação dos trabalhadores em razão da deficiência: uma breve análise do conceito de adaptação razoável sob uma ótica de igualdade indireta
Lucas Raposo Oliveira Faria
695

Direitos humanos e trabalho decente vis-à-vis a ampliação da permissão jurídica da terceirização e a crise da representatividade sindical: o que será dos trabalhadores terceirizados do Brasil?
Silvio Beltramelli Neto e Laís Silveira
705

Análise do impacto e eficiência das políticas públicas de prevenção de reincidência ao trabalho análogo à de escravo no Brasil
Jéssica Yume Nagasaki, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis e Eduardo Henrique Lopes Figueiredo
729

Estado e direitos sociais no Brasil: uma análise sobre as reformas no governo Temer
Janicleide Marques Lima, Sérgio Ricardo Ribeiro Lima e Alessandro Fernandes de Santana
753

PARTE I

Da periferia ao global: os desafios para uma tutela multinível dos direitos fundamentais

REFLEXÕES JURÍDICAS DA PÓS-MODERNIDADE: UMA PERSPECTIVA MULTIDISCIPLINAR SOBRE O DIREITO E O RISCO

Isabel Celeste M. FONSECA[1]

0.

Permitam-me que inicie esta reflecção sobre o Direito e o Risco citando Gabriel García Márquez: "não esperem nada do séc. XXI. O séc. XXI é que espera de vós"[2]. E, inspirada nessa ideia desafiadora, permitam-me que saúde especialmente os mais jovens, pois é às gerações jovens que pertencem as *chaves do século XXI*: afinal este é o seu século e para nele viver é preciso aprender a decifrar concretamente os sinais do futuro e traduzi-lo em entendimentos partilhados e em projectos comuns. É neste sentido que me proponho lembrar Koichiro Matsuura, Director-geral da Unesco, e aquelas que podem ser as chaves para entrar no século XXI por ele apresentadas[3], e alguns dos instrumentos de navegação para que neste século de multirriscos nos possamos orientar.

[1] Docente da Escola de Direito da Universidade do Minho.

[2] Gabriel García MÁRQUEZ, *Eu não vim fazer um discurso*, Rio de Janeiro, Record, 2011.

[3] Koichiro MATSUURA, «Prefácio» in *As chaves do século XXI*, A.A.V.V, Lisboa, UNESCO/ Instituto Piaget, 2002.

Estaremos prontos para entrar no século XXI? Que pergunta tão difícil[4]. O futuro parece cada vez mais incerto, difícil de decifrar, ambíguo na sua própria indefinição, por vezes mesmo ilegível. E o risco é a constante que se apresenta sempre, ainda que cada vez mais difícil de antever.

Nesta modernidade líquida, como Zygmut Bauman tão bem registou, os laços humanos são frágeis e são provisórios os sentimentos que nesses laços se criam[5].

E o medo é muito. Estamos à porta do futuro com respostas provisórias. A ciência já não nos dá uma resposta definitiva, de longo tempo. E, pior ainda, duvidamos cada vez mais da correcção das respostas da ciência. Serão as boas, serão as juridicamente aceitáveis? Pois bem, não podemos prever o futuro, mas podemos prepará-lo.

1.

O risco é cada vez mais uma figura presente, cada vez mais desconhecida e elevada ao quadrado. Assim é no século XXI, num quadro completamente alterado por força de uma 3.º revolução industrial, por razão de novas formas de mundialização, que nos convidam a enfrentar um grande número de desafios: «o mundo e a aventura humana parecem mais ricos de potencialidades, mais complexos, mais interdependentes. Mas também, sem dúvida, mais incertos que nunca»[6], diz Koichiro Matsuura.

---

[4] Este texto, que serviu de base à comunicação da Autora, segue em certos momentos o artigo (O risco, o medo perante a incerteza científica e a sociedade-da-urgência: como podem o direito e a justiça dominar tantos desconhecidos?) e a respectiva apresentação realizada no Instituto Internacional Casa de Mateus. Foi nosso objectivo partilhar agora uma reflexão sobre o assunto que já foi tratado num modelo intimista, em Vila Real, no Instituto Mateus. Continuamos a sugerir a leitura dos autores que naquele texto já foram citados, em especial: U. BECK, *Risk Society. Towards a new modernity*, Londres, Sage Publications, 1992; N. LUHMANN, *Risk: a Sociological theory,* Berlin, Walter de Gruyter, 1993; J. J. Gomes CANOTILHO, «Constituição e "tempo ambiental"», *CEDOUA*, ano II, 2/2, 1999; L. F. Colaço ANTUNES, «O princípio da precaução: um novo critério jurisprudencial do juiz administrativo», in *Para um Direito Administrativo da Garantia do Cidadão e da Administração. Tradição e Reforma,* Coimbra, Almedina, 2000; M. TALLACCHINI, *Diritto per la natura* (*Ecologia e filosofia del diritto*), Torino, Giappichelli, 1996; Carla Amado GOMES, «Le risque, cet inconnu…», *Separata da RFDUL*, Vol. XLIII, n.º 1, 2002; M. FRANC, «Traitement juridique du risque et principe de précaution», *REDP*, 46, 2003, Carla Amado GOMES, *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do Ambiente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

[5] Das principais obras de Zygmunt BAUMAN, contam-se Amor Líquido, Modernidade e Ambivalência, Ética Pós-Moderna e Sociedade Sitiada. Recomendamos agora a leitura do recente diálogo entre Zygmunt BAUMAN e Thomas LEONCINI, *Nados Líquidos, Transformações do terceiro milénio,* Lisboa, Relógio D'Água Edições, 2018.

[6] MATSUURA, «Prefácio», op. cit.

Neste início do século, neste 15.º maio do milénio, parece existir uma força potente que arrasta, provocada pela aceleração do ritmo das mudanças: das mudanças climáticas, da ciência, culturais, tecnológicas, sociais, entre tantas outras igualmente significativas. O risco de desumanização *do* e *no* progresso, *da* e *na* mudança, parece ameaçador e emergente. Impõe-se, pois, compreender as relações entre as coisas, saber ligar as ideias entre si, com o objectivo de lhe dar coerência e pertinência. Impõe-se explorar a riqueza da diversidade e fazer comunicar as disciplinas, as ciências, as tradições e as culturas. Neste contexto metodológico pode esbater-se a incerteza inerente ao futuro, potenciando o trabalho de reflexão prospectiva, transdisciplinar, indispensável para dar sentido à acção humana e dar sentido também, quem sabe, ao estudo de um simples jovem jurista ou de um simples professor de direito público.

2.

Para dar resposta atempada aos desafios do séc. XXI, é preciso, antes de mais, colocar boas questões, com a finalidade, se possível de lhes dar boas respostas – antes que seja demasiado tarde. Impõe-se um trabalho de antecipação com vista a conseguir um avanço em relação ao desenrolar do jogo. E, invocando Kant, impõe-se perguntar ou fazer interrogações futuristas: o que podemos saber; o que devemos fazer; o que podemos esperar?[7]

De um modo ou de outro, neste trio de questões, formulado na 1.ª pessoa do plural, vem vertida uma dúvida colectiva: «qual é o futuro que devemos construir em cooperação?» Não se duvida de que a preparação do futuro implica este e outro tipo de encontros: encontros de cientistas, intelectuais, criadores, decisores políticos e personalidades de 1.º plano. Implica o encontro de jovens pensadores atentos aos fenómenos aceleradores das mudanças no seu mundo. O que procuramos dizer é simplesmente isto: a preparação do futuro exige uma perspectiva dialógica entre ciências, gerações, povos e culturas, num quadro de discurso de ligação entre presente e futuro.

Preparar o futuro exige uma ética da discussão, para evocar um conceito caro à filosofia alemã de Karl-Otto Apel ou J. Habermas, e uma ética do futuro, o que pressupõe iluminar o caminho, começando por pensar: i) diagnosticar e listar os problemas que temos para pensar e elencar as perguntas e os desafios; ii) reunião de soluções, que vão existindo, que vão sendo apresentadas; iii) informar o público exactamente com a verdade, para que haja a tomada de consciência e a democratização do debate. Aliás, impõe-se um verdadeiro debate esclarecido

7 I. KANT, *Crítica da razão pura - Os pensadores*, Vol. I, São Paulo, Nova Cultural, 1987; I. KANT, *Crítica da razão pura - Os pensadores,* Vol. II, São Paulo, Nova Cultural, 1988.

sobre as escolhas essenciais: o Direito tem uma função e os futuristas devem contribuir para a escolha da solução aceitável (ou juridicamente tolerável).

Dito isto, apraz-nos formular perguntas. Desde logo, impõe-se questionar: i) se será possível prever o futuro num mundo tão incerto, tão agressivo, tão inseguro; ii) se devemos ambicionar projectar um novo contrato social, *id est* um contrato natural, perante a guerra ao ambiente, que ameaça a espécie humana e a bioesfera; iii) qual será o futuro da população e das migrações neste século; iv) como irão envelhecer as sociedades humanas; v) com as biotecnologias estamos a caminhar para um mundo melhor ou para o melhor dos mundos; vi) o que pode a ciência e o que pode a ética perante o desafio das doenças emergentes e ressurgentes; vii) o que pode a vontade política perante o aumento da poluição química e a poluição invisível?

Pois bem, as gerações novas inquietam-se sobre o seu planeta e questionam, designadamente, se herdarão um mundo igual aos dos seus avós, se a água vai continuar a jorrar das nascentes e ainda se haverá vales de mariposas para mostrar um dia aos seus netos.

As incertezas são ainda mais: poderemos através da revolução da eficácia pelo uso da energia solar e energias renováveis dominar e diversificar a energia e deste modo atenuar a amplitude da mudança climática planetária? Seremos capazes de domesticar a inteligência artificial (ou seremos subjugados por ela)? E o que poderemos esperar da conquista do espaço? Enfim, numa altura em que sabemos que o universo está em constante e acelerada expansão, como podemos conhecê-lo, quando sabemos que tudo está a milhões de anos luz de distância do *homem* – quando sabemos que o homem só tem em média 80 anos de vida. É certo que segundo informações vindas a público, a nanomedicina está em ritmo tão acelerado de evolução que se considera que o homem possa em 2100 viver em média 1000 maravilhosos anos.

3.

A postura do pessimista que habita a sociedade-do-risco ou *sociedade--da-urgência* levar-nos-ia a acreditar que é impossível conhecer o risco, que os conhecimentos da ciência são sempre insuficientes para o antever e evitar e que está votada ao insucesso a tentativa de o dominar, sobretudo quando as estratégias de regulação dos Estados não se harmonizam no quadro cosmopolita.

Tudo isso é difícil de negar. Contudo, o Direito e a Ciência Jurídica − em comunicação com outras Ciências − não podem deixar de estar atentos à incerteza da sociedade-do-risco e atuar metodologicamente, prevendo instrumentos de tutela perante a configuração do dano irreversível, que ameaça o homem, os seus bens mais caros (e raros) e o seu habitat.

Na *sociedade-do-risco*, o risco mudou de natureza e de escala, demasiado generalizado (risco social e planetário) e por isso não segurável, demasiado grande (risco tecnológico) e, por isso, incalculável e desconhecido. O risco atual, da sociedade multirrisco, é, pois, global, transgeracional e não identificado — na medida em que a sua definição é ela própria dependente do estado da técnica e dos conhecimentos científicos e das opções políticas e jurídicas, dentro daquilo que se pode considerar como risco aceitável e inaceitável. Invocando a síntese de F. Ost: «este risco é, pois, duplamente reflexivo: produto das nossas opções tecnológicas, é também fruto dos nossos modelos científicos e dos nossos juízos normativos»[8].

É, pois, neste cenário da sociedade de desconfiança ou de sociedade-de-risco que se percebe que o «estado de urgência tenda a tornar-se o estado normal», sendo certo que a regulação estadual (faceta mais visível do Estado Neoliberal), e o direito global (incluindo o direito europeu) não podem alhear-se deste contexto social e das diversas realidades em que o risco se manifesta.

Na realidade, «desconhecido», sem figura, logrando a capacidade de avaliação, pergunta-se, pois, como poderá o Direito e a Ciência jurídica contribuir para precaver a sociedade de risco. Ora, por exemplo, no domínio ambiental, na impossibilidade de a ciência dar uma resposta segura, cumpre ao direito intervir, obrigando à formação de «juízos normativos de cientificidade» por parte do agente administrativo, por exemplo, potenciando as intervenções administrativas cautas, e oferecendo condições para que a atuação jurisdicional seja atempada e capaz evitar a consumação do dano. Enfim, como sintetiza Colaço Antunes, exprimindo uma preocupação eminentemente ambiental, «perante a incerteza científica», cumpre ao Direito e aos seus operadores encontrar soluções jurídico-ambientais-aceitáveis.

No contexto da urgência, correspondente à situação de perigo e de risco, a prevenção e a precaução são, pois, inevitáveis. Com efeito, num primeiro momento o sujeito-legislativo, depois o sujeito-administrativo e finalmente o sujeito-jurisdicional, a precaução obriga a medidas redobradas de cuidado, mesmo quando não há provas concludentes sobre a relação de causalidade entre determinada iniciativa humana e os seus efeitos negativos sobre o ambiente, a saúde pública e outros valores e bens de igual valor constitucional[9]. O princípio da precaução surge, assim, como a forma contemporânea de prudência face a um risco transformado. Para nós, o princípio da precaução obriga-nos a uma certa atitude a convite do cepticismo: doravante, a ciência, atingida pela dúvida, deve reconhecer que perdeu o monopólio da verdade, devendo seguir o princípio da

---

[8] François OST, *O tempo do Direito*, Lisboa, Piaget, 1999.

[9] Sobre este assunto, vd. o nosso *Processo Temporalmente Justo e Urgência*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

desconfiança. E, para evitar as irreversibilidades catastróficas é necessário que a ciência preste mais atenção às hipóteses marginais e residuais e ao falível, de modo a aprender com as decisões que só em outro estado da ciência se reconhece como decisão errada. Enfim, o risco secundário, que escapa ao saber e que obriga à opção reversível − opção reversível do sujeito-legislador, opção reversível do sujeito-administrativo e opção reversível (enquanto sinónimo de provisória ou cautelar) dos tribunais −, altera profundamente a nossa capacidade para dominar o futuro, tanto mais que a sociedade não pode deixar de escolher e de avançar.

4.

Enfim, perante estes riscos públicos provocados pela acção do homem e da técnica (que se agigantam, multiplicam e se desfiguram), que atingem os bens públicos (ou bens de fruição colectiva), como o ambiente, a saúde pública, e a segurança e a economia, impõe-se, de facto, que os entes públicos actuem e acolham soluções públicas, no sentido de, em primeiro lugar, procurar identificar esses riscos e evitar a sua produção e actuem, depois, no sentido de os avaliar e gerir, caso aconteçam.

Importa ter bem presente, e importa sublinhá-lo de novo, que os poderes públicos se movimentam em domínios eivados de enorme incerteza e sentem impender sobre si a responsabilidade da antevisão do máximo de riscos possível. E importa ter bem noção do dilema que está subjacente à sociedade-de-risco e que diz respeito à necessária conciliação da liberdade individual e da segurança de todos. De facto, por exemplo, perseguindo o valor da segurança, instando camaras de vigilância, quebrando sigilos bancários, maximizando a utilização dos drones, por exemplo, a sociedade envereda por caminhos menos arriscados, tendo a ilusão que controla tudo e anula o risco, mas, ao mesmo tempo, o que faz é aniquilar a liberdade dos particulares e dos operadores económicos.

Enfim, a protecção destes bens, como o ambiente, é, na verdade, uma tarefa de todos: é tarefa intergeracional e intrageracional, pressupondo a reconversão dos modelos de desenvolvimento económico (dado o estado de depauperação dos recursos naturais por via da respectiva desregulação) e implicando que os operadores económicos devam abdicar dos tradicionais lucros em favor da incorporação de técnicas de minimização de efeitos poluentes, e exigindo dos cidadãos a reorganização dos seus hábitos de vida e de consumo.

No contexto nacional, a atitude cautelosa exige ao Estado e aos Entes públicos em geral uma actuação conforme com tais valores e bens de fruição colectiva. Assim, o impõe a Lei Fundamental portuguesa de 1976, que consagra o direito ao ambiente e qualifica a protecção do ambiente como uma tarefa do Estado (artigo 9.º alíneas d) e e) da CRP).

Pois bem, o risco é de facto uma grandeza ineliminável numa sociedade livre e democrática e a prevenção do risco transformou-se numa tarefa pública desde os finais do século XX. O legislador combate o risco acolhendo juízos normativos que reflictam o que é e não é aceitável de acordo com a informação dada pelos cientistas e técnicos. As Entidades Administrativa combatem o risco ambiental através da imposição aos operadores económicos do dever de submeterem as suas actividades a procedimentos autorizativos. E o juiz, dirimindo conflitos, deve decidir em processo temporalmente adequado a evitar a consumação do facto danoso.

5.

No contexto de tanta urgência, correspondente à situação de perigo, a prevenção e a precaução são, pois, inevitáveis pelo Estado-Legislador, pelo Estado-Administração e pelo Estado-Juiz. A precaução obriga a medidas redobradas de cuidado, mesmo quando não haja provas concludentes da causalidade entre determinada iniciativa e os seus efeitos negativos sobre o ambiente, a saúde pública e outros valores e bens constitucionalmente protegidos. Na verdade, qualquer que seja o enunciado, o substrato que está subjacente ao princípio da precaução prende-se com a prevenção antecipada e alargada dos riscos tecnológicos, a qual convoca, no quadro da tutela do ambiente, a intervenção de especialista, fomenta a abertura do procedimento autorizativo à participação pública, induz o reforço dos princípios da imparcialidade e proporcionalidade como fundamentos da decisão (o que obriga a sopesar interesses económicos do operador económico com os bens jurídicos ambientais) e faz colocar no centro do agir público a preferência pela solução provisória e reversível.

O legislador tem a tarefa de acolher soluções jurídicas cautas, *id est*: soluções que pressuponham um risco aceitável, atendendo ao estado da ciência e da técnica. Aliás, impõe-se-lhe que cumpra uma tarefa de constante actualização de legislação perante novos riscos e de aperfeiçoamento, tendo em conta a consideração de novos elementos conhecidos. E também se lhe impõe que reforce os procedimentos em termos garantísticos, injectando-lhes transparência, imparcialidade e participação, *maxime* no iter-procedimental decisório. É certo que a função legislativa se vê despojada da sua tradicional densidade regulatória, pois há matérias em que abundam incerteza e a regulação passa cada vez mais por organismos internacionais, sendo certo que a avaliação e a gestão do risco escapam, também, cada vez mais, ao controlo do Estado. O que vai ainda ficando em seu poder é prever instrumentos de protecção jurisdicional.

A Administração quando actua de forma a tutelar o risco ambiental, utilizando diversos instrumentos, como por exemplo as taxas e impostos ambientais, fundos ecológicos, sistemas de gestão ambiental, etiquetas ou rótulos ecológicos,

acordos ambientais e informação ambiental, deve pautar-se pela imparcialidade e equilíbrio de ponderação administrativa no momento da gestão do risco. Tomando em consideração todos os dados relevantes, balanceando os interesses em perigo, impondo deveres ou ónus de protecção ambiental aos operadores económicos, tendo em conta os melhores dados científicos no momento da emissão da autorização. E deve controlar e fiscalizar as actividades dos operadores económicos, devendo rever o acto autorizativo para o caso de ser necessário minimizar riscos não calculados. Se é certo que o risco é ineliminável, também é certo que pode ser minimizado. Ora os custos do risco devem ser repartidos entre as entidades com competência autorizativa e os operadores, sendo certo que quanto maior por a incerteza envolvida maior será a quantidade de deveres de protecção ambiental a cargo dos agentes industriais, comerciais e agrícolas e maior é a responsabilidade inspectiva e correctiva da administração pública.

O juiz deve ter ao seu dispor ferramentas adequadas de protecção ambiental, que lhe permitam evitar o dano irreversível ou acautelar, através de decisões provisoras, as situações jurídicas susceptíveis de sofrer um dano irremediável. E, assim, devendo também convocar o princípio da precaução, deve suspender as obras que não cumpram a Declaração de Impacto Ambiental e são susceptíveis de causar dano a um habitat natural ou dano arqueológico, e suspender a comercialização de um medicamento (que se suspeita ser lesivo, ainda que o estado da ciência não o permita afirmar de forma concludente), ou a comercialização de certo produto importado[10].

A avaliação e gestão dos riscos públicos surgem como tarefa inacabada e irremediavelmente controversa. A palavra de ordem na sociedade-de-risco é estar alerta. E para isso urge promover a investigação que permite acompanhar a evolução tecnológica dos fenómenos geradores de risco, divulgar informação, educar as gerações presentes e estabelecer a colaboração entre organismos nacionais, comunitários e internacionais. E urge promover estruturas eficazes de fiscalização da actividade dos operadores económicos, sobretudo daqueles que lidam com matérias altamente poluentes e com alto grau de risco para a saúde humana e para o ambiente.

Enfim, o futuro apresenta-se frágil. Atenuar essa fragilidade é uma tarefa de todos: do cientista, do político, do jurista e do cidadão. Ainda bem, pois, que aqui estivemos, hoje, todos nós, diferentes e iguais, com as mesmas preocupações e dando o seu contributo para identificar o desconhecido que ameaça os bens da humanidade, seguindo o lema de um por todos e todos por um...

---

[10] Sobre o tema, vd. a nossa *Introdução ao Estudo Sistemático da Tutela Cautelar no Processo Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2002.

Referências Bibliográficas

ANTUNES, L. F. Colaço, «O princípio da precaução: um novo critério jurisprudencial do juiz administrativo», in *Para um Direito Administrativo da Garantia do Cidadão e da Administração. Tradição e Reforma,* Coimbra, Almedina, 2000.

BAUMAN, Zygmunt, *A sociedade sitiada*, Lisboa, Piaget, 2010.

BAUMAN, Zygmunt, *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*, Lisboa, Relógio D´Água, 2006.

BAUMAN, Zygmunt, *Ética pós-moderna*, São Paulo, Paulus, 1997.

BAUMAN, Zygmunt, *Modernidade e ambivalência*, Lisboa, Relógio D´Água, 2007.

BAUMAN, Zygmunt; LEONCINI, Thomas, *Nados Líquidos, Transformações do terceiro milénio,* Lisboa, Relógio D'Água Edições, 2018.

BECK, U., *Risk Society. Towards a new modernity*, Londres, Sage Publications, 1992

CANOTILHO, J. J. Gomes, «Constituição e "tempo ambiental"», CEDOUA, ano II, 2/2, 1999.

FRANC, M., «Traitement juridique du risque et principe de précaution», *REDP*, 46, 2003.

GOMES, Carla Amado, «Le risque, cet inconnu…», *Separata da RFDUL*, Vol. XLIII, n.º 1, 2002.

GOMES, Carla Amado, *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do Ambiente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

FONSECA, Isabel Celeste M., *Processo Temporalmente Justo e Urgência*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

FONSECA, Isabel Celeste M., *Introdução ao Estudo Sistemático da Tutela Cautelar no Processo Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2002.

FONSECA, Isabel Celeste M., *Dos novos processos urgentes no contencioso administrativo*, Lex Edições, Lisboa, 2004.

KANT, I., *Crítica da razão pura - Os pensadores*, Vol. I, São Paulo, Nova Cultural, 1987.

KANT, I., *Crítica da razão pura - Os pensadores,* Vol. II, São Paulo, Nova Cultural, 1988.

LUHMANN, N., *Risk: a Sociological theory,* Berlin, Walter de Gruyter, 1993.

MÁRQUEZ, Gabriel García, *Eu não vim fazer um discurso*, Rio de Janeiro, Record, 2011.

MATSUURA, Koichiro, «Prefácio» in *As chaves do século XXI*, A.A.V.V, Lisboa, UNESCO/Instituto Piaget, 2002.

OST, François. *O tempo do Direito*, Lisboa, Piaget, 1999.

TALLACCHINI, M., *Diritto per la natura (Ecologia e filosofia del diritto*), Torino, Giappichelli, 1996.

EL NOMOS DE LA GLOBALIZACIÓN

Almudena BERGARECHE GROS[1]

El problema que pretendo trabajar aquí "El nomos de la globalización" o el problema actual del nomos del sistema mundo en una globalización económica con una totalidad de técnicas económicas sin nomos. Y, en concreto, pretendo plantear con este trabajo dos problemas que surgen de esta situación normativa en la perspectiva de los Estados. El primero de ellos – a mi entender previo a cualquier investigación que quiera enfrentarse con dichos problema, pues en última instancia vendría a determinar el objeto de la investigación – la necesidad de plantear investigaciones reales de la actual constitución económica de los Estados en su relación y determinación con el nomos de la globalización; el segundo – considerado por este planteamiento como guía intrínseca de la investigación –, privilegiar en este análisis la especificidad de los derechos sociales como núcleo de la teoría constitucional y jurídica. Todo ello sin perder nunca la perspectiva de que dichos problemas deben siempre plantearse dentro de una reivindicación de una libertad de pensamiento y de reconocimiento de los vigentes procesos de igualación y de una cultura de igualación.

La interculturalidad que genera lo que Richard Baldwin denomina "la gran convergencia"[2] o globalización del siglo XXI, parte de una cultura homogeneizada en la que cualquier tipo de divergencia cultural es previamente neutralizada por el monopolio de la circulación de ideas. Consecuencia de ello es la neutralización – facilitada por "la enorme disminución del coste del traslado de

[1] Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidade de Vigo. Dirección de correo electrónico: almuberga@uvigo.es

[2] BALDWIN, Richard, *La gran Convergencia. Migraciones, tecnología y nueva globalización*. Barcelona, Antoni Bosch Editor, 2017.

las ideas"[3] – de toda posible relación entre el principio de libertad y los procesos de igualación. Una neutralización que difumina tanto esa relación que lleva casi hasta la imposibilidad de identificar los ámbitos en los que podría y debería encontrar su realidad los procesos de igualación. Una neutralización que puede considerarse el principio técnico e ideológico del actual constitucionalismo de los nomos de la globalización.

Para cualquier lector avezado de Teoría constitucional y Teoría del Derecho es evidente que el título propuesto para mi intervención es una paráfrasis de la obra de Carl Schmitt[4], traída aquí a colación porque me interesa para el desarrollo de lo que pretendo plantear: ¿Qué tipo de orden armonioso debe presidir hoy la vida del hombre? ¿Puede existir una relación entre ética y derecho; entre justicia y necesidad ética? ¿Se puede abrir una relación entre lo constituido y la conciencia individual? ¿O entre lo constituido, entre la normalidad y la normatividad de la libertad en los procesos de igualación en la abierta reproducción social? Intentaré demostrar en estas notas, que estas preguntas son problemas constitucionales ejes para abrir la comprensión y el análisis jurídico de la globalización y de su crisis actual, de la crisis presente de los actuales procesos abiertos de desmundialización y de la crisis institucional de la organización internacional.

En cuanto al concepto de *nomos*, quiero plantear previamente dos breves pinceladas. El *"nomos"*, traducido imperfetamente por "ley", como problema, hecho, palabra y concepto caracteriza la civilización de la Grecia arcaica, junto con "agon", el combate, la rivalidad, el proceso. La crisis de la ética heroica y su material relación con lo divino, preparo la apertura de la oposición entre *nous y nomos, y la posterior entre nous (espíritu) y "physis"(nacimiento, generación)*. La pareja *nomos* y *nous* existía en la especulación jónica con vida autónoma; *nous* era el concepto típico de la especulación jónica sobre la naturaleza, del ser y del devenir; *nomos* era un concepto típico de la vida del hombre, el orden que debe presidir la vida en común. El *nomos basileus* era la ley que preside a los hombres. De Hesíodo a Solón, a Píndaro y a Esquilo, esta dualidad se abrió a toda la riqueza de su contenido, con la aparición progresiva de su antítesis de *nomos* "convención" y *nous* "realidad efectiva". *Nomos* recoge los sentidos de *thémis* (el término "orden" como la adaptación armoniosa de las partes de un todo entre ellas y que

---

[3] BALDWIN, *La gran Convergencia*… op. cit., p. 318.

[4] Me refiero, como es evidente, a *El Nomos de la Tierra*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, p. 51: "La palabra nomos es aplicable para nosotros porque tiene la propiedad de proteger conocimientos que surgen de la problemática mundial actual contra un enredo positivista legal, sobre todo contra la confusión con palabras y conceptos de la ciencia jurídica intraestatal del siglo XIX. Es necesario para ello recordar el sentido original y la correlación con la primera toma de la tierra. El nomo venidero no será un redescubrimiento de instituciones primitivas, pero tampoco debe ser confundido, por otro lado, con el sistema normativo de la legalidad y las legalizaciones del siglo pasado".

no proporciona una designación jurídica) y *diké* (tiene el sentido de "justicia", contiene la relación entre "mostrar" y "decir"; fórmula de la justicia misma frente al poder de la fuerza) y desde los sofistas, con una ampliada concepción de la *physis*, plantea y abre la relación entre lo constituido y la conciencia individual. La relación ahora entre ética y derecho, entre *momos* y *eunomia*, *nomos* y justicia. Aristóteles recoge toda la problemática y en el aspecto cualitativo de la constitución, de la política organizada, plantea una solución política y jurídica a la relación entre justicia y *nomos* como necesidad ética de las convenciones sociales que dan significado político a las palabras. El *nomos* de la Grecia clásica que teorizan Platón y Aristóteles, con sus diferentes concepto de *physis,* es el *nomos* de las convenciones sociales como espacio político de la palabra y de la Ciudad[5].

Antes que nada, quiero aclarar, que esta obra de Schmitt, junto con *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*[6], es un intento de racionalizar toda su obra anterior, y su planteamiento, en este caso, conecta directamente con el fundamento del hecho normativo de la totalidad como la organización. Es importante señalar que estas dos obras de Carl Schmitt son la continuidad y refundamentación política y jurídica del schmitiano "concepto absoluto de constitución" para constitucionalizar el nuevo orden económico y político mundial, posterior a la Segunda Guerra Mundial. La nueva y especifica globalización del sistema mundo del capitalismo. El proyecto constitucional del nuevo totalitarismo del "olvidado siglo XX", analizado por Tony Judt[7] en sus obras *Sobre el olvidado siglo XX y Postguerra* y *Una historia de Europa desde 1945*.

Para Schmitt el concepto absoluto real de constitución, de la constitución como un todo unitario, puede significar por lo pronto, "la concreta manera de ser resultante de cualquier unidad política existente"[8]. Con tres significados que hacen de este "todo unitario" normativo, un todo constitucional absoluto real.

Primera significación. "... la concreta situación – disposición – total de la unidad política y ordenación social de un determinado Estado"[9]. Segunda signifi-

---

[5] BENVENISTE, Emile, *Le vocable des institutions indo-européennes*, París, Les éditions de minuit/Gallimart, 1969; GIGANTE, Marcello, *Nomos basileus*, Napoli, Bibliopolis, 1993; VIDAL-NAQUET, Pierre, «Grèce Antique – Une civilisation de la parole politique», *Encyclopaedia Universalis*. Paris, 2005, p. 1009-1018; AUBENQUE, Pierre, «Physis», *Encyclopaedia Universalis*, Paris, 2005.

[6] SCHMITT, Carl, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1996. Estudio preliminar, traducción y notas de Monserrat Herrero.

[7] JUDT, Tony, *Sobre el olvidado siglo XX*, Madrid, Taurus, 2008; *Postguerra. Una historia de Europa desde 1945*, Madrid, Taurus, 2016.

[8] SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 30.

[9] Ibidem, p. 30.

cación. "... una manera especial de ordenación – orden – política y social"[10]. Tercera significación. "... el principio del devenir dinámico de la unidad política, del fenómeno de la continuamente renovada formación y erección de esta unidad desde una fuerza y energía subyacente u operante en la base"[11].

Los dos principios de todo Estado con esta constitución – para Carl Schmitt no puede haber Estado sin esa Constitución –, son el Principio de Distribución o Derechos subjetivos, constitucionalizados desde la igualdad como homogeneidad social y el Principio de Organización con los principios de Identidad y Representación.

La línea de investigación que propongo con este trabajo es la relación entre esta teoría constitucional y los actuales problemas, procesos y realidades de la globalización.

"El Nomos de la Tierra" como culminación de toda la obra de Carl Schmitt, es la teoría constitucional del totalitarismo o totalización jurídica de la actual globalización financiera y de "servicios" sin ningunos posibles nomos.

En esta obra Carl Schmitt, prescinde de la incorporación histórica del mundo jurídico romano en el ámbito europeo y trabaja directamente con el hecho organizativo desde la identidad económica, política y cultural de la institución Estado. Su concepto de Nomos – no ley, ni Gesetz o Regelung o Norm – que procede de "*nemein*", una palabra que abarca tanto "dividir", distribuir, como "apacentar" y producir.: (…) "El nomos, en su sentido original, sin embargo, es precisamente la plena inmediatitud de una fuerza jurídica no atribuida por leyes; es un acontecimiento histórico constitutivo, un acto de la *legitimidad*, que es el que da sentido a la legalidad de la mera ley"[12]; comporta una amputación y falseamiento del concepto griego de *nomos*, reduciéndolo al *nomos* "de la tierra", como "medida interna de la ordenación concreta y asentamiento" para dar sistematicidad a su concepción de lo político y del derecho ya sin ética posible o, lo que es aristotélicamente lo mismo, sin relación posible entre libertad e igualación por la palabra, sin política. Todo ello con un brillantísimo análisis de fondo sobre la crisis de los nomos del *Ius Publicum* europeo.

Como es obvio, no pretendo aquí hacer una defensa a ultranza de Schmitt y su teoría, nada más lejos de mi intención: no soy una seguidora de este autor sino tan sólo una estudiosa de él así como de otros muchos autores de teoría jurídica y constitucional que se plantearon (desgraciadamente, quizás por última vez en un largo período de tiempo) los problemas reales de una gran crisis que azota sistémicamente a la cultura occidental desde finales del siglo XIX, en el

[10] Ibidem, p. 30.

[11] Ibidem, p. 31.

[12] SCHMITT, *El Nomos*…, op. cit. p. 53 y 5.

que entró en su primera gran crisis el modelo de globalización económica con la primera desaparición del patrón oro, la falta de seguridad y de creencia en los mercados globalizados, un cierre a ultranza en una política económica estatal y sus consecuencias finales: dos guerras mundiales que, sobre todo en la segunda, se consagró el exterminio de miles de habitantes de Europa, como medio de resolución de un mal endémico desde su constitución, de un modelo de Estado liberal, basado en la libertad del propietario, que resultó incompatible con los grandes cambios económicos, técnicos y sociales generados a lo largo del siglo XIX, haciendo necesario trasmutar o realizar una metamorfosis desesperada – como diría Kelsen[13] - del principio de libertad en principio de igualdad formal.

Sólo insisto en la necesidad urgente, en los tiempos de crisis de volver a los clásicos y que, en concreto, en nuestra materia – Derecho constitucional – hay que volver a los clásicos que se enfrentaron en el período ya citado con los problemas históricos reales.

Me refería antes a la primera gran crisis de la globalización económica de finales del siglo XIX. Aunque la palabra globalización no ha estado, probablemente, tan en auge como en la actualidad, no es un hecho nuevo, sino que es un proceso continuo desde que en el siglo XVII se concretó definitivamente el mercado fuera de los límites territoriales del Estado que producía las mercancías[14], desde que se concretó y se utilizó un espacio libre – es decir, no regularizado – fuera de los límites territoriales de los Estados europeos. Lo que es realmente nuevo es que la globalización económica se ha convertido en un fin en sí mismo.

Por otra parte, el hecho de la globalización de la economía no es algo que pueda realizarse, a pesar de la defensa a ultranza de sus partidarios de la libertad en los mercados, sin el establecimiento de reglas e instituciones que garanticen su funcionamiento y sus negocios, y todo ello por una necesidad intrínseca a la propia globalización económica: el problema planteado en ese nuevo tiempo y espacio de organización por los costes de transacción.

Señalo aquí que dicho problema se ha ido resolviendo a través de modelos distintos. En un primer momento, el modelo implantado, preeminentemente en el mundo anglosajón, fue la concesión de territorios a empresas privadas para su explotación. A través de ella, la empresa privada, organizaba el territorio y garantizaba la seguridad del tráfico de mercancías, así como la estabilidad de la organización social y política. En definitiva, realizaban las funciones de Gobier-

---

[13] KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Oviedo, KRK Ediciones, 2006.

[14] "En los tres siglos que siguieron a los descubrimientos de Colón y Vasco de Gama, el mundo experimentó una verdadera explosión del comercio a larga distancia. Según una estimación, el comercio internacional llegó a más del doble de la tasa de ingresos mundiales en este periodo" RODRIK, Dani, *La paradoja de la globalización*, Traducción de María Dolores Crispín Sanchís, Barcelona, Antoni Bosch Editor, 2012, p. 29.

no, aunque no recibía dicha denominación. Cuando los costes de transacción de este mantenimiento fueron tan altos que las empresas privadas no podían costear, se optó por un nuevo modelo en el que era el Estado era el que asumía dichos costes de transacción, pasando de, lo que podríamos llamar, una organización económica, política y social controlada por colonos a una organización colonial que cumplía las mismas funciones estructurada desde la metrópoli: el imperialismo colonial.

Un tercer modelo nace tras la segunda guerra mundial y la desaparición definitiva del patrón oro: la creación de instituciones internacionales (FMI, OMC, etc) que comienzan a regular la economía globalizada. Dichas instituciones, así como el propio desarrollo de la economía globaliza entra en definitiva contradicción con los Estados y nos sólo en referencia a las políticas económicas que se manifiestas contradictorias entre las necesidades de la globalización y los Estados sino incluso entre los Estados entre sí. En el primer periodo de postguerra respetando las decisiones de política económica de los Estado y a partir de la década de los 80 adquiriendo un predominio en la regulación del mercado que anula las competencias de los Estados y disuelve su soberanía. Un gran ejemplo de ello es la crisis en la que se encuentra en la actualidad la Unión Europea, que no ha sabido resolver estas contradicciones entre Estados e instituciones internacionales en las decisiones sobre política económica. Podemos concluir con palabras de Rodrik: "Donde hay globalización hay reglas. Cuáles son, quién las impone y cómo … esas son las preguntas que importan"[15].

Y ¿qué hace el constitucionalismo y el derecho constitucional para enfrentar el problema? En un primer momento, a mi entender, y me refiero a autores como Schmitt, Kelsen, Romano o Mortati, entre otros, quieren enfrentar el problema desde la ciencia jurídica pero no pueden salirse ni romper definitivamente con los paradigmas del siglo XIX (es probable que no pudieran o que decidieran no hacerlo porque ello significaba su desaparición del ámbito jurídico, su abandono del discurso jurídico), continuando su trabajo desde la concepción de un sujeto político con soberanía: el Estado, cuando ya el Estado había dado muestras de la pérdida en su soberanía en sus contradicciones internas y externas con y en la globalización. Trabajan con un nuevo hecho constituyente, pero siempre delimitado espacialmente y en relación con una soberanía territorial y, por lo tanto, no pueden dar una respuesta al grave conflicto entre soberanía del Estado y soberanía de la globalización.

Y todo ello, aunque ya Weber había planteado en sus precisos términos el problema, cambiando totalmente el paradigma de la ciencia jurídica a través del reconocimiento de la importancia de la determinación económica de la organización social y, sobre todo, del reconocimiento del capitalismo como el mayor

[15] Ibidem, p. 31

poder de nuestra cultura occidental[16]. Weber, es el primer jurista que se impone una nueva forma de trabajar la ciencia jurídica, desde la sociología del derecho y con una nueva metodología. Consciente de las nuevas determinaciones económicas y los cambios producidos en los órdenes, compara las diferentes metodologías de la ciencia jurídica, la sociología y la economía, siendo la primera quien recibe un fuerte impacto de las otras dos, rompiendo la lógica jurídica e introduciéndola en el espacio de la probabilidad e identificando un nuevo sistema de producción de reglas.

> *El objeto de la reflexión jurídica, más exactamente, de la reflexión jurídico-dogmática es proponerse investigar el recto sentido de los preceptos cuyo contenido se presenta como un orden establecido de la conducta de un circulo de hombres, que está debidamente delimitado de alguna manera, y esto quiere decir: analizar las situaciones de hecho que están sujetas a esos preceptos y el tipo de sujeción. Procede en esto de manera que, partiendo de su indiscutible validez empírica, trata de determinar el sentido lógico de los preceptos singulares de cualquier tipo, para de ese modo fundirlos en un sistema en si lógico sin contradicción. Este sistema es el "orden jurídico" en el sentido jurídico de la palabra. La economía social, por el contrario, considera aquel actuar efectivo de los hombres, que está condicionado por la necesidad de la orientación en la "situación económica", en sus conexiones de hecho. Llamamos "orden económico", a aquella distribución del efectivo poder de disposición de bienes y servicios económicos, la cual de vez en vez resulta en forma de consenso por medio de un específico equilibrio de intereses, y el modo en que tales bienes y servicios mediante aquel efectivo poder de disposición que descansa sobre el consenso, vienen de hecho usados conforme al sentido intencionado.*
>
> *Es evidente que ambas consideraciones se plantean problemas totalmente heterogéneos y que sus objetos no pueden entrar en contacto entre sí, que el ideal "orden jurídico" de la teoría del derecho no tiene nada que hacer con el mundo del actuar económico efectivo, porque ambos están en planos diversos, la una en el plano del deber ser ideal, y la otra en el plano del acontecer real. Si, a pesar de esto, orden económico y orden jurídico están entre sí en relaciones muy íntimas quiere decir que este último no se entiende en sentido jurídico sino sociológico: como validez empírica. Entonces, el sentido del término "orden jurídico" cambia completamente. Este no significa ya un mundo lógico de normas inferidas como "correctas", sino un complejo de efectivos motivos determinantes del actuar humano real [Subrayados y traducción nuestra].*

[16] WEBER, M., *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, introducción y edición crítica de Francisco Gil Villegas, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2011; publicada en alemán en 1904-1905 y con una introducción del propio autor de 1920; *Economía y Sociedad*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2014; *Historia económica general*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2011.

A pesar de ello, el constitucionalismo de postguerra pretendiendo constitucionalizar desde unos principios y valores elabora las constituciones no limitándose a establecer competencias o a separar las diferentes funciones del Estado y poderes públicos sino que introduce contenidos materiales o sustantivos como objetivos a realizar así como amplios catálogos de derechos fundamentales; pero no resuelve el problema ni tan siquiera lo plantea, dejando el derecho constitucional en una situación sin salida, pues no le queda más espacio que la reproducción o reconstrucción de ideología en el vacío que le permite garantizar las necesarias creencias de la globalización y utilizar como técnica de control social el derecho administrativo[17]. Un derecho administrativo en permanente huida de lo público y, paradójicamente, privatizándose en lo económico, como la única normativa y nueva legitimidad de *lo público*.

¿Y en qué situación nos encontramos ahora? El proceso de globalización, en la década de los 70 del siglo pasado, coincide con un cambio o transformación de las políticas económicas de los Estados desarrollados que, ante la propia globalización y la no solución del problema de fondo de la relación entre el aumento de desempleo y, al mismo tiempo, de la inflación, abandona los modelos neoclásicos de matriz keynesiana, ya muy transformada. Entiendo que uno de los problemas centrales de la investigación de la actual Constitución económica es reabrir el análisis del Estado del Bienestar construido en *los 30 gloriosos* – 1945 a 1975 –, y dentro de este análisis una relectura de la obra de Keynes y de sus sucesivas amputaciones.

Se inicia la política económica de los "nuevos clásicos" y en la senda de Coase, el neoinstitucionalismo económico. Se va implantando una macroeconomía fundada directamente en la microeconomía. La totalización de la política monetaria y la economización de los procesos organizativos que subsumen ya todos los procesos sociales, injertan definitivamente las técnicas económicas en el derecho y privilegian los sistemas jurídicos derivados de una síntesis – a mi entender no suficientemente analizada aún – de los sistemas jurídicos continentales europeos y de los sistemas directa o indirectamente derivados del *common low*[18].

El *nomos* de la globalización es el *nomos* de un complejo poder constituido ya no estatal y ni tan siquiera interestatal. La vieja ideología constitucional posterior a la segunda guerra mundial ya no oculta las transformaciones técnicas del derecho constitucional que se produjeron en toda la primera parte del siglo

---

[17] Es importante, en este sentido, los datos y análisis contenidos en la obra de Tony Jud.

[18] MAITLAND, F. W., *Las "formas de acción" en el Common Law*, Madrid, Politopías-Marcial Pons, 2005; ALLEN, Carleton Kemp, *Las fuentes del derecho Inglés*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1969; MITTEIS, Ludwig, «Editorial», *Revista de Derecho Privado, Europa y el Derecho Romano*, 1955; ZIMMERMANN, Reinhard, *Europa y el derecho romano*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

XX, pues la relación entre Estados sin política posible y la globalización sin un real sistema mundial les ha borrado cualquier posible realidad y vigencia histórica. Un *nomos* sin fundamento técnico de validez y vigencia: el *nomos de una economía globalizada sin nomos*.

Así, la simetría entre las instituciones política y económicas del orden internacional construidas después de 1945 entraron en crisis en la década de 1970. En la denominada globalización 2.0 actual, organizada en y por flujos financieros, flujos de servicios y flujos de información y con una gestión numérica monopolizada por las GAFAM[19], se constata la crisis del federalismo jerárquico de la organización internacional y del orden mundial. Estamos en un universalismo sin nomos, sin instituciones universales y sin Estados que puedan dirigir o controlar la relación entre una globalización en crisis y una *desmundialización* sin tan siquiera especificas estrategias constitucionales regionales.

Los Estados han dejado de ser sujetos políticos y los sujetos individuales son sujetos sin acción política posible. Su libertad en los procesos de igualación ha sido anulada precisamente por los procesos económicos que organizan lo político al margen del Estado. El *nomos* es ahora el de unas políticas públicas de gobernanza de una economía sin *nomos*, de políticas públicas que ni son políticas ni pueden ser públicas. Políticas públicas que imponen la homogeneidad social de modelos de hegemonías ocultas de lo privado especulativo y global en lo público sin política.

Un solo ejemplo para abrir el urgente problema del análisis constitucional de los derechos sociales. La subjetividad es economizada e imputada como sentido de un normativo cálculo económico, como ya Weber observó en su Sociología del Derecho, los derechos individuales son meras oportunidades o posibilidades del mercado o como dice IRTI (por poner un ejemplo italiano) "En el derecho mercantil, más generalmente en el de los intercambios, autonomía ya no designa una fuerza creadora de la voluntad, sino una tutela de las partes predispuesta a través de la disciplina del mercado".

Si partimos del concepto de *coste de transacción*, introducido por Coase[20] en 1937, en su artículo "La Naturaleza de la Firma" y ampliado en su aplicación organizativa en su trabajo de 1960 "El problema del Coste Social" con el

---

[19] Acrónimo de Google, Apple, Facebook, Amazon y Microsoft.

[20] COASE, Ronald H., «The Nature of the Firm», *Economica*, vol. 4, n.º 16, 1937 [consult. 20.05.2018], disponible en: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x; «The problem of Social Cost», *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, «El problema del Coste social» se encuentra traducido al español en la revista *Estudios Públicos*, disponible en: https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303184107/rev45_coase.pdf

concepto de *externalidades*[21] y lo completamos con *la economía de los costes de transacción* de Oliver Williamson[22], con su jerarquización de los mercados por la relación entre modo de organización y características de las transacciones, con su teoría de los contratos y de los mecanismos de gobernanza de acuerdo con su respuesta a los modos organizacionales, se podría abrir una línea de análisis de interpretación de los derechos públicos subjetivos como externalidades "internalizadas" mediante un cálculo normativo imputado sobre la base de los costes de transacción.

Es muy probable que esta línea de análisis podría sacar a la retórica jurisprudencial de los tribunales constitucionales y europeos de su vacío de legitimidad, dentro de la estabilidad macroeconómica y a la propia teoría de los derechos subjetivos de sus aporías esencialmente sin el menor contenido.

Estimo como muy urgente una línea de investigación es que dejemos el mundo de las aporías y de la continua apelación a una ética vacía, con ecos iusnaturalistas, para trabajar desde los nuevos parámetros reales que nos determina la globalización económica.

Para ello, sería necesario enfrentarse al uso puramente ideológico y de una retórica supuestamente normativa de los conceptos de contenido esencial de los derechos y de garantías institucionales[23], es decir, situar el actual proceso de objetivación de los derechos en sus reales determinaciones técnicas desde la nueva constitución económica. Más aun, en el caso español sería conveniente estas determinaciones técnicas de la nueva constitución económica sobre la constitución interna[24] de permanente vigencia y validez en el constitucionalismo español.

Bibliografía

ALLEN, Carleton Kemp, *Las fuentes del derecho Inglés*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1969.

[21] El concepto de *externalidades* o *efecto externo* se refiere al "hecho que la actividad de producción o de consumo de un agente afecte al bienestar de otro sin que ninguno de los dos reciba o pague una compensación por ese efecto", cf. Fallos del Mercado, disponible en: https://portal.uah.es/portal/page/.../Tema6.MicroI.0708.ppt

[22] WILLIAMSON, Oliver, *Las instituciones económicas del capitalismo*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1985; *Mercados y jerarquías: sus análisis y sus implicaciones antitrust*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1975

[23] RIQUELME VÁZQUEZ, Pablo, *La garantía del contenido esencial de los derechos y libertades en el Estado social y democrático de derecho*, Vigo, Universidade de Vigo, s/d (Tese Doctoral), de próxima defensa y publicación.

[24] BERGARECHE GROS, Almudena, *El concepto de Constitución interna en el Constitucionalismo de la Restauración española*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

AUBENQUE, Pierre, «Physis», *Encyclopaedia Universalis*, Paris, 2005.

BALDWIN, Richard, *La gran Convergencia. Migraciones, tecnología y nueva globalización*, Barcelona, Antoni Bosch Editor, 2017.

BENVENISTE, Emile, *Le vocable des institutions indo-européennes*, París, Les Éditions de Minuit/Gallimart, 1969.

BERGARECHE GROS, Almudena, *El concepto de Constitución interna en el Constitucionalismo de la Restauración española*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

COASE, Ronald H., «The Nature of the Firm», *Economica*, vol. 4, n.º 16, 1937 [consult. 20.05.2018], disponible en: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x.

COASE, Ronald H., «The problem of Social Cost», *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960.

GIGANTE, Marcello, *Nomos basileus*, Napoli, Bibliopolis, 1993.

JUDT, Tony, *Sobre el olvidado siglo XX*, Madrid, Taurus, 2008.

JUDT, Tony, *Postguerra. Una historia de Europa desde 1945*, Madrid, Taurus, 2016.

KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Oviedo, KRK Ediciones, 2006

MAITLAND, F. W., *Las "formas de acción" en el Common Law*, Madrid, Politopías-Marcial Pons, 2005.

MITTEIS, Ludwig, «Editorial», *Revista de Derecho Privado, Europa y el Derecho Romano*, 1955.

RIQUELME VÁZQUEZ, Pablo, *La garantía del contenido esencial de los derechos y libertades en el Estado social y democrático de derecho*, Vigo, Universidade de Vigo, s/d (Tese Doctoral).

RODRIK, Dani, *La paradoja de la globalización*, Barcelona, Antoni Bosch Editor, 2012.

SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982.

SCHMITT, Carl, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1996.

SCHMITT, Carl, *El Nomos de la Tierra*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

VIDAL-NAQUET, Pierre, «Grèce Antique – Une civilisation de la parole politique», *Encyclopaedia Universalis*, Paris, 2005.

WEBER, M., *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2011.

WEBER, M., *Economía y Sociedad*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2014.

WEBER, M., *Historia económica general*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2011.

WILLIAMSON, Oliver, *Las instituciones económicas del capitalismo*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1985.

WILLIAMSON, Oliver, *Mercados y jerarquías: sus análisis y sus implicaciones antitrust*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1975.

ZIMMERMANN, Reinhard, *Europa y el derecho romano*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

O CASO SCHREMS CONTRA FACEBOOK E O CONTRATO DE CONSUMO INTERNACIONAL

Anabela Susana DE SOUSA GONÇALVES[1]

1. O caso *Schrems* contra *Facebook*

A decisão do TJUE (Tribunal de Justiça da União Europeia) em análise opõe *Maximilian Schrems* à rede social *Facebook*[2]. *Schrems* era utilizador do *Facebook* desde 2008, utilizando-o para fins privados, publicando fotografias, conteúdos, utilizando-o para conversas, tendo cerca de 250 amigos naquela rede social. Em 2011, abre uma nova conta de *Facebook* para divulgar as suas atividades contra o *Facebook Ireland*, que incluíam as conferências, a participação em debates, presenças nos meios de comunicação social, campanhas de angariação de fundos e publicidade dos seus livros.

A batalha de *Schrems* contra o *Facebook* inicia-se em 2011, tendo este apresentado vinte e três queixas na Comissão Irlandesa para a Proteção de Dados contra aquela rede social. Uma dessas queixas esteve na base de um pedido de decisão prejudicial para o TJUE, em que se colocou a questão de determinar se Comissão Irlandesa para a Proteção de Dados poderia investigar a transferência de dados pessoais dos utilizadores pelo *Facebook Ireland* para os Estados Uni-

[1] Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho.

[2] TJUE, *Maximilian Schrems c. Facebook Ireland Limited*, Processo C-498/16, de 25 de janeiro de 2018, ECLI:EU:C:2018:37.

dos e a conservação dos mesmos em servidores situados neste país[3]. Além disso, *Schrems* publicou livros denunciando o que considerava configurarem violações de direitos de proteção de dados, proferiu conferências sobre o tema (algumas pagas), registou *blogs*, petições em linha e páginas de internet para financiar as ações contra o *Facebook*. Simultaneamente, constituiu uma associação cujo objeto era promover o respeito do direito à proteção de dados, apoiando financeiramente processos modelo de interesse geral contra empresas, financiando despesas, recolhendo, gerindo e aplicando donativos. Neste âmbito, *Schrems* obteve a cessão de direitos de mais de 25 000 pessoas de todo o mundo, para os exercer nos processos que moveu contra o *Facebook*.

No processo que agora comentamos *Schrems*, invocando os seus direitos e os direitos de sete consumidores e residentes na Áustria, Alemanha e Índia, cocontratantes do *Facebook* e que lhe cederam os seus direitos, propôs no Tribunal Regional Cível de Viena uma ação contra o *Facebook Ireland*. Nessa ação pediu: a declaração do Facebook como prestador de serviços e à sujeição deste às instruções dadas ou à sua qualidade de mandante, quando o tratamento é efetuado em proveito próprio, e a invalidade de cláusulas contratuais relativas às condições de utilização; a cessação da utilização para fins próprios ou de terceiros dos seus dados; a prestação de informações sobre a utilização dos mesmos dados; a prestação de contas e de execução relativamente ao ajustamento das condições contratuais, reparação dos danos e enriquecimento sem causa. *Schrems* fundamentou a propositura da ação no Tribunal de Viena invocando a sua qualidade de consumidor e, consequentemente, o art. 16º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Bruxelas I), atualmente substituído pelo Regulamento n.º 1215/2012 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Bruxelas I *bis*). Foi precisamente a natureza de consumidor de *Schrems* e a decorrente competência internacional do tribunal vienense que o *Facebook Ireland* contestou.

Ora, na primeira instância, o Tribunal Regional Cível de Viena decidiu pela improcedência da ação, considerando que *Schrems* não era consumidor, porque utilizava o *Facebook* também para fins profissionais, não podendo invocar, por isso, o foro que visa proteger o consumidor. Decidiu, ainda, este tribunal que, havendo cessão de direitos, o foro que se estabelece em função da pessoa (*ratione personae*) do cedente não se transmite ao cessionário. Esta decisão foi objeto de recurso até ao Supremo Tribunal austríaco que colocou ao TJUE as duas questões: a primeira, no sentido de saber se nas circunstâncias elencadas no caso poderemos ainda invocar o conceito de consumidor para efeitos do regime

[3] Tendo o TJUE decidido afirmativamente: *Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner e Digital Rights Ireland Ltd*, Processo C362/14, de 6 de outubro de 2015, ECLI:EU:C:2015:650.

de proteção estabelecido no Regulamento Bruxelas I; a segunda, se um consumidor residente num Estado-Membro, em resultado de uma cessão de direitos de outros consumidores, pode invocar no foro estabelecido a seu favor direitos próprios e direitos de outros consumidores, residentes no mesmo Estado-Membro, em outros Estados-Membros ou Estados terceiros.

2. O contrato de consumo internacional

O contrato de consumo é regulado de acordo com o princípio da proteção da parte mais fraca. A autonomia privada, princípio estruturante de direito privado, baseia-se na igualdade jurídica dos contraentes, que permite que os contraentes tenham a liberdade de decidir a celebração (ou não) de um contrato e o seu conteúdo. Todavia, por vezes, certos fatores naturais, jurídicos, sociais, económicos introduzem distorções na relação jurídica que se traduzem por um poder negocial anormal de uma das partes em relação à outra, que as ordens jurídicas eticamente não podem tolerar. Nestes casos, o legislador intervém para reequilibrar a relação jurídica através de critérios materiais com vista a proteger a parte negocialmente mais débil[4], para garantir a igualdade material.

Assim acontece no contrato de consumo, em que o consumidor é considerado a parte mais fraca, a parte juridicamente menos experiente[5], por não estar no comércio por profissão, faltando-lhe a organização comercial e visão profissional do comerciante. Adiciona-se o facto de o consumidor ter geralmente reduzida influência na negociação do contrato, sujeitando-se por vezes a contratos de adesão[6]. Por esta razão, o consumidor goza de proteção constitucional no art. 60º da Constituição da República Portuguesa que impõe ao legislador ordinário a obrigatoriedade de garantir ao consumidor um conjunto de direitos, como o direito à qualidade dos bens e dos serviços, o direito à formação, o direito à informação, o direito à proteção da sua saúde e da sua segurança e o direito à proteção dos interesses económicos[7].

---

[4] Neste sentido, v. HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1992, p. 55; CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português, Parte geral,* Tomo I, Coimbra, Almedina, 2011, p. 396.

[5] Assim foi caraterizado por diversas vezes pelo TJUE, *Johann Gruber contra Bay Wa AG*, Proc. C-464/01, de 20.01.2005, CJ 2005, pp. I-00439, §34; *idem*, *Peter Pammer contra Reederei Karl Schlüter GMbH & Co. KG (C-585/08) e Hotel Alpenhof GesmbH contra Olivier Heller (C-144/09)*, Proc. Apensos C-585/08 e C-144/09, de 7.12.2010, CJ 2010, pp. I-12527, §58.

[6] Neste sentido, enunciando os fundamentos gerais de proteção do consumidor, CORDEIRO, António Menezes, *op. cit.,* p. 202-216.

[7] Sobre a proteção constitucional do consumidor, v. com maior desenvolvimento MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª ed., com a colaboração Maria da Glória Garcia *et alii.*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 1169-1178.

Se esta é a realidade nas relações privadas internas, nas relações privadas internacionais a posição de fragilidade do consumidor é maior, assim como aumenta a posição de superioridade do comerciante, face às características do comércio internacional. Desenvolver uma atividade profissional no comércio internacional implica um maior grau de preparação, de organização e de informação, para reduzir os riscos de atuar num mercado mais alargado e maximizar o lucro. Por sua vez, o consumidor terá dificuldades acrescidas em determinar qual a lei aplicável a um contrato de consumo internacional que celebre; caso se aplique uma lei estrangeira, qual o seu conteúdo; em caso de litígio, determinar a que foro de deve dirigir; e, caso tenha de litigar em país estrangeiro, acrescem as dificuldades e os custos inerentes que muitas vezes inviabilizam o exercício dos seus direitos.

Nos contratos de consumo celebrados através da internet, a debilidade negocial do consumidor aumenta pelas características da internet como um meio de alcance mundial, em que os seus utilizadores estão deslocalizados, dando uma natureza de internacionalidade às atividades que aí se processam. Esta facilidade de comunicação favorece o estabelecimento de ligações contratuais entre empresas e entre estas e os consumidores estabelecidos em países diferentes. Na perspetiva do consumidor, o imediatismo que resulta da celebração de contratos eletrónicos empurra-os frequentemente para a celebração de contratos de adesão, por exemplo através de técnicas de *click and wrap*, que ainda tornam a celebração destes contratos mais rápida[8].

A regulamentação do contrato de consumo internacional tem em conta a necessidade de estabelecer critérios materiais para reequilibrar a posição do consumidor enquanto parte mais fraca na relação jurídica. Encontramos a regulamentação destes contratos relativamente à lei aplicável: na Convenção de Roma

[8] Com uma visão sobre a posição de acentuada fragilidade que o consumidor assume no contrato de consumo internacional, v. GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, «Evolução da regulamentação europeia dos contratos de consumo internacionais celebrados por via electrónica», *Scientia Ivridica*, n.º 331, 2013, p. 5-32; GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, «O Contrato de Consumo Internacional Celebrado com Recurso a Meios Electrónicos no Regulamento Bruxelas I», in *FODERTICS: Estudios sobre Nuevas Tecnologías y Justicia 3.0*, Federico Bueno de Mata (coord.), Granada, Comares, p. 55-64; GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, «E-commerce and the protection of the consumer in international contracts by the European Union law», in *Los servicios en el Derecho Internacional Privado, Jornadas de la ASADIP 2014,* José António Moreno Rodríguez – Cláudia Lima Marques (coord.), Porto Alegre/Asunción, Grafia e Editora RJR, , p. 709-731; GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, «The E-Commerce International Consumer Contract in the European Union», in *Masaryk University Journal of Law and Technology*, Vol. 9, Number 1, summer 2015, p. 5-20; OLIVEIRA, Elsa Dias, *A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados Através da Internet*, Coimbra, Almedina, p. 23-30; RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura, «La protection de la Partie Contractuellement Plus Faible en Droit International Privé Portugais» in *Das Relações privadas Internacionais, Estudos de Direito Internacional Privado,* Coimbra, Coimbra Editora, p. 238-239.

de 19 de junho de 1980 Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Convenção de Roma) e no Regulamento n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (denominado de Roma I). Já quanto à competência internacional e ao reconhecimento de decisões estrangeiras, temos de recorrer ao Regulamento Bruxelas I *bis*, que veio substituir o Regulamento 44/2001 (Bruxelas I)[9], nos termos do art. 80º[10]. Ora, é precisamente é precisamente sobre a questão da competência internacional do tribunal de Viena que o caso *Schrems* gravita e, consequentemente, sobre o regime previsto no Regulamento Bruxelas I *bis* e que, por essa razão, passaremos em seguida a analisar.

3. O regulamento Bruxelas I *bis*

O Regulamento Bruxelas I *bis* é um dos instrumentos legais de referência no âmbito da política de cooperação judiciária em matéria civil da União Europeia (UE)[11], e unifica as regras de conflitos de jurisdições (do art. 4º ao art. 35º), as normas de reconhecimento de decisões proferidas pelos tribunais dos Estados-Membros e de reconhecimento dos atos autênticos exarados ou registados num Estado-Membro e transações judiciais provenientes de um Estado-Membro (art. 36º e art. 60º).

O Regulamento Bruxelas I *bis* regula as matérias civis e comerciais, segundo o disposto no n.º 1 do art. 1º, estando excluídas do seu âmbito, aquelas matérias elencadas no n.º 2 da mesma disposição legal, como: o estado e a capacidade das pessoas singulares; os regimes matrimoniais e de relações equiparáveis; as obrigações de alimentos, resultantes de parentesco, casamento ou afinidade; os testamentos e as sucessões; as falências; a segurança social; a arbitragem; as matérias fiscais, aduaneiras e administrativas. Adicionalmente, a aplicação do Regulamento Bruxelas I *bis* exige que a situação em litígio contenha elementos

---

[9] O Regulamento n.º 44/2001, por sua vez, entrou em vigor em 1 de Março de 2002, de acordo com o seu art. 76º, sendo determinado, no art. 66º, n.º 1, que o disposto neste regulamento era aplicável às ações judiciais intentadas ou aos atos autênticos exarados após a sua entrada em vigor, e veio substituir entre os Estados-Membros a Convenção de Bruxelas, adotando a sua estrutura e, em grande medida, o seu texto.

[10] Sobre as principais alterações introduzidas pelo Regulamento Bruxelas I *bis* face ao texto anterior, v. GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, «A Revisão do Regulamento Bruxelas I Relativo à Competência Judiciária, ao Reconhecimento e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial» in *Estudos em Comemoração dos 20 Anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Mário Monte et al. (coord.), Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 39-59.

[11] Sobre a política de cooperação judiciária em matéria civil, v. GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, 2016, «Cooperação Judiciária em Matéria Civil», in *Direito da União Europeia, Elementos de Direito e Política da União*, Alessandra Silveira, Mariana Canotilho, Pedro Madeira Froufe (coord.), Coimbra, Almedina, p. 339-391.

de estraneidade, uma vez que o Regulamento não se aplica a situações puramente internas[12].

Quanto ao âmbito de aplicação espacial, as regras de competência internacional do regulamento Bruxelas I *bis* têm aplicação naquelas situações em que o requerido tem domicílio num Estado-Membro, de acordo com o princípio do domicílio do réu (art. 4º, n.º 1). Caso contrário, serão aplicáveis as regras de competência nacionais dos Estados-Membros, ressalvando, porém, o art. 6º, n.º 1, as situações previstas no art. 18º, n.º 1 (contrato de consumo), no art. 21º, n.º 2 (contrato de trabalho), no art. 24º (competências exclusivas) e no art. 25º (pactos de jurisdição). Nos casos descritos pode existir competência dos tribunais dos Estados-Membros, independentemente do domicílio do réu. Por sua vez, as regras de reconhecimento aplicam-se às decisões proferidas pelos tribunais dos Estados-Membros que se integrem no âmbito de aplicação material de Bruxelas I *bis*, de acordo com o art. 36º do Regulamento. O Regulamento também regula a exequibilidade nos Estados-Membros de actos autênticos exarados ou registados em outro Estado-Membro e que também nele tenham força executiva dentro do seu âmbito de aplicação material e das transacções judiciais que tenham valor executivo no Estado-Membro de origem, de acordo com o art. 58º.

4. Jurisdição internacional e a proteção do consumidor

O Regulamento Bruxelas I *bis* estabelece uma regra de competência geral que prevê o princípio *actor sequitur forum rei* (art. 4º, n.º 1) – o tribunal competente será o do domicílio do réu. Prevê, também, regras de competência especial que fixam foros alternativos em relação à regra geral e que foram pensadas em função da proximidade do litígio com o tribunal (artigos. 7º a 9º), como em matéria contratual e extracontratual, que são norteadas pelo princípio de proximidade e que visam salvaguardar as legítimas expectativas das partes e promover

[12] Condição afirmada no relatório no Relatório Jenard e no Relatório Schlosser, assim como em variada jurisprudência do TJUE: JENARD, Paul, «Relatório sobre a Convenção, de 27 de Setembro de 1968, relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial», JO C 59, 1979, p. 8; SCHLOSSER, Peter, «Relatório sobre a Convenção relativa à adesão do Reino da Dinamarca, da Irlanda e do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte à Convenção relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial, bem como ao Protocolo relativo à sua interpretação pelo Tribunal de Justiça», JO C 59, 1979, p. 81; TJUE, *Andrew Owusu contra N. B. Jackson, agindo sob o nome comercial «Villa Holidays Bal-Inn Villas»*, Processo C-281/02, de 1.3.2005, § 25, ainda relativamente à Convenção de Bruxelas, entre outros.

uma boa administração da justiça[13]. Todavia, sobre estas normas têm prioridade as normas de competência internacional previstas no Regulamento que visam a proteção da parte negocialmente mais débil.

O Regulamento Bruxelas I *bis* tem um conjunto de normas de competência internacional que visam a proteção da parte mais fraca na relação jurídica, que se caracterizam por aumentarem o número de foros a que a parte mais fraca pode recorrer, em comparação com a contraparte que fica limitada praticamente ao tribunal do domicílio do réu, estabelecendo algumas normas inclusive um *forum actoris* e requisitos mais rigorosos para a celebração válida de pactos de jurisdição. Constam deste elenco, as normas de competência relativas ao contrato de seguro (do art. 10º ao art. 16º), ao contrato de consumo (do art. 17º ao art. 19º) e ao contrato de trabalho (do art. 20º ao art. 23º)[14].

Especificamente, em relação ao contrato de consumo, a secção 4 do capítulo II do Regulamento Bruxelas II *bis* contém regras especiais que derrogam as normas gerais previstas no Regulamento, com vista à proteção do consumidor enquanto parte mais fraca. Para esse efeito, o legislador delimita o tipo de contratos de consumo objeto de proteção, no art. 17º n.º 1. Fazem parte do elenco estabelecido na norma os contratos de compra e venda, a prestações, de bens móveis corpóreos (a); os contratos de empréstimo reembolsáveis em prestações, ou outra forma de crédito concedido para financiamento da venda de tais bens (b); ou os contratos celebrados com uma pessoa com atividade comercial ou profissio-

---

[13] Sobre as regras de competência especial e a justificação dos foros em causa, v., *v.g.*, CARBONE, Sérgio, *Il nouvo sapazio giudiziario dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE 44/2001*, 4.ª ed., Torino, G. Giappichelli Editore, 2002, p. 81 e segs; REAL, Manuel Desantes, *La Competencia Judicial en la Comunidad Europea,* Barcelona, Bosch, 1986, p. 287 e segs; DROZ, Georges A. L., *La compétence judiciaire et l´effet des jugements dans la communauté* économique *européenne selon la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Université de Droit, d`Economie et des Sciences Sociales Oaris II, Paris, 1971, p. 71 e segs; GAUDEMET-TALLON, Hélène, *Compétence et Exécution des Jugements en Europe, Matières Civiles et commerciale,* 5ª ed., Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2015, p. 195-340; SALERNO, Francesco, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001 (La revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968)*, 3ª ed., Cedam, 2006, p. 154-155; SOUSA, Miguel Teixeira de, VICENTE, Dário Moura, *Comentário à Convenção de Bruxelas*, Lisboa, Lex, 1994, p. 93-94.

[14] Sobre estas regras que visam a proteção da parte mais fraca, v., *v.g.*, HEISS, Helmut, «Jurisdiction in matters relating to insurance», in *Brussels I Regulation, Ulrich Magnus*, Peter Mankowski (coord.), 2ª ed., Munich, Sellier European Law Publishers, 2012, p. 331-362; NIELSON, Peter Arnt, «Jurisdiction over consumer contracts», in *Brussels I Regulation,* Ulrich Magnus – Peter Mankowski (Coord.), 2ª ed., Munich, Sellier European Law Publishers, 2012, p. 363-391; ESPLUGUES MOTA, Carlos, PALAO MORENO, Guillermo, «Jurisdiction over individual contracts of employment», in *Brussels I Regulation*, Ulrich Magnus – Peter Mankowski (Coord.), 2ª ed., Munich, Sellier European Law Publishers, 2012, p. 391-412; PINHEIRO, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado, Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, Vol. III, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 136-164; STONE, Peter, *EU Private International Law, Harmonization of Laws*, Cheltenham – UK, Edward Elgar, 2008, p. 113-132.

nal no Estado-Membro do domicílio do consumidor ou que dirija essa atividade, por quaisquer meios, a esse Estado-Membro ou a vários Estados incluindo esse Estado-Membro, desde que o contrato seja abrangido por essa atividade (c). A última parte da al. c), do art. 17º, é vocacionado especialmente para os contratos de consumo celebrados no âmbito do comércio eletrónico, existindo várias decisões do TJUE que ajudam a concretizar o conceito do agente económico dirigir a sua atividade profissional, por quaisquer meios, para o Estado-Membro do domicílio do consumidor[15].

Perante um destes contratos de consumo, o consumidor pode recorrer os tribunais do domicílio do seu cocontratante, agente económico, ou ao tribunal do lugar do seu próprio domicílio, independentemente do lugar onde está domiciliado a outra parte (art. 18º, n.º 1). Na última versão do Regulamento Bruxelas I, de 2012, verifica-se um aperfeiçoamento da proteção do consumidor, enquanto parte negocialmente mais débil, garantindo-se a manutenção da competência dos tribunais dos Estados-Membros, ao prever-se uma extensão de competência que permite ao consumidor propor a ação no tribunal do lugar do seu domicílio, independentemente do domicílio do requerido. Por sua vez, o cocontratante do consumidor só pode propor a ação no país do domicílio do consumidor.

Verifica-se nestes artigos um objetivo de proteção da parte mais fraca na relação jurídica (o consumidor), privilegiando-se o foro mais próximo da parte que se quer proteger, fazendo recair sobre o cocontratante do consumidor o ónus e o custo de litigar em país estrangeiro. Não só porque este, geralmente, se encontra em melhor situação económica, mas porque este possui a suportá-lo uma organização empresarial e a experiência da sua profissão. Há, consequentemente, um desvio à regra geral *actor sequitur forum rei,* a favor da jurisdição do domicílio do consumidor, estabelecendo-se *um forum actoris*. Desta forma, o consumidor poderá com maior facilidade e com menos gastos invocar os seus direitos perante os tribunais do seu país de domicílio.

Simultaneamente, verifica-se uma tentativa de conciliação *forum/ius*, pois nos termos do art. 6º do Regulamento (Roma I) a lei subsidiariamente aplicável ao contrato de consumo internacional na ausência de escolha de lei é a lei da residência habitual do consumidor. Mesmo perante uma *electio iuris*, a lei da re-

[15] V. com mais desenvolvimentos sobre este conceito e a sua aplicação aos contratos de consumo celebrados com recurso a meios eletrónicos, v. GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, «Evolução da regulamentação europeia dos contratos de consumo internacionais celebrados por via electrónica», *op. cit*., p. 5-32; GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, «O Contrato de Consumo Internacional Celebrado com Recurso a Meios Electrónicos no Regulamento Bruxelas I», *op. cit.,* p. 55-64; GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, «E-commerce and the protection of the consumer in international contracts by the European Union law», *op. cit.,* p. 709-731; GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, «The E-Commerce International Consumer Contract in the European Union», *op. cit.,* p. 5-20.

sidência habitual do consumidor assume a importante função de padrão de proteção do consumidor, pois as disposições imperativas desta lei que sejam mais protetoras do consumidor, em comparação com as disposições da lei escolhida pelas partes, serão aplicáveis. Há também no plano da lei aplicável, uma opção de política legislativa por uma lei mais próxima da parte que se quer proteger, conseguindo o legislador da União um importante objetivo: a aplicação dos padrões imperativos de proteção da lei da residência habitual do consumidor nos contratos de consumo internacional, o que no caso dos consumidores residentes na União Europeia será a lei de um Estado-Membro. Ora, como grande parte das legislações dos Estados-Membros no domínio do direito de consumo é de fonte da União Europeia, os consumidores residentes num Estado-Membro ficam protegidos pelos *standards* de proteção mínima do direito de consumo da União[16].

Esta coincidência *forum/ius* tem importantes vantagens no plano processual, pois facilita a boa administração da justiça, já que o julgador que apreciar estes litígios irá aplicar direito nacional, com importantes benefícios no apuramento do conteúdo deste direito e na aplicação do mesmo, já que tem um maior domínio sobre o seu direito nacional, em comparação com uma lei estrangeira. Daqui resultam também importantes vantagens no plano da celeridade da resolução de um eventual litígio.

Assim sendo, podemos afirmar que a previsão do foro do domicílio do consumidor foi pensado em função da proximidade com a parte que se tentou proteger – o consumidor. Ora, é com base no art. 18º, n.º 1, que *Schrems* propôs a acção que moveu contra o *Facebook Ireland* no Tribunal Regional Cível de Viena, tribunal do seu domicílio. Tendo em consideração a especificidade da atividade de *Schrems* coloca-se a questão, no caso que estamos a comentar, se este poderia ser considerado um consumidor, e assim gozar do regime protetor do Regulamento Bruxelas I *bis*, recorrendo ao tribunal do seu domicílio. Logo, convém analisar o conceito de consumidor para efeitos do Regulamento Bruxelas I *bis*.

5. O conceito de consumidor

O TJUE tem repetidamente afirmado que a interpretação dos conceitos utilizados inicialmente na Convenção de Bruxelas e, posteriormente, nos regulamentos Bruxelas I deve adotar um conteúdo autónomo face àquele que lhe é dado pelas ordens jurídicas nacionais, com o objetivo de se promover uma aplicação uniforme destes instrumentos legislativos. Esta interpretação autónoma deve ser construída tendo em conta o espírito, objetivos, o sistema e os princí-

[16] V. com mais pormenor, *idem, ibidem*.

pios inicialmente da Convenção de Bruxelas[17] e, posteriormente, dos regulamentos Bruxelas I[18].

Esta interpretação autónoma dos conceitos presentes na Convenção de Bruxelas permitiu uma aplicação uniforme da mesma. Posteriormente, o TJUE afirmou que o Regulamento Bruxelas I é uma atualização da Convenção de Bruxelas, devendo existir uma continuidade interpretativa entre os dois instrumentos, mantendo-se a interpretação autónoma dos seus conceitos tendo em conta o sistema e os objectivos daquele Regulamento[19].

O conceito de consumidor para efeitos do Regulamento Bruxelas I *bis* tem por base o disposto no art. 17º, n.º 1, que define o consumidor como a pessoa que celebra um contrato para uma finalidade que possa ser estranha à sua atividade comercial ou profissional.

Resulta desta norma vários elementos. Desde logo, que estão em causa contratos celebrados entre um consumidor e um profissional, devendo a noção de profissional ser entendida como a "pessoa que age no exercício da sua actividade ou atividades profissionais", de acordo com a noção que consta no art. 6º do

---

[17] Para efeitos da Convenção de Bruxelas, v. *v.g.*, a jurisprudência do TJUE neste sentido: *LTU Lufttransportunternehmen Gmbh & Co KG c. Eurocontrol*, Processo 29/76, de 14 de outubro de 1976, *CJ* 1976, pp. 629 e segs; *idem*, État *néerlandais c. Reinhold Rüffer*, Processo 814/76, de 16 de dezembro de 1980, *CJ* 1980, pp. 3807 e segs; *idem*, *Francesco Benincasa c. Dentalkit Srl*, Processo C-269/95, de 3 de junho de 1997, *CJ* 1997, pp. I-3767 e segs; *idem*, *Roche Nederland BV e o. c. Frederick Primus e Milton Goldenberg*, Processo C-539/03, de 13 de junho 2003, *CJ* 2003, pp. I-6535 e segs; *idem*, *Gesellschaft für Antribestechnik mbH & Co. KG c. Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG*, Processo C-4/03, de 13 de julho de 2006, *CJ* 2006, pp. I-6509; *idem*, *Falco Privatstiftung e Thomas Rabitsch c. Gisela Weller-Lindhorst*, Processo C-533/07, *CJ* 2009, pp. I-03327.

[18] Afirmando a continuidade interpretativa entre a Convenção de Bruxelas e os regulamentos Bruxelas e a necessidade da manutenção de uma interpretação autónoma dos conceitos presentes nestes instrumentos legais, v. as decisões do TJUE, entre outros, *Reisch Montage AG c. Kiesel Baumaschinen Handels Gmbh*, Cit., pp. I-6827 e segs; *idem*, *Falco Privatstiftung e Thomas Rabitsch c. Gisela Weller-Lindhorst*, Cit., pp. I-03327; *idem*, *Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG (C-585/08) e Hotel Alpenhof GesmbH c. Olivier Heller (C-144/09)*, Cit.

[19] V., entre outros, TJUE, *Reisch Montage AG c. Kiesel Baumaschinen Handels Gmbh*, Cit., pp. I-6827 e segs; *idem*, *Falco Privatstiftung e Thomas Rabitsch c. Gisela Weller-Lindhorst*, Cit., pp. I-03327; *idem*, *Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG (C-585/08) e Hotel Alpenhof GesmbH c. Olivier Heller (C-144/09)*, Cit.

Regulamento n.º 593/2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)[20] e que também resulta da jurisprudência do TUJE[21].

É ainda exigido que o objetivo do contrato não seja destinado ao comércio ou à atividade profissional do consumidor. Segundo o TJUE, o conceito de consumidor deve ser interpretado restritamente, sendo certo que o elemento que identifica um consumidor num contrato não é a situação subjetiva da pessoa, mas a sua posição no contrato e a natureza e o objetivo do mesmo[22]. Por conseguinte, apenas os contratos celebrados com o objetivo de satisfazer as necessidades próprias de um indivíduo em termos de consumo privado são abrangidos pelas disposições destinadas a proteger o consumidor como a parte considerada económica e juridicamente mais fraca[23]. Se a finalidade do contrato é a atividade comercial ou profissional da pessoa, mesmo que seja uma atividade futura, a proteção da norma não se aplica.

Caso o contrato tenha um duplo objetivo, segundo o TJUE, a proteção da secção 4 do capítulo II do Regulamento Bruxelas I *bis* não pode ser invocada pela pessoa que contrata tendo parcialmente em vista a sua atividade profissional, exceto «(…) se o nexo do referido contrato com a atividade profissional do interessado fosse tão ténue que se tornaria marginal e, por isso, teria um papel despiciendo no contexto da operação a propósito da qual o contrato foi celebrado, considerada globalmente»[24]. Nessa análise, o tribunal deve levar em conta a natureza, o conteúdo e a finalidade do contrato e outras circunstâncias objetivas existentes no momento de sua conclusão[25].

---

[20] A complementaridade que existe entre as normas de conflitos, as normas de competência internacional e as normas de reconhecimento na regulamentação das questões privadas internacionais determina uma interpretação articulada do Regulamento Bruxelas I *bis* e do Regulamento Roma I. Desta forma, o considerando 7 do Regulamento Roma I enfatiza a necessidade de aplicar as normas previstas naquele Regulamento de harmonia com as regras do Regulamento Bruxelas I. O TJUE também já afirmou por diversas vezes a necessidade de uma interpretação articulada dos dois instrumentos: TJUE, Heiko Koelzsch contra État du Grão-Ducado do Luxemburgo, Cit.; *idem*, *Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG (C-585/08) e Hotel Alpenhof GesmbH c. Olivier Heller* (C-144/09), Cit. V. com mais pormenor, Gonçalves (2016), p. 361-364.

[21] TJUE, *Harald Kolassa c. Barclays Bank plc.*, Processo C-375/13, de 28 de janeiro de 2015, ECLI:EU:C:2015:37, § 32.

[22] TJUE, *Francesco Benincasa c. Dentalkit Srl.*, Processo C-269/95, 03.07.1997, ECR 1997, p. I-03767, §16. Cfr. sobre o conceito de consumidor: TJUE, *Shearson Lehmann Hutton Inc. c. TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH.*, Processo C-89/91, 10.01.1991, ECR 1993, p. I-00139, § 24.

[23] TJUE, *Francesco Benincasa c. Dentalkit Srl.*, Cit, §17.

[24] TJUE, *Johann Gruber c. Bay Wa AG*, Processo C-464/01, 20.01.2005, ECR 2005, p. I-00439, § 39.

[25] *Idem*, *ibidem*, § 47.

Ora, no acórdão que agora comentamos, o TJUE reafirmou as características que delimitam a figura do consumidor e que já resultavam da jurisprudência deste tribunal[26]. Olhando para as características da situação a decidir, o TJUE admitiu que tendo em conta a natureza dos serviços subjacentes à utilização de uma rede social é natural que exista uma evolução ao longo do tempo da utilização dos serviços da rede[27]. Todavia, o utilizador apenas pode invocar a qualidade de consumidor se a utilização que fizer da rede for essencialmente não profissional, não o podendo fazer se com o passar do tempo essa utilização tiver adquirido um carácter essencialmente profissional[28].

Ainda assim, a qualidade de consumidor é estabelecida independentemente dos conhecimentos concretos e informações específicas que a pessoa tem ou da experiência da pessoa no domínio dos serviços que lhe são prestados pelo profissional, não lhe retirando essa qualidade, no caso a apreciar, o compromisso da pessoa no âmbito da representação dos direitos de outros utilizadores do serviço[29]. Esta interpretação de consumidor para efeitos do Regulamento Bruxelas I *bis* está de acordo com a interpretação feita pelo mesmo tribunal no âmbito do art. 2.º, al. b), da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, no acórdão *Costea*[30], promovendo a interpretação coerente do direito da União Europeia. Esta é também a interpretação que promove a proteção efetiva do consumidor, caso contrário este tipo de pessoas com conhecimentos específicos na área do serviço que contrataram ou de bem que compraram nunca seriam protegidos como consumidores ainda que a utilização que fizessem fosse essencialmente não profissional. Consequentemente e de forma coerente com a jurisprudência anterior, decidiu o TJUE que uma pessoa que publica livros, gere sítios, recolhe donativos no âmbito da proteção de dados pessoais não perde a sua qualidade de consumidor quando utiliza uma conta privada do *Facebook*.

6. A cessão de direitos

A última questão apreciada diz respeito aos direitos cedidos pelos outros consumidores a *Schrem*, estando estes domiciliados no mesmo Estado-Membro, em outros Estados-Membros ou em Estados terceiros: será que estes direitos poderiam ser exercidos no foro do domicílio de *Schrem*, cessionário dos mesmos,

[26] TJUE, *Maximilian Schrems c. Facebook Ireland Limited*, Cit., §29-32.

[27] *Idem, ibidem*, §37.

[28] *Idem, ibidem*, §38.

[29] *Idem, ibidem*, §39.

[30] TJUE, *Horațiu Ovidiu Costea contra SC Volksbank România SA*, processo C110/14, de 3 de setembro de 2015, § 21.

enquanto consumidor, ao abrigo do regime especial do Regulamento Bruxelas I *bis*?

Como vimos supra, o TJUE opta por uma interpretação restrita do conceito de consumidor, uma vez que o regime estabelecido neste tipo de contratos é um regime excecional, em relação à regra geral do art. 4º e às regras de competência especial do art. 7º, que visa a proteção do consumidor enquanto parte negocialmente mais débil. Além disso, este regime visa o contrato de consumo, que implica a celebração de um contrato entre um consumidor e um profissional, o que permite também ao profissional a previsibilidade do foro que irá resolver eventuais litígios ao celebrar um contrato de consumo com determinado consumidor, aceitando que, de acordo com o art. 18º, será o do domicílio do consumidor.

Ora, a cessão de direitos, como já tinha afirmado o TJUE[31], não pode ter influência na determinação do tribunal competente, caso contrário através da concentração de direitos na esfera jurídica do concessionário, o tribunal deixaria de ser previsível para o profissional, com prejuízo para a certeza e segurança jurídica. Efetivamente, no momento da celebração de um contrato de consumo internacional o profissional conforma-se com o facto de, em caso de litígio, ter de se dirigir ou defender no tribunal do domicílio do consumidor, assumindo o risco de, eventualmente, litigar no estrangeiro e especificamente no tribunal do Estado-Membro do domicílio do consumidor, e fazendo uma previsão de custos e de benefícios.

A previsibilidade do foro é um dos grandes objetivos do Regulamento Bruxelas I[32], tendo o legislador optado por foros com uma proximidade com o objeto do litígio ou com a parte a proteger (no caso do contrato de consumo). Se esta regra pudesse ser alterada através de uma cessão de direitos a favor de outro consumidor, tal significaria que o profissional poderia ser demandado nos tribunais de qualquer Estado-Membro em resultado da cessão, tornando o foro imprevisível e o risco e os custos de celebrar um contrato de consumo internacional difíceis de calcular. Daqui poderia resultar um foro sem qualquer ligação ao objeto do litígio ou às partes que celebraram o contrato de consumo.

Consequentemente e de forma coerente com a jurisprudência anterior e os objetivos do Regulamento, o TJUE decidiu que o consumidor não pode invo-

---

[31] TJUE, ÖFAB, Östergötlands *Fastigheter AB c. Frank Koot, Evergreen Investments BV*, Processo C-147/12 , 18 de julho de 2013, ECLI:EU:C:2013:490, § 58; *idem*, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA c. Akzo Nobel NV, Solvay SA/NV, Kemira Oyj, FMC Foret SA*, sendo intervenientes: *Evonik Degussa GmbH, Chemoxal SA, Edison SpA*, Processo C-352/13, de 21 de maio de 2015, ECLI:EU:C:2015:335, § 35.

[32] O que tem sido reafirmado pelo TJUE: v., *v.g.*, ÖFAB, Östergötlands *Fastigheter AB c. Frank Koot, Evergreen Investments BV*, Cit., § 58.

car o seu domicílio para fundamentar o foro competente quando a ação visa o exercício de direitos que lhe foram cedidos por outros consumidores que estejam domiciliados no mesmo Estado ou em outros Estados[33]. Assim se consegue um equilíbrio entre os objetivos de proteção da parte mais fraca, que levaram o legislador a optar por um foro *ratione personae*, e a necessidade de previsibilidade do foro competente.

7. Conclusão

No caso *Schrems* contra *Facebook* o TJUE volta a debruçar-se sobre a proteção do consumidor no Regulamento Bruxelas I. Sendo o consumidor a parte económica e juridicamente mais débil na relação jurídica, o Regulamento estabelece um foro em função da proximidade com a parte que se quer proteger. Assim, o tribunal do domicílio do consumidor será competente para julgar um litígio emergente de um contrato de consumo internacional, colocando sobre o cocontratante do consumidor o ónus e o custo de litigar num país estrangeiro. Além disso, consegue-se uma coincidência *forum/ius* com evidentes vantagens no processual.

O próprio Regulamento estabelece o conceito de consumidor e de contratos de consumo a que se aplica este regime, e é sobre este conceito que o TJUE se debruça novamente no caso *Schrems* contra *Facebook*.

Por um lado, é necessário que o contrato seja celebrado para uma finalidade que possa ser considerada estranha à sua atividade profissional. Quanto a esta noção, o TJUE já se tinha pronunciado no sentido de considerar que não estaria em causa a situação subjetiva da pessoa no contrato, mas sim a sua situação objetiva: ou seja, o objetivo da celebração do contrato deveria consistir em satisfazer essencialmente necessidades próprias do indivíduo, o que deveria ser inferido da natureza, do conteúdo, da finalidade do contrato e de outras circunstâncias objetivas existentes no momento da celebração do contrato. No caso *Schrems*, o TJUE reitera esta posição considerando também que a qualidade de consumidor é estabelecida independentemente dos conhecimentos concretos e informações específicas que a pessoa tem ou da experiência da pessoa no domínio dos serviços que lhe são prestados pelo profissional. Esta interpretação promove a proteção efetiva do consumidor, caso contrário o consumidor com conhecimentos especializados na área em que contratou nunca teria a proteção de consumidor.

Por outro lado, o contrato alvo de proteção no Regulamento Bruxelas I *bis* é aquele que é celebrado entre consumidor e o profissional, o que permite ao profissional alguma previsibilidade do foro que irá resolver eventuais litígios

[33] TJUE, *Maximilian Schrems c. Facebook Ireland Limited*, Cit., §49.

resultantes daquele contrato. No caso *Schrems*, o TJUE reitera a posição já assumida anteriormente, no sentido de a cessão de direitos não ter influência sobre a determinação do tribunal competente, caso contrário poderíamos ter um foro sem ligação ao objeto do litígio ou às partes e, por isso, imprevisível para o profissional, contrariando um dos fins do Regulamento Bruxelas I *bis*.

Assim, concluímos que no caso *Schrems* contra *Facebook*, o TJUE reitera posições já anteriormente assumidas em relação ao conceito de consumidor e de contrato de consumo, para efeitos do Regulamento Bruxelas I *bis*. O grande alcance deste acórdão é o facto de, pela primeira vez, o TJUE considerar que o contrato que liga o utilizador do *Facebook* a esta rede social é um contrato de consumo internacional, com todas as consequências que daí podem advir. Estas consequências situam-se, não só no plano da jurisdição internacional e do reconhecimento e execução de decisões dentro da União Europeia, mas também no plano da lei aplicável, abrindo-se, com esta decisão, uma porta privilegiada para a aplicação a estes contratos do direito de consumo de fonte da União.

Bibliografia

CARBONE, Sérgio, *Il nouvo sapazio giudiziario dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE 44/2001*, 4.ª ed., Torino, Giappichelli Editore, 2002.

CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, Parte geral, Tomo I, Coimbra, Almedina, 2011.

DROZ, Georges A. L., *La compétence judiciaire et l´effet des jugements dans la communauté économique européenne selon la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Université de Droit, d`Economie et des Sciences Sociales Oaris II, Paris, 1971.

ESPLUGUES MOTA, Carlos, PALAO MORENO, Guillermo, «Jurisdiction over individual contracts of employment», in *Brussels I Regulation*, Munich, Ulrich Magnus – Peter Mankowski (Coord.), 2ª ed., Sellier European Law Publishers, 2012.

GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, «Evolução da regulamentação europeia dos contratos de consumo internacionais celebrados por via electrónica», *Scientia Ivridica*, 2013, n.º 331, p. 5-32.

GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, «O Contrato de Consumo Internacional Celebrado com Recurso a Meios Electrónicos no Regulamento Bruxelas I», in *FODERTICS: Estudios sobre Nuevas Tecnologías y Justicia 3.0*, Federico Bueno de Mata (coord.), Granada, Comares, 2014, p. 55-64.

GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, «E-commerce and the protection of the consumer in international contracts by the European Union law», in *Los servicios en el Derecho Internacional Privado, Jornadas de la ASADIP 2014*, José António Moreno Rodríguez – Cláudia Lima Marques (Coord.), Porto Alegre/ Asunción, Grafia e Editora RJR, 2014, p. 709-731.

GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, «A Revisão do Regulamento Bruxelas I Relativo à Competência Judiciária, ao Reconhecimento e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial», in *Estudos em Comemoração dos 20 Anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Mário Monte *et al.* (coord.), Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 39-59.

GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, «The E-Commerce International Consumer Contract in the European Union», Masaryk University Journal of Law and Technology, Vol. 9, Number 1, summer 2015, p. 5-20.

GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, «Cooperação Judiciária em Matéria Civil» in *Direito da União Europeia, Elementos de Direito e Política da União*, Alessandra Silveira, Mariana Canotilho, Pedro Madeira Froufe (coord.), Coimbra, Almedina, 2016, p. 339-391.

GAUDEMET-TALLON, Hélène, *Compétence et Exécution des Jugements en Europe, Matières Civiles et commerciale*, 5ª ed., Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2015.

HEISS, Helmut, «Jurisdiction in matters relating to insurance» in *Brussels I Regulation*, Ulrich Magnus, Peter Mankowski (coord.), 2ª Ed., Munich, Sellier European Law Publishers, 2012.

HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1992.

JENARD, Paul, «Relatório sobre a Convenção, de 27 de Setembro de 1968, relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial», *JO C* 59, 1979, p. 1-69.

MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª ed., com a colaboração Maria da Glória Garcia *et alii.*, Coimbra Editora, 2010.

NIELSON, Peter Arnt, «Jurisdiction over consumer contracts» in *Brussels I Regulation*, Ulrich Magnus – Peter Mankowski (Coord.), 2ª ed., Munich, Sellier European Law Publishers, 2012.

OLIVEIRA, Elsa Dias, *A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados Através da Internet*, Coimbra, Almedina, 2002.

PINHEIRO, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado, Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, Vol. III, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2012.

REAL, Manuel Desantes, *La Competencia Judicial en la Comunidad Europea*, Barcelona, Bosch, 1986.

RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura, 1995, «La protection de la Partie Contractuellement Plus Faible en Droit International Privé Portugais» in *Das Relações privadas Internacionais, Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 197-242.

SALERNO, Francesco, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001 (La revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968)*, 3ª ed., Cedam, 2006.

SCHLOSSER, Peter, «Relatório sobre a Convenção relativa à adesão do Reino da Dinamarca, da Irlanda e do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte à Convenção relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial, bem como ao Protocolo relativo à sua interpretação pelo Tribunal de Justiça», *JO C* 59, 1979, p. 71-152.

SOUSA, Miguel Teixeira de, VICENTE, Dário Moura, *Comentário à Convenção de Bruxelas*, Lisboa, Lex, 1994.

STONE, Peter, *EU Private International Law, Harmonization of Laws*, Cheltenham – UK, Edward Elgar, 2008.

O DESAFIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL – A IMPLEMENTAÇÃO DO ACORDO DE PARIS NA UNIÃO EUROPEIA, PALCO DE ENSAIO DE UM MODELO *(GLOCAL)* DE GOVERNAÇÃO SUSTENTÁVEL

Sophie PEREZ FERNANDES[1]

1.

No seu trabalho *A era do desenvolvimento sustentável* (2015), Jeffrey D. Sachs, economista de renome mundial, Diretor do *Center for Sustainable Development* da *Columbia University* e Assessor Especial do Secretário-Geral das Nações Unidas, António Guterres, sobre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, qualifica as alterações climáticas como "o problema de política pública mais difícil que a humanidade alguma vez teve de enfrentar"[2]. Não é por acaso que, no seu último trabalho (2015), Ulrich Beck, um dos mais influentes sociólogos dos últimos anos, procura compreender as alterações climáticas enquanto agentes da *metamorfose do mundo*, propiciando a emergência, enquanto seus

[1] Professora Auxiliar Convidada da Escola de Direito da Universidade do Minho (EDUM). Referendária no Tribunal de Justiça da União Europeia. As opiniões expressas nesta contribuição são da exclusiva responsabilidade da Autora e não da instituição à qual pertence.

[2] SACHS, Jeffrey, *A era do desenvolvimento sustentável*, Lisboa, Actual Editora, 2017, p. 418.

efeitos secundários positivos, de novos quadros de referência que desafiam o modo como o modelo do Estado-Nação habituou a estar no mundo, a pensar sobre o mundo e a imaginar e praticar a política[3].

Tais afirmações feitas em relação às alterações climáticas em particular podem ser extrapoladas para os desafios ambientais enquanto risco global[4]. É sabido que *i*) os mundos físico, químico e biológico evoluem independentemente da ação humana – em termos que um jurista, produto do mundo cultural, imperfeitamente consegue apreender e explicar. Mas é igualmente sabido que, de forma mais ou menos intensa, mais ou menos (in)direta, mais ou menos (in)(cons)ciente, *ii*) a ação humana impacta nos ciclos que interferem com a vida no planeta, acelerando, retardando, ou de alguma forma alterando ciclos naturais interconectados e interdependentes. Ora, a intensidade da interferência antrópica nos ciclos naturais não se mede tanto em termos de *evolução*, mas sim de *revolução* – é também sabido que *iii*) a interferência antrópica nos ciclos naturais se intensificou a partir da Revolução Industrial dos séculos XVIII e XIX.

Para o bem e para o mal, é desse mundo que, na fórmula famosamente ensaiada por Edith Brown Weiss, somos fiduciários: recebido em nosso benefício das gerações passadas, cabe-nos deixá-lo às gerações futuras sem comprometer a sua capacidade de satisfazerem as suas próprias necessidades[5]. E é assim que o desenvolvimento sustentável, enquanto desenvolvimento com capacidade de futuro, se desenha como o "desafio central do nosso tempo"[6]. Não surpreende, por isso, que – no mesmo ano da publicação das duas obras referidas no início – a Cimeira da Organização das Nações Unidas tida em Nova Iorque de 25 a 27 de setembro de 2015 aquando do 70º aniversário da organização adotou o documento intitulado "Transformando o nosso Mundo: a Agenda 2030 para

---

[3] BECK, Ulrich, *A metamorfose do mundo: como as alterações climáticas estão a transformar a sociedade*, Lisboa, Edições 70, 2017.

[4] Neste sentido, cfr. PEREZ FERNANDES, Sophie, «Do que o jurídico faz para a proteção do ambiente ao que a proteção do ambiente faz para o jurídico – considerações em clima de metamorfose no quadro jurídico europeu», *e-Pública - Revista Eletrónica de Direito Público*, Vol. 4, n.º 3, 2018, p. 117-143, [consult. 27 jun. 2018], disponível em: http://www.e-publica.pt/.

[5] Cfr. a obra de referência BROWN WEISS, Edith, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity*, New York, Transnational Publishers, 1989, parcialmente retomada em BROWN WEISS, Edith, «In Fairness To Future Generations and Sustainable Development», *American University International Law Review*, Vol. 8, n.º 1, 1992, p. 19-20: "Sustainability requires that we look at the earth and its resources not only as an investment opportunity, but as a trust passed to us by our ancestors for our benefit, but also to be passed on to our descendants for their use."

[6] KI-MOON, Ban, «Prefácio», in SACHS, Jeffrey, *A era do desenvolvimento sustentável*, Lisboa, Actual Editora, 2017, p. I.

o Desenvolvimento Sustentável"[7]. Trata-se de um quadro de ação que apela ao envolvimento, em parceria colaborativa, de todos os cidadãos, países e partes interessadas (*stakeholders*) para a concretização de 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável e respetivas 169 metas, num plano centrado em 'cinco P's' – *People* (pessoas), *Prosperity* (prosperidade), *Peace* (paz), *Partnership* (parcerias), e *Planet* (planeta).

2.

No plano político-jurídico, o conceito de desenvolvimento sustentável começou a dar os seus primeiros passos em 1972, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada na cidade de Estocolmo. Apontada como uma das primeiras pedras na edificação do complexo político-jurídico de tutela ambiental, a *Declaração de Estocolmo*, ainda que sem caráter vinculativo, já inscrevia o desafio da sustentabilidade ambiental no contexto do desenvolvimento económico e social, por via das referências à necessidade de planeamento e de conciliação entre o desenvolvimento económico e a proteção do ambiente[8]. No mesmo ano, o relatório *The Limits to Growth*, publicado a pedido do Clube de Roma fundado em 1968, desenhava um "futuro apocalíptico"[9] reportando que se esgotariam os limites do crescimento no nosso planeta a manter-se inalterado o ritmo de crescimento da população mundial, da industrialização, da poluição, da produção de alimentos e da exploração de recursos; mas também apelava à possibilidade de alterar estas tendências de crescimento pelo estabelecimento de condições ecológicas e económicas sustentáveis de forma a evitar que o aumento da pegada ecológica humana fosse para além da capacidade do nosso planeta[10].

A expressão "desenvolvimento sustentável" em si foi introduzida no léxico político-jurídico na década de 1980. Primeiro, por via da *Estratégia Mundial de Conservação: Conservação de Recursos Vivos para o Desenvolvimento Sustentável*, documento de 1980 que visava harmonizar o desenvolvimento socioeconómico com a conservação do meio ambiente, com ênfase na necessidade de

---

[7] Resolução da Assembleia das Nações Unidas, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*. A/RES/70/1. 25 de setembro de 2015 [consult. 27 jun. 2018], disponível em: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E.

[8] Cfr., designadamente, os Princípios 13, 14, 15 e 17 da *Declaração de Estocolmo*.

[9] AMADO GOMES, Carla, *Introdução ao Direito do Ambiente*, Lisboa, AAFDL, Lisboa, 2012, p. 16.

[10] Cfr. MEADOWS, Donella [et al.], *The Limits to Growth: A Report for the Club of Rome's Project on the Predicament of Mankind*, New York, Potomac Associates Book, 1972; cfr. ainda MEADOWS, Donella [et al.], *The Limits to Growth: The 30-Year Update*, London, Earthscan, 2005.

preservação da biodiversidade e na exploração racional dos recursos naturais[11]. Depois, a expressão veio a conhecer o seu sucesso de bilheteira com o relatório da Comissão Mundial sobre Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas, geralmente conhecido como *Relatório Brundtland*, de 1987, que lançou aquela que virá a ser a definição clássica do conceito de desenvolvimento sustentável como um modelo de "desenvolvimento que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as gerações futuras satisfazerem as suas próprias necessidades"[12].

Desde então, o desenvolvimento sustentável converteu-se num princípio central orientador da atuação das Nações Unidas (e não só). O princípio do desenvolvimento sustentável viria a ser expressamente acolhido na complexidade das suas dimensões económicas, sociais e ambientais na *Declaração do Rio*, documento (também ele sem caráter vinculativo) saído da Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento realizada no Rio de Janeiro em 1992, conhecida informalmente como Cimeira do Rio. Pese embora a perspetiva antropocêntrica de partida adotada no documento – recorde-se que o Princípio 1 coloca "os seres humanos (…) no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável", reconhecendo-lhes o "direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza" –, a *Declaração do Rio* acolhe uma abordagem intergeracional e integrada do desenvolvimento sustentável, afirmando que "o direito ao desenvolvimento deverá ser exercido por forma a atender equitativamente às necessidades, em termos de desenvolvimento e de ambiente, das gerações actuais e futuras" e que "a protecção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada separadamente" em ordem a alcançar um desenvolvimento sustentável[13].

Desde então, começam a desenhar-se aqueles que são os três pilares do desenvolvimento sustentável ou da sustentabilidade entendida em sentido amplo[14]. A *Declaração de Joanesburgo*, adotada na Cimeira Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável realizada em 2002, refere-se à responsabilidade coletiva

---

[11] União Internacional para a Conservação da Natureza (IUCN), com o apoio do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) e do Fundo Mundial para a Vida Selvagem (WWF) - *World Conservation Strategy – Living Resource Conservation for Sustainable Development*, 1980, [consult. 27 junho 2018], disponível em: https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/wcs-004.pdf.

[12] Resolução da Assembleia das Nações Unidas, *Report of the World Commission on Environment and Development*. A/RES/42/187. 11 de dezembro de 1987, 2º parágrafo (tradução livre) [consult. 27 jun. 2018], disponível em: http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm.

[13] Princípios 3 e 4 da *Declaração do Rio*, respetivamente.

[14] Nesse sentido, cfr. GOMES CANOTILHO, José Joaquim, «O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional», *Tékhne - Revista de Estudos Politécnicos*, Vol. VIII, n.º 13, 2010, p. 9.

em avançar e reforçar os pilares do desenvolvimento sustentável – crescimento económico, desenvolvimento social e proteção ambiental – enquanto componentes interdependentes que se reforçam mutuamente[15]. Esta trilogia do desenvolvimento sustentável viria a ser reiterada volvidas duas décadas da Cimeira do Rio. O documento final da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, reunida no Rio de Janeiro em 2012, conhecida informalmente como Cimeira do Rio +20, reafirma a necessidade de reforçar a integração dos aspetos económicos, sociais e ambientais e reconhecer as suas interligações a fim de alcançar o desenvolvimento sustentável em todas as suas dimensões[16]. O referido documento, intitulado *O Futuro Que Queremos*, marca igualmente a transição dos *Objetivos de Desenvolvimento do Milénio* assumidos no ano 2000[17] para os *Objetivos do Desenvolvimento Sustentável* que viriam a ser aprovados em 2015[18] / [19]. Os 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, desdobrados em 169 metas, fixados na já referida "Agenda 2030 sobre o Desenvolvimento Sustentável", abordam de forma alargada e procuram equilibrar de forma integrada e indivisível as três dimensões, económica, social e ambiental, do desenvolvimento sustentável numa agenda proativa para os próximos 15 anos[20].

---

[15] World Summit on Sustainable Development, *Johannesburg Declaration on Sustainable Development*. A/CONF.199/20. setembro de 2002, considerando 5: "Accordingly, we assume a collective responsibility to advance and strengthen the interdependent and mutually reinforcing pillars of sustainable development - economic development, social development and environmental protection - at the local, national, regional and global levels" [consult. 27 jun. 2018], disponível em: http://www.un-documents.net/jburgdec.htm.

[16] Resolução da Assembleia das Nações Unidas, *The future we want*. A/RES/66/288. setembro de 2012, considerando 3: "We therefore acknowledge the need to further mainstream sustainable development at all levels, integrating economic, social and environmental aspects and recognizing their interlinkages, so as to achieve sustainable development in all its dimensions" [consult. 27 jun. 2018], disponível em: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/288&Lang=E.

[17] Cfr. Resolução da Assembleia das Nações Unidas, *United Nations Millennium Declaration*. A/RES/55/2. setembro de 2000 [consult. 27 jun. 2018], disponível em: http://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.pdf.

[18] Cfr. Resolução da Assembleia das Nações Unidas, *The future we want*. Op. Cit., considerandos 246-247.

[19] Sobre o paradigma do "desenvolvimento baseado em objetivos", cfr. SACHS, *A era do desenvolvimento sustentável*. Op. Cit., p. 511-528.

[20] Resolução da Assembleia das Nações Unidas, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*. A/RES/70/1. 25 de setembro de 2015 [consult. 27 junho 2018], disponível em: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E.

3.

Porque em múltiplos e variados aspetos o desenvolvimento socioeconómico e a proteção do ambiente se afetam ou, atrever-nos-ia, se contaminam reciprocamente, assim também o processo de integração europeia não podia por muito tempo alhear-se ao *despertar da era ecológica* comummente datado em finais da década de 1960[21]. Em especial, a integração dos mercados nacionais em vista da criação de um mercado comum, hoje interno, não podia alhear-se ao metadiscurso, então em emergência, do desenvolvimento sustentável como fórmula sinergética da complexidade das dinâmicas económicas, sociais e ambientais que interagem no processo de desenvolvimento[22]. Num misto de ativismo político-institucional, legislativo e judicial, logo nos inícios da construção europeia a agenda económica foi conformada também em razão de limites e/ou objetivos não económicos, nomeadamente ambientais[23]. É assim que, ao longo das últimas décadas, a União Europeia tem vindo a desenvolver um importante *acquis* (jus)ambiental que progressivamente transformou uma realidade inicialmente ausente da letra dos Tratados constitutivos em política omnipresente atualmente na atuação da União Europeia[24].

Em termos muito breves, a política e o direito da União no domínio ambiental estruturam-se, no quadro do direito primário da União, em torno de uma tríplice, composta pelo princípio do desenvolvimento sustentável, pelo princípio da integração ambiental e pelo princípio de um elevado nível de proteção ambiental. Esta leitura é confortada pelo disposto no artigo 3.º do Tratado da União Europeia (TUE), particularmente pela redação dada pelo Tratado de Lisboa, em vigor desde 2009, ao seu n.º 3. O preceito conforma a missão da União como integrando componentes económicas, sociais e ambientais e a sua

---

[21] Cfr. AMADO GOMES, *Introdução ao Direito do Ambiente*. Op. Cit., p. 15-17.

[22] Sobre o progressivo "esverdear" dos Tratados sobre os quais se funda a União, cfr. STETTER, Sebastian, «Maastricht, Amsterdam and Nice: The Environmental Lobby and Greening the Treaties», *European Energy and Environmental Law Review*, Vol. 10, n.º 5, 2001, p. 150-159.

[23] Para mais desenvolvimentos, cfr. PEREZ FERNANDES, «Do que o jurídico faz para a proteção do ambiente ao que a proteção do ambiente faz para o jurídico – considerações em clima de metamorfose no quadro jurídico europeu», Op. Cit., p. 130-134, e demais bibliografias aí citadas.

[24] Neste sentido, cfr. ARAGÃO, Alexandra, «Ambiente», in *Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Políticas da União*, Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Madeira Froufe (coord.), Coimbra, Almedina, 2016, p. 1087-1129.

conciliação através da noção de *desenvolvimento sustentável*[25]. Em especial, do primeiro parágrafo do artigo 3.º, n.º 3, TUE lê-se o seguinte: "A União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de proteção e de melhoramento da qualidade do ambiente (…)".

O conceito de desenvolvimento sustentável é novamente contemplado no artigo 11.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) que consagra o *princípio da integração ambiental*[26], primeiramente introduzido no texto dos Tratados em 1997 (Tratado de Amesterdão). Nos termos desta disposição, "[as] exigências em matéria de proteção do ambiente devem ser integradas na definição e execução das políticas e ações da União, em especial com o objetivo de promover um desenvolvimento sustentável". Trata-se, pois, de um dos princípios centrais na estruturação do direito do ambiente da União Europeia, quiçá, do direito da União *tout court*, na medida em que configura a política ambiental como política transversal a todas as demais políticas da União: a definição e a execução destas políticas e, em consequência, a adoção e aplicação dos atos jurídicos que lhes dão corpo, devem considerar/ponderar/integrar o ambiente, não como mero *limite*, mas sim como seu "*fim* acessório"[27].

Por sua vez, o *princípio do nível elevado de proteção ambiental*, contemplado no artigo 3.º, n.º 3, TUE[28], implica para a União o estabelecimento de níveis de proteção (e melhoria) do ambiente que sejam elevados, mas mínimos, possi-

---

[25] Identificando o protagonismo do desenvolvimento sustentável nas alterações introduzidas aos Tratados pelo Tratado de Lisboa, sem que "da insistência no jargão do desenvolvimento sustentável resulte alguma alteração substancial da política ambiental da União", AMADO GOMES, Carla; ANTUNES, Tiago, «O Ambiente e o Tratado de Lisboa: uma relação sustentada», in *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa. Aspectos Centrais*, Nuno Piçarra (coord.), Coimbra, Almedina, 2013, p. 207-219.

[26] A especificação à integração *ambiental* é feita em razão do princípio da integração não ser exclusivo ao domínio ambiental, mas também reportar-se à promoção da igualdade entre homens e mulheres (artigo 8.º TFUE), à promoção de um nível elevado de emprego, à garantia de uma proteção social adequada, à luta contra a exclusão social e à garantia de um nível elevado de educação, formação e proteção da saúde humana (artigo 9.º TFUE), bem como ao combate à discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual (artigo 10.º TFUE).

[27] Cfr. ARAGÃO, «Ambiente». Op. cit., p. 1088 (itálico da Autora).

[28] Para além dos artigos 3.º, n.º 3, TFUE e 37.º CDFUE, a prossecução de um nível elevado de proteção do ambiente é igualmente referida nas disposições dos artigos 114.º, n.º 3 (no quadro das medidas que tenham por objeto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno) e 191.º, n.º 2 (enquanto objetivo da política da União no domínio do ambiente) TFUE.

bilitando aos Estados-Membros a fixação de níveis mais elevados de proteção[29] – solução prevista no artigo 193.º TFUE[30]. A tríplice assim delineada encontra-se igualmente[31] contemplada na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)[32], cujo artigo 37.º dispõe o seguinte: "Todas as políticas da União devem integrar um elevado nível de proteção do ambiente e a melhoria da sua qualidade, e assegurá-los de acordo com o princípio do desenvolvimento sustentável".

4.

Pese embora o protagonismo assumido na agenda política, internacional e europeia em particular[33], continua árdua a tarefa de determinar o conteúdo jurídico do princípio do desenvolvimento sustentável ou, na sua fórmula erodida[34], do princípio da sustentabilidade. Como refere, entre nós, Gomes Canotilho, embora seja de considerar a sustentabilidade como "*novo paradigma secular*, do género daqueles que se sucederam na génese e desenvolvimento do constitucionalismo (humanismo no séc. XVIII, questão social no séc. XIX, democracia social no séc. XX, e sustentabilidade no séc. XXI)", a verdade é que, ao mesmo título que outros princípios estruturantes do Estado Constitucional, o princípio da sustentabilidade é um "*princípio aberto* carecido de concretização conformadora e que não transporta soluções prontas, vivendo de ponderações e de decisões problemáticas"[35].

---

[29] Defendendo o princípio do nível elevado de proteção ambiental como "fundamento europeu da proibição do retrocesso ambiental", cfr. ARAGÃO, «Ambiente». Op. cit., p. 1102.

[30] Assim dispõe o artigo 193.º TFUE: "As medidas de proteção adotadas por força do artigo 192.º não obstam a que cada Estado-Membro mantenha ou introduza medidas de proteção reforçadas. Essas medidas devem ser compatíveis com os Tratados e serão notificadas à Comissão".

[31] Ou mesmo lhe confere alento renovado em razão da sua formulação num instrumento vinculativo de proteção dos direitos fundamentais – sobre o potencial interpretativo do princípio do nível elevado de proteção do ambiente como fonte de direitos subjetivos em razão da sua consagração no artigo 37.º CDFUE, cfr. SIKORA, Alicja, «The principle of a high level of environmental protection as a source of enforceable rights», *Cahiers de droit européen*, Vol. 52, n.º 1, 2016, p. 399-418.

[32] Cfr. artigo 6.º, n.º 1, TUE.

[33] Sobre a consagração do princípio da sustentabilidade na Constituição da República Portuguesa, cfr. GOMES CANOTILHO, «O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional». Op. Cit., p. 7-8.

[34] Assim, AMADO GOMES, Carla, *Sustentabilidade ambiental: missão impossível?*, p. 1 [consult. 27 jun. 2018], disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/palmas-sustentabilidade.pdf.

[35] Cfr. GOMES CANOTILHO, «O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional». Op. Cit., p. 8 e 9 (itálico do Autor).

Enquanto conceito analítico (descritivo), o desenvolvimento sustentável procura compreender as interações entre a economia (mundial), a sociedade (global) e o meio ambiente (do planeta). Apresenta-se como conceito de diagnóstico, apontando para o desafio de combinar o desenvolvimento económico com a inclusão social e a sustentabilidade ambiental. Mas é enquanto conceito normativo (prescritivo) que o mesmo interessa ao jurista. Ainda que esteja em dúvida em alguma doutrina a juridicidade do princípio do desenvolvimento sustentável[36], enquanto conceito normativo o desenvolvimento sustentável sugere/prescreve um conjunto de objetivos orientadores e padrões de conduta tendentes a um "*crescimento económico socialmente inclusivo e ambientalmente sustentável*"[37] – e sustenta/fundamenta soluções jurídicas que almejam dar concretização a esta complexa fórmula de conciliação.

Resulta do exposto a prevalência de um sentido amplo de sustentabilidade, assente numa estrutura pilarizada tripartida compreendida, ainda assim, de forma integrada. Nessa medida, enquanto conceito normativo, a sustentabilidade perfila-se como "conceito federador", definindo as condições e os pressupostos para a regulamentação jurídica em vista de uma "evolução sustentável"[38]. Enquanto fórmula sinergética da complexidade das dinâmicas económicas, sociais e ambientais que interagem num processo de desenvolvimento com capacidade de futuro, a noção de sustentabilidade encontra equivalente, como aponta Carla Amado Gomes – e como encontra eco na versão francesa da expressão (*dévelopement durable*) – naquela de *durabilidade*[39]. Sem prejuízo da observância de outros princípios estruturantes do edifício político-jurídico herdado do constitucionalismo moderno, a sustentabilidade, enquanto princípio vetor do constitucionalismo que está a "nascer connosco"[40], aponta para novos quadros de referência a ditarem novas coordenadas de ação suscetíveis de acomodarem a escala espácio-temporal intra - e intergeracional próprios ao Estado (de direito) ambiental emergente.

Ainda acompanhando Gomes Canotilho, o imperativo categórico ínsito no princípio da sustentabilidade será o de '*não viver à custa de*' – da natureza (sustentabilidade ecológica), de outros seres humanos (sustentabilidade geracional), de outras nações (sustentabilidade interestatal), nem de outras gerações

---

[36] Cfr. AMADO GOMES, *Introdução ao Direito do Ambiente*. Op. Cit., p. 68-69.

[37] Cfr. SACHS, *A era do desenvolvimento sustentável*. Op. Cit., p. 11-25.

[38] Cfr. GOMES CANOTILHO, «O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional». Op. Cit., p. 9.

[39] AMADO GOMES, *Sustentabilidade ambiental: missão impossível?* Op. Cit., p. 3-7.

[40] Por referência à nota prévia de GARCIA, Maria da Glória, *O lugar do Direito na protecção do ambiente*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 9-11.

(sustentabilidade intergeracional)[41]. Em particular, acolher normativamente a sustentabilidade ambiental (medida em termos de preservação, proteção e, desejavelmente, melhoramento da qualidade do meio ambiente) do crescimento económico (medido em termos de crescimento, progresso, prosperidade) e social (medido em termos de inclusão, coesão, redução de assimetrias) não se traduz apenas no imperativo de ponderação das consequências ambientais das medidas/decisões jurídicas de natureza socioeconómica, mas também aceitar um elemento de moderação de iniciativas ambientais económica e/ou socialmente incomportáveis. Assim porque, da mesma forma que a vida socioeconómica e o seu desenvolvimento em termos de crescimento e inclusão deixam a sua pegada ecológica, também a proteção do ambiente, e mais ainda a melhoria da qualidade ambiental, deixam a sua pegada socioeconómica (positiva e/ou negativa) – é o que o desenvolvimento sustentável explica enquanto conceito analítico e procura harmonizar, equilibrar, conciliar na medida do possível enquanto conceito normativo.

5.

Como foi referido, prevalece um sentido amplo de sustentabilidade que procura captar os três pilares tradicionais da sustentabilidade – crescimento económico, inclusão social e sustentabilidade ambiental. Na obra mencionada no início deste contributo, Jeffrey Sachs sugere a adição de uma quarta dimensão. Nas palavras do próprio, aquelas três dimensões tradicionais "precisam, em todos os casos, da sustentação de uma quarta dimensão: a boa governação"[42]. Nessa medida, os objetivos normativos do desenvolvimento sustentável apenas se completam quando permitam "usar o nosso conhecimento das interligações da economia, sociedade, ambiente e governação para encontrar um modo de produzir sociedades prósperas, inclusivas, sustentáveis e bem governadas"[43]. Concretizando, o Autor avança com alguns princípios básicos para uma boa governação, comuns para os setores público e privado: os princípios da responsabilidade, da transparência, da participação, do poluidor-pagador e o compromisso com o desenvolvimento sustentável[44].

A posição ficou refletida nos 10 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável propostos em 2013 pela *Sustainable Development Solutions Network* (Rede de Soluções para o Desenvolvimento Sustentável), criada a solicitação do (então)

---

[41] Cfr. GOMES CANOTILHO, «O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional». Op. Cit., p. 8.

[42] SACHS, *A era do desenvolvimento sustentável*. Op. Cit., p. 535.

[43] SACHS, *A era do desenvolvimento sustentável*. Op. Cit., p. 23.

[44] SACHS, *A era do desenvolvimento sustentável*. Op. Cit., p. 535-538.

Secretário-Geral da ONU Ban Ki-moon e dirigida por Jeffrey Sachs[45]. Mas também encontrou eco nos 17 *Objetivos do Desenvolvimento Sustentável* que integram a "Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável" adotada pela ONU em 2015, especialmente no Objetivo 16 - *Paz, Justiça e Instituições Eficazes***,** o qual integra as seguintes metas:

- Reduzir significativamente todas as formas de violência e as taxas de mortalidade com ela relacionadas, em todos os lugares;
- Acabar com o abuso, exploração, tráfico e todas as formas de violência e tortura contra as crianças;
- Promover o Estado de Direito, ao nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos;
- Até 2030, reduzir significativamente os fluxos ilegais financeiros e de armas, reforçar a recuperação e devolução de recursos roubados e combater todas as formas de crime organizado;
- Reduzir substancialmente a corrupção e o suborno em todas as suas formas;
- Desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis;
- Garantir a tomada de decisão responsável, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis;
- Ampliar e fortalecer a participação dos países em desenvolvimento nas instituições de governação global;
- Até 2030, fornecer identidade legal para todos, incluindo o registro de nascimento;
- Assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais;
- Fortalecer as instituições nacionais relevantes, inclusive através da cooperação internacional, para a construção de melhor capacidade de resposta em todos os níveis, em particular nos países em desenvolvimento, para a prevenção da violência e o combate ao terrorismo e ao crime;

[45] O documento, de 6 de junho de 2013, foi, entretanto, atualizado a 5 de maio de 2014 – cfr. Sustainable Development Solutions Network - *An Action Agenda for Sustainable Development*. New York: Sustainable Development Solutions Network, 2014 [consult. 27 jun. 2018], disponível em: http://unsdsn.org/news/2013/06/06/an-action-agenda-for-sustainable-development-networks-issues-report/.

- Promover e fazer cumprir leis e políticas não discriminatórias para o desenvolvimento sustentável.

Daqui resulta que o desafio da sustentabilidade passa também pelo desafio da boa governação. Considerando a sustentabilidade como o paradigma de vivência comunitária global do século XXI, uma boa governação será uma governação que, sustentada/alicerçada nos legados político-jurídicos do Estado de Direito Constitucional, da democracia e dos direitos fundamentais, seja sustentável/durável no sentido de satisfazer necessidades de crescimento económico, inclusão social e proteção ambiental assumindo compromissos com responsabilidade para com o futuro. Sob este prisma, no plano político e jurídico, o desafio da sustentabilidade traduz-se em "imaginar e praticar" (Ulrich Beck) modelos de governação política e esquemas de produção e aplicação de normas jurídicas adequadas às exigências de uma metódica de ponderação e otimização dos interesses económicos, sociais e ambientais inextricavelmente interligados na fórmula de conciliação da sustentabilidade – e isso, nos níveis local, nacional, regional e global.

Uma das fórmulas chave para um modelo global de governação sustentável será traçado pelo *princípio das responsabilidades comuns mas diferenciadas*, princípio proclamado na *Declaração do Rio* de 1992[46] e reiterado na "Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável" de 2015[47]. Corolário do reconhecimento da responsabilidade de todos os países para a deterioração do meio ambiente, bem como das necessidades e capacidades de cada país para dar resposta ao desafio da proteção do ambiente, o *princípio das responsabilidades comuns mas diferenciadas* permite alicerçar esquemas de distribuição de responsabilidades em razão dos diferentes níveis de desenvolvimento e das distintas condições económicas e sociais de cada país – ou seja, distribuir responsabilidades assimétrica mas sinergicamente pois as responsabilidades são comuns a todos. O mo-

[46] Princípio 7 da Declaração do Rio: "Os Estados irão cooperar, em espírito de parceria global, para a conservação, proteção e restauração da saúde e da integridade do ecossistema terrestre. *Considerando as diversas contribuições para a degradação do meio ambiente global, os Estados têm responsabilidades comuns, porém diferenciadas*. Os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que lhes cabe na busca internacional do desenvolvimento sustentável, tendo em vista as pressões exercidas por suas sociedades sobre o meio ambiente global e as tecnologias e recursos financeiros que controlam" (sublinhado nosso).

[47] Cfr. Resolução da Assembleia das Nações Unidas, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*. Op. Cit., considerando 12.

No mesmo sentido, assim se lê no considerando 6 da CQNUAC: "Conscientes de que natureza planetária das alterações climáticas requer a mais ampla cooperação possível entre todos os países e a sua participação numa resposta internacional eficaz e apropriada, de acordo com as suas responsabilidades comuns mas diferenciadas, e de acordo com as suas capacidades respectivas e com as suas condições sociais e económicas".

delo global de governação sustentável desenhado a partir da "Agenda 2030 sobre o Desenvolvimento Sustentável" permitirá, assim, testar o potencial do *princípio das responsabilidades comuns mas diferenciadas* para transformar aqueles 17 objetivos e aquelas 169 metas de desenvolvimento sustentável formulados globalmente em planos e ações concretos localmente – ou seja, propiciar a emergência de um novo horizonte normativo de ação social e política pautado por um modelo *glocal* de governação sustentável.

6.

Nesse contexto, e no mesmo ano da adoção pelas Nações Unidas da sua "Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável", saiu renovada a importância de uma das três Convenções oriundas da Cimeira do Rio de 1992 para a promoção do desenvolvimento sustentável – em concreto, a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as Alterações Climáticas (CQNUAC)[48]. Firmado em dezembro de 2015 na 21.ª Conferência das Partes na CQNUAC, o Acordo de Paris[49] procura reforçar a resposta mundial à questão climática. Logo assinalado pela Comissão Europeia como "viragem histórica na luta mundial contra as alterações climáticas"[50], o Acordo representa uma mudança de paradigma na implementação da CQNUAC com o reconhecimento de que apenas com o contributo de todos, no respeito pelo *princípio das responsabilidades comuns mas diferenciadas*, é possível enfrentar o desafio das alterações climáticas.

Em particular, as alterações climáticas encontram-se no centro da ação política da União Europeia empenhada em garantir o sucesso do Acordo de Paris e cumprir com a Agenda 2030 e os seus 17 *Objetivos do Desenvolvimento Sustentável*[51]. A inclusão do combate às alterações climáticas de entre os objetivos da

---

[48] A CQNUAC foi aprovada, em nome da então Comunidade Europeia, pela Decisão 94/69/CE do Conselho, de 15 de dezembro de 1993, relativa à celebração da Convenção-quadro das Nações Unidas relativa às alterações climáticas, JO L 33 de 07.02.1994, pp. 11-28.

[49] O Acordo de Paris foi adotado na 21.º Conferência das Partes na CQNUAC realizada em Paris, de 30 de novembro a 12 de dezembro de 2015, e entrou em vigor a 4 de novembro de 2016. O Acordo de Paris foi publicado em anexo à Decisão (UE) 2016/1841 do Conselho, de 5 de outubro de 2016, relativa à celebração, em nome da União Europeia, do Acordo de Paris (JO L 282 de 19.10.2016, pp. 1-3 e 4-18).

[50] Comissão Europeia, Comunicação ao Parlamento Europeu e ao Conselho, "Depois de Paris: avaliação das implicações do Acordo de Paris", que acompanha a proposta de Decisão do Conselho relativa à assinatura, em nome da União Europeia, do Acordo de Paris adotado ao abrigo da Convenção-Quadro das Nações Unidas para as Alterações Climáticas, Bruxelas, 02.03.2016, COM/2016/0110, p. 3.

[51] Cfr. Conselho da União Europeia, Conclusões sobre Diplomacia Climática, Bruxelas, 26 de fevereiro de 2018, considerando 1.

política da União no domínio do ambiente[52] confirma uma viragem do espaço público de decisão e ação que é União Europeia para as tarefas de mitigação e adaptação às alterações climáticas, tanto no plano da sua política externa, "nas suas relações com o resto do mundo"[53] – sendo de assinalar o papel determinante desempenhado pela União aquando da negociação do Acordo de Paris a exemplo de uma diplomacia climática em desenvolvimento[54] –, como também no da sua política interna, no exercício das competências que partilha com os Estados-Membros no domínio do ambiente[55]. A implementação do Acordo de Paris na União Europeia proporciona a oportunidade de confirmar[56] o rumo já iniciado em direção a uma economia hipocarbónica ao abrigo do "Quadro de Ação relativo ao Clima e à Energia para 2030"[57], mas também através de instru-

[52] Cfr. artigo 191.º, n.º 1, 4º travessão, TFUE, na redação dada pelo Tratado de Lisboa.

[53] Cfr. artigo 3.º, n.º 5, TUE.

[54] Cfr. Conselho da União Europeia, Conclusões sobre Diplomacia Climática, Bruxelas, 26 de fevereiro de 2018; e Conselho da União Europeia, Conclusões "Diplomacia climática europeia após a COP21", Bruxelas, 15 de fevereiro de 2016.

[55] Cfr. artigo 4.º, n.º 2, e), TFUE.

[56] Cfr. Comissão Europeia, Comunicação "Depois de Paris: avaliação das implicações do Acordo de Paris". Op. Cit., p. 10.

[57] Cfr. Conselho Europeu, Conclusões sobre o "Quadro de Ação relativo ao Clima e à Energia para 2030", Bruxelas, 23 e 24 de outubro de 2014, p. 2; cfr. ainda Comissão Europeia, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, "Roteiro de transição para uma economia hipocarbónica competitiva em 2050", Bruxelas, 08.03.2011, COM(2011) 112 final.

mentos como o projeto *União da Energia*[58] e o Comércio Europeu de Licenças de Emissão de Gases com Efeitos de Estufa (CELE)[59].

---

[58] Cfr. Comissão Europeia, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu, ao Comité das Regiões e ao Banco Europeu de Investimento, "Uma estratégia-quadro para uma União da Energia resiliente dotada de uma política em matéria de alterações climáticas virada para o futuro", Bruxelas, 25.02.2015, COM(2015) 80 final, p. 2.

[59] Cfr. Diretiva 2003/87/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de outubro de 2003, relativa à criação de um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa na Comunidade e que altera a Diretiva 96/61/CE do Conselho, JO L 275 de 25.10.2003, pp. 32-46; uma versão consolidada de 2015, não oficial, pode ser consultada em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02003L0087-20151029&from=PT [consult. 27 junho 2018].

As emissões de gases com efeito de estufa não abrangidas pela Diretiva 2003/87 estão a coberto da comummente designada *Decisão relativa à Partilha de Esforços* – cfr. Decisão 406/2009/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa aos esforços a realizar pelos Estados-Membros para redução das suas emissões de gases com efeito de estufa a fim de respeitar os compromissos de redução das emissões de gases com efeito de estufa da Comunidade até 2020, JO L 140 de 05.06.2009, pp. 136-148.

Na sequência do Acordo de Paris, a Comissão Europeia apresentou duas propostas legislativas relativas ao CELE – cfr. Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo às reduções anuais obrigatórias das emissões de gases com efeito de estufa pelos Estados-Membros entre 2021 e 2030 para uma União da Energia resiliente e para cumprir os compromissos assumidos no âmbito do Acordo de Paris e que altera o Regulamento (UE) n.º 525/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à criação de um mecanismo de monitorização e de comunicação de informações sobre emissões de gases com efeito de estufa e de outras informações relevantes no que se refere às alterações climáticas, Bruxelas, 20.07.2016, COM/2016/0482 final; e Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à inclusão das emissões e remoções de gases com efeito de estufa resultantes das atividades relacionadas com o uso do solo, a alteração do uso do solo e as florestas no quadro relativo ao clima e à energia para 2030 e que altera o Regulamento (UE) n.º 525/2013 do Parlamento Europeu e ao Conselho relativo à criação de um mecanismo de monitorização e de comunicação de informações sobre emissões de gases com efeito de estufa e de outras informações relevantes no que se refere às alterações climáticas, Bruxelas, 20.07.2016, COM/2016/0479 final.

Para além destas duas propostas, a ação da União no pós-Acordo de Paris tem sido marcada pela adoção de diversas comunicações e pela emissão de pareceres institucionais – cfr. Comissão Europeia, Comunicação "Depois de Paris: avaliação das implicações do Acordo de Paris". Op. Cit.; Comissão Europeia, Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, "Acelerar a transição da Europa para uma economia hipocarbónica", Bruxelas, 20.07.2016, COM(2016) 500 final; Comité Económico e Social Europeu, Parecer sobre o "Impacto das conclusões da COP 21 na política europeia de transportes", JO C 303, 19.08.2016, pp. 10-16; Comité Económico e Social Europeu, Parecer sobre o tema "Criar uma coligação entre a sociedade civil e os órgãos de poder infranacionais para cumprir os compromissos assumidos no Acordo de Paris", JO C 389 de 21.10.2016, pp. 20-27.

A estratégia da União na resposta aos desafios das alterações climáticas[60], particularmente no clima propiciado pelo Acordo de Paris, assenta num equilíbrio entre *compromissos internacionalmente assumidos* (procurando a União afirmar-se como valor acrescentado, senão mesmo de liderança, no cenário mundial), *objetivos e limites fixados à escala da União* (a promoção da integração por via do estabelecimento de metas ambiciosas de mitigação e adaptação às alterações climáticas) e sua concretização por via de *ações concretas e efetivas empreendidas pelos Estados-Membros* (cuja execução beneficia do sistema geral do direito da União de controlo do cumprimento das obrigações impostas aos Estados-Membros)[61]. Mas as condutas concretas a empreender em vista da execução das estratégias de governação e regulação definidas não passam simplesmente pela intervenção dos Estados(-Membros), entendidos em sentido amplo (na unidade das diferentes estruturas que compõem o seu modelo de governo). Passam principalmente pelo envolvimento dos múltiplos membros da sociedade – parceiros sociais, pequenas e médias empresas, e, em geral, os cidadãos, em particular nas suas vestes de consumidores.

O Acordo de Paris não se alheou da importância da cidadania ambiental/climática, exortando a cooperação das Partes na adoção de medidas para melhorar a educação, a formação, a sensibilização e a participação do público e o acesso à informação no domínio das alterações climáticas[62]. À escala da União Europeia, a Comissão Europeia tem em vista a criação de um balcão único para as autoridades locais[63] e intensificar o trabalho a nível das cidades e das políticas urbanas, nomeadamente no que se refere a ações de apoio desenvolvidas no âmbito do *Pacto de Autarcas Para o Clima e a Energia*[64]. Paralelamente, a implementação do Acordo de Paris poderá proporcionar ocasião para a mobilização

---

[60] De acordo com os dados disponibilizados pela Comissão Europeia, os esforços da política climática estão a produzir resultados: em 2015, as emissões de gases com efeito de estufa na União foram de 22% abaixo do nível de 1990, registando-se uma tendência decrescente na maior parte dos Estados-Membros no período 1990-2015 – cfr. Comissão Europeia, Relatório Anual de Atividades 2016 - Direção Geral da Ação Climática, Bruxelas, 2017, p. 12. A expetativa é a de alcançar em 2020 uma redução de 24% em relação aos níveis de 1990, superando o objetivo de 20% fixado na *Estratégia Europa 2010* – cfr. Comissão Europeia, Comunicação "EUROPA 2020 - Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo", Bruxelas, 03.03.2010, COM(2010) 2020 final, p. 13.

[61] Nesse sentido, cfr. PEREZ FERNANDES, «Do que o jurídico faz para a proteção do ambiente ao que a proteção do ambiente faz para o jurídico – considerações em clima de metamorfose no quadro jurídico europeu». Op. Cit., p. 135-142.

[62] Cfr. artigo 12.º do Acordo de Paris.

[63] Cfr. Comissão Europeia, Comunicação "Depois de Paris: avaliação das implicações do Acordo de Paris". Op. Cit. p. 8.

[64] Cfr. Informação disponível na página eletrónica: http://www.pactodeautarcas.eu/index_pt.html [consult. 27 junho 2018].

dos cidadãos da União por via da iniciativa de cidadania europeia[65], já destacada pelo seu interesse no domínio ambiental[66].

7.

As alterações climáticas encontram-se no centro da ação política da União Europeia empenhada em garantir o sucesso do Acordo de Paris firmado em 2015. A implementação deste marco histórico nas respostas globais às alterações climáticas e a sua filtragem pelo modelo jurídico da integração europeia permitirá testar na União um modelo de governação, regulação e intervenção assente em compromissos internacionalmente assumidos, objetivos e limites fixados à escala da União e sua concretização por via de ações concretas e efetivas empreendidas pelos Estados-Membros, sem prescindir da mobilização cidadã através de múltiplos e dinâmicos canais de informação e participação. Assente numa compreensão integrada das políticas de desenvolvimento sustentável, importa que cada um destes eixos seja concebido, criado e aplicado como partes integrantes de um todo sistémico dotado de sentido – as estruturas de racionalidade ditadas pelos desafios globais da contemporaneidade, como as alterações climáticas –, não em termos de autonomia e independência, mas sim em termos de sinergia e interdependência.

Escassas, ou até inexistentes, serão as problemáticas nas quais o *pensamento glocal* – resultante da contração do *princípio pensar globalmente, agir localmente* – é mais válido do que na resposta às alterações climáticas. Em razão da complexa cadeia das causas e dos impactos físicos, sociais e económicos das alterações climáticas e das medidas tomadas em sua resposta – ao que acresce a

---

[65] Cfr. artigo 11.º, n.º 4, TUE e artigo 24.º, 1º parágrafo, TFUE. No direito derivado, cfr. Regulamento (UE) n.º 211/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 2011, sobre a iniciativa de cidadania, JO L 65 de 11.03.2011, pp. 1-22; e o Regulamento de Execução (UE) n.º 1179/2011 da Comissão, de 17 de novembro de 2011 , que estabelece as especificações técnicas dos sistemas de recolha por via eletrónica, nos termos do Regulamento (UE) n.º 211/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a iniciativa de cidadania, JO L 301, 18.11.2011, pp. 3-9. Cfr. ainda, Comissão Europeia, Relatório sobre a aplicação do Regulamento (UE) n.º 211/2011 sobre a iniciativa de cidadania, Bruxelas, 31.03.2015, COM(2015) 145 final; e Comissão Europeia, Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a Iniciativa de Cidadania Europeia, Bruxelas, 13.09.2017, COM(2017) 482 final.

[66] De acordo com o Registo Oficial da Iniciativa de Cidadania Europeia, disponível em: http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/welcome [consult. 27 junho 2018], duas das quatro iniciativas apresentadas a reunir as condições necessárias a uma resposta da Comissão o foram sobre questões enquadráveis no domínio ambiental – cfr. Comissão Europeia, Comunicação sobre a iniciativa de cidadania europeia "A água e o saneamento são um direito humano! A água não é um bem comercial, mas um bem público!", Bruxelas, 19.03.2014, COM(2014) 177 final; e Comissão Europeia, Comunicação sobre a iniciativa de cidadania europeia "Proibição do glifosato e proteção das pessoas e do ambiente contra pesticidas tóxicos", Estrasburgo, 12.12.2017, C(2017) 8414 final.

sua necessária compreensão numa escala espácio-temporal intra- e intergeracional – não existe nenhuma fórmula mágica para dar resposta àqueles desafios de feições locais – mas de feitio verdadeiramente global. Reclamando soluções globais à sua imagem e complexas à sua semelhança, o Acordo de Paris firmado em 2015 representa, de momento, a resposta possível para um dos grandes desafios da sustentabilidade para o século XXI, aquele das alterações climáticas. A era da sua implementação, em curso, permitirá testar a emergência de um novo horizonte normativo de ação social e política pautado por um modelo *glocal* de governação sustentável. Só assim é possível, na senda de Ulrich Beck, decifrar nas alterações climáticas um processo de *catarse social* que permita inverter a equação do problema de "o que é *mau* nas alterações climáticas?" para "o que é *bom* nas alterações climáticas (se sobrevivermos)?"[67]

Referências

AMADO GOMES, Carla, *Introdução ao Direito do Ambiente*, Lisboa, AAFDL, Lisboa, 2012.

AMADO GOMES, Carla, *Sustentabilidade ambiental: missão impossível?*, p. 1 [consult. 27 jun. 2018], disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/palmas-sustentabilidade.pdf.

AMADO GOMES, Carla; ANTUNES, Tiago, «O Ambiente e o Tratado de Lisboa: uma relação sustentada», in *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa. Aspectos Centrais*, Nuno Piçarra (coord.), Coimbra, Almedina, 2013.

ARAGÃO, Alexandra, «Ambiente», in *Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Políticas da União*, Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Madeira Froufe (coord.), Coimbra, Almedina, 2016.

BECK, Ulrich, *A metamorfose do mundo: como as alterações climáticas estão a transformar a sociedade*, Lisboa, Edições 70, 2017.

BROWN WEISS, Edith, «In Fairness To Future Generations and Sustainable Development», *American University International Law Review*, Vol. 8, n.º 1, 1992.

BROWN WEISS, Edith, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity*, New York, Transnational Publishers, 1989.

[67] BECK, *A metamorfose do mundo: como as alterações climáticas estão a transformar a sociedade*. Op. Cit., p. 51 (itálico do Autor).

GARCIA, Maria da Glória, *O lugar do Direito na protecção do ambiente*, Coimbra, Almedina, 2007.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim, «O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional», *Tékhne - Revista de Estudos Politécnicos*, Vol. VIII, n.º 13, 2010.

KI-MOON, Ban, «Prefácio», in SACHS, Jeffrey, *A era do desenvolvimento sustentável*, Lisboa, Actual Editora, 2017.

MEADOWS, Donella [et al.], *The Limits to Growth: A Report for the Club of Rome's Project on the Predicament of Mankind*, New York, Potomac Associates Book, 1972

MEADOWS, Donella [et al.], *The Limits to Growth: The 30-Year Update*, London, Earthscan, 2005.

PEREZ FERNANDES, Sophie, «Do que o jurídico faz para a proteção do ambiente ao que a proteção do ambiente faz para o jurídico – considerações em clima de metamorfose no quadro jurídico europeu», *e-Pública - Revista Eletrónica de Direito Público*, Vol. 4, n.º 3, 2018, p. 117-143, [consult. 27 jun. 2018], disponível em: http://www.e-publica.pt/.

SACHS, Jeffrey, *A era do desenvolvimento sustentável*, Lisboa, Actual Editora, 2017.

SIKORA, Alicja, «The principle of a high level of environmental protection as a source of enforceable rights», *Cahiers de droit européen*, Vol. 52, n.º 1, 2016.

STETTER, Sebastian, «Maastricht, Amsterdam and Nice: The Environmental Lobby and Greening the Treaties», *European Energy and Environmental Law Review*, Vol. 10, n.º 5, 2001.

REGULACIÓN PARA LA COMPETENCIA EN EL ACTUAL ESPACIO JURÍDICO EUROPEO

Ignacio ZAMORA SANTA BRÍGIDA[1]

1. Nota introductoria: existencia y evolución de un orden público económico

La existencia de un orden público económico es hoy un hecho notorio, máxime en un contexto de economía social de mercado. Por ello, el Derecho Público actual tiene como uno de sus objetivos más ambiciosos la conservación del libre mercado garantizando los derechos sociales; mercado que, por cierto, fue traído a Europa por los partidos socialdemócratas una vez terminada la Segunda Guerra Mundial.

Es a partir de entonces cuando la Unión Europea comienza a impulsar políticas económicas promoviendo la competencia y crea instrumentos jurídicos a su servicio. Proceso que, jurídicamente, encuentra su origen en el artículo 85 y siguientes del Tratado de Roma de 1957.

En España, debido a su circunstancia política, se incorporaron[2], sin mucha eficacia, algunas técnicas propias del Derecho Comunitario en materia de competencia. Fueron los principios de economía de mercado y libertad de

[1] Investigador Predoctoral en el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid. Diplomado en estudios sobre la Unión Europea por la Escuela Diplomática de España. *ignazamo@ucm.es*

[2] Medidas que fueron tomadas, principalmente, gracias a la iniciativa de José Luis Villar Palasí; en aquel momento Subsecretario de Comercio, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Madrid y Letrado del Consejo de Estado.

empresa, proclamados en la Constitución de 1978, y la posterior adhesión a las Comunidades Europeas en 1985, lo que propició la verdadera adopción de un régimen legal[3] en materia de defensa de la competencia con la aprobación de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

A continuación, pues, se tratará de explicar el porqué de la liberalización y su alcance en relación con la naturaleza del servicio público.

2. Liberalización de la actividad económica

La liberalización de la actividad económica no ha evitado que la intervención del Estado continúe siendo necesaria a fin de garantizar la protección del interés general. Para conseguir tal propósito, el establecimiento de la libre competencia se ha constituido como el objetivo primordial, resultando en consecuencia imprescindible la implantación de un nuevo modelo de regulación para su defensa y promoción que constituya un marco institucional estable.

Tras la derogación de las fórmulas tradicionales de intervención pública en la actividad económica[4], la *neo-regulación* tiene como principales pretensiones: lograr la efectiva competencia en el mercado y garantizar la prestación universal de determinados servicios públicos.

En este sentido, Juan de la Cruz Ferrer realiza con acierto la siguiente reflexión:

> *(…) la neo-regulación constituye uno de los instrumentos fundamentales de la liberalización, que consiste en establecer de nuevo el régimen jurídico de un servicio público económico, partiendo de fundamentos conceptuales, de técnicas instrumentales y de fines distintos a los existentes en la regulación anterior. (…) En línea con los objetivos del proceso de liberalización, la neo-regulación, en cuanto técnica de ese proceso, debe coincidir en dichos objetivos. Insistimos en que la promoción de la competencia y del libre mercado no es el objetivo exclusivo, y que resulta ineludible garantizar los principios del servicio público y otros objetivos como la cohesión social, la protección del medio ambiente, la seguridad, la salubridad, etc*[5].

---

[3] Es fundamental no confundir la defensa de la competencia, área propia del Derecho público, con la competencia desleal, vertiente jurídico-privada que se regula, actualmente, por la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

[4] Nótese cómo las privatizaciones han impedido la prestación directa de ciertos servicios o, del mismo modo, cómo la desaparición del contrato de gestión de servicio público en la nueva Ley de Contratos del Sector Público modificará por completo la regulación de la actividad administrativa de servicio público.

[5] DE LA CRUZ FERRER, J, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Madrid, Ed. Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 240-246.

Asimismo, cabe destacar que el nuevo modelo de intervención que se describe presenta los siguientes caracteres[6]: a) la *alteridad*, abandonando el sistema tradicional de monopolio por la actividad privada en régimen de competencia; b) la *subsidiariedad*, interviniendo el sector público únicamente cuando el mercado no satisface el interés general; c) la *complementariedad*, dado que regulación y competencia no se excluyen, siendo dos elementos esenciales del nuevo modelo con implicaciones mutuas; y d) la *proporcionalidad*, elemento indispensable en tanto que permite que la neo-regulación se ajuste a los objetivos del proceso de liberalización mediante la imposición de obligaciones jurídicas concretas.

Finalmente, ha de advertirse que la constante evolución del modelo, protagonizada por la derogación de la regulación anterior y sus principales instrumentos de intervención, exige la creación y el desarrollo de nuevas instituciones jurídico-administrativas. En este escenario surge la actividad administrativa de regulación.

3. Contenido de la actividad administrativa de regulación

En el contexto antes descrito, fueron varios los factores que impulsaron las políticas liberalizadoras comunitarias, situándose como los más influyentes tanto la desregulación americana[7] como la creación del mercado único europeo. A raíz de dicho impulso, las directivas comunitarias, además de ordenar la supresión de los monopolios públicos nacionales, han implantado gradualmente un nuevo modelo de intervención pública en los sectores liberalizados: la *actividad administrativa de regulación*.

De un tiempo a esta parte, el uso del término *regulación* para referirse al conjunto de normas que regulan una institución jurídica ha sido desplazado por otro, de más amplio significado, que alude a la intervención del Estado en la economía. Este último, menos preciso, trae causa del término norteamericano *economic regulation*[8].

---

[6] Véanse ARIÑO ORTIZ, G, *Principios de Derecho público económico. Modelo de Estado, gestión* pública y regulación económica, Granada, Ed. Comares, 1999 y MONTERO PASCUAL, J. J., *Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2014, p. 21-22.

[7] MONTERO PASCUAL, *Regulación económica*, p. 31-32. En las páginas citadas puede observarse como Juan José Montero Pascual expone, de forma tan breve como lúcida, la influencia de las políticas conservadoras de Reagan y las críticas de la Escuela de Chicago en el proceso de desregulación americano.

[8] Véase ESTEVE PARDO, J., «La regulación de industrias y *public utilities* en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias», en *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, José Esteve Pardo y Santiado Muñoz Machado (orgs.), Madrid, Ed. Iustel, 2014, p. 293-346.

Por lo tanto, ante la necesidad de dotar al término *regulación* de un uso más restringido con el que se pueda identificar claramente un régimen jurídico aplicable a una categoría jurídica concreta, resulta reveladora la definición propuesta por Juan José Montero Pascual, según la cual:

> Entendemos la regulación como la actividad de la Administración consistente en el control continuo de un mercado mediante la imposición a sus operadores de obligaciones jurídicas proporcionales a misiones de interés general objetivamente determinadas, según la valoración que en un ámbito de extraordinaria discrecionalidad realiza la Administración [9].

En cuanto al contenido de la actividad administrativa de regulación, cabe señalar la *discrecionalidad* como la cualidad diferenciadora del resto de tipos tradicionales de actividad de la Administración. A este respecto, añádase que, si la naturaleza, los límites y el control de la discrecionalidad administrativa han sido cuestiones relevantes en nuestra tradición jurídico-administrativa[10], mayor será su relevancia en materia de regulación.

La notable ampliación del margen de discrecionalidad que implica la actividad administrativa de regulación viene dada por la importación del modelo norteamericano de *agencias independientes*. Una vez comprobada la incapacidad de los parlamentos para intervenir en la actividad económica de manera estable y eficaz[11], se confió tanto la aplicación del Derecho de la competencia como la supervisión de la regulación sectorial en las Administraciones independientes[12], sobre las que más adelante se profundizará.

Nótese, sin embargo, que la actividad administrativa de regulación forma parte, como es natural, de la propia regulación en su acepción técnico-jurídica, pero no agota su significado. En este sentido, guarda interés el apunte realizado por José Carlos Laguna de Paz, pues dice así:

> La regulación no es una actividad exclusivamente administrativa, ya que la delimitación del contenido de los derechos y libertades está reservada a la Ley

---

[9] MONTERO PASCUAL, *Regulación económica*, p. 40.

[10] BACIGALUPO SAGGESE, M., *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1997.

[11] En ARIÑO ORTIZ, G., *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1993, p. 376, se ofrece el clarividente testimonio del juez Charles Evans Hughes sobre la experiencia reguladora en el Estado de Nueva York: "No es difícil dictar legislación adecuada en la que se establezcan los criterios y estándares necesarios, pero traducir un principio acertado en decisiones concretas, sabiamente adaptadas a los casos particulares, es algo que requiere un órgano experimentado y técnico, que actúe con continuidad y que esté tan lejos como sea posible de los engaños y las intrigas de la política".

[12] Denominadas *National Regulatory Authorities* por el Derecho Europeo.

(art. 53 CE). El legislador ha de establecer, pues, el régimen jurídico básico de la actividad. A partir de ahí, corresponde a la Administración el desarrollo normativo (reglamentos) y, en su caso, la adopción de las medidas ejecutivas para su aplicación (controles previos, adjudicación de títulos habilitantes, supervisión y sanción) [13].

Por último, cabe entender, en cuanto al alcance de la actividad administrativa de regulación, que este dependerá fundamentalmente del grado de amplitud que se quiera otorgar al propio término[14].

4. De los servicios públicos a los servicios de interés general (económicos y no económicos)

Desde los años noventa las políticas públicas de la Unión Europea han impulsado, con cierta intensidad, una serie de propuestas liberalizadoras capaces de transformar el grado de participación del Estado en la actividad económica.

El Estado, en consecuencia, ha ido reduciendo de manera progresiva su actividad prestacional o de servicio público. Incluso la prestación directa de diversos servicios ha sido objeto de renuncia; en unos casos, privatizando las em-

---

[13] LAGUNA DE PAZ, J. C., *Derecho Administrativo Económico*, Madrid, Ed. Civitas, 2016, p. 33.

[14] Resulta de utilidad en este punto, dada la complejidad de la cuestión, compartir la brillante reflexión de Juan Alfonso Santamaría Pastor al respecto: "Al hablar de sectores regulados, la doctrina suele referirse a dos tipos de actividades: de una parte, a antiguos servicios públicos uti singuli, que normalmente se realizaban mediante contraprestación y cuya titularidad y gestión fueron privatizadas (en mayor o menor medida) en la ola liberalizadora que arranca en los años ochenta del pasado siglo XX. Pero la expresión alude, de otra parte, a actividades típicamente privadas (aunque con una presencia pública histórica) que, sin tener la naturaleza de servicios comunitarios de carácter esencial, exigen un control muy intenso por parte de la Administración. (…) Unas y otras se asemejan, sin embargo, por el hecho de que su explotación privada se realiza normalmente bajo la dirección y supervisión de un organismo regulador (en el primer caso, la electricidad, el gas, las telecomunicaciones y el servicio postal; en el segundo, los servicios financieros y los propios del mercado de valores) (…) No tiene especial utilidad, a mi juicio, tratar de poner en relación los dos conceptos. Sí la tiene, en cambio, insistir en los factores de regulación y supervisión que caracterizan a los sectores regulados, porque no cabe duda de que los poderes de inmisión, dirección y control que poseen sobre ellos las autoridades públicas son potencialmente mucho más intensos que los que ejercen sobre otras actividades económicas privadas también sometidas tradicionalmente a una rigurosa intervención administrativa. Y, también y sobre todo, advertir de la acusada tendencia que se detecta a extender a estos últimos sectores las técnicas de regulación y supervisión propias de los primeros". SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Sectores regulados y competencia: un dilema complejo», en *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*, J. A. Santamaría Pastor (dir.) y R. Caballero Sánchez (coord.), Madrid, Ed. Iustel, 2011, p. 33.

presas públicas[15] proveedoras de los mismos y, en otros, manteniendo empresas públicas en un contexto de competencia con operadores privados.

En España, tradicionalmente, el Estado ha prestado en régimen de monopolio numerosos servicios, siempre en virtud de la correspondiente declaración de servicio público por razón de su *publicatio*. Aunque, en algunos supuestos, la acción estatal directa queda desplazada, pues se prefiere optar por la gestión indirecta del servicio empleando como título habilitante el contrato concesional. De ese modo, público y privado colaboran en la prestación de servicios en aquellos sectores carentes de libre iniciativa económica.

Nota singular, la *publicatio* que implica la titularidad pública de una determinada actividad y su consecuente exclusión del mercado, quedando recogida en el artículo 284.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público: *antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.*

Conviene no confundir los servicios públicos en sentido estricto[16] con los sectores económicos regulados. Éstos últimos guardan una fuerte conexión con el interés general, dado que presentan un carácter estratégico, pero no han sido objeto de una *publicatio* y su consecuente exclusión del mercado. Estos sectores, pese a la exigencia de previa autorización para poder operar, no son servicios públicos estrictos en tanto que la actividad se presta en régimen de concurrencia competitiva. Tampoco han de confundirse con los denominados servicios públicos virtuales o impropios; sirviendo de ejemplo el caso de la banca privada, las farmacias o los taxis.

La Unión Europea, sin embargo, promueve con firmeza un proceso de integración económica mediante la creación del mercado común europeo; lo que trae causa, entre otras razones, de una interpretación anticompetitiva e ineficiente de los servicios públicos estrictos. Por este motivo, el Derecho Europeo

---

[15] Desde que comenzaron los procesos de venta de estas empresas públicas, se han privatizado en España más de 120 compañías que tenían participación pública estatal. En términos económicos, estas operaciones han proporcionado unos ingresos aproximados de 45.000 millones de euros.

[16] En España, el concepto de servicio público se ha construido, fundamentalmente, con base en una concepción subjetiva. La doctrina más autorizada así lo demuestra, sirviendo de ejemplo las siguientes obras: SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho administrativo, I*, 2ª edición, Madrid, Ed. Iustel, 2009, p. 304; FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Sistema de Derecho administrativo*, Cizur Menor, Ed. Civitas Thomson Reuters, 2012, p. 420; SÁNCHEZ MORÓN, M, *Derecho administrativo. Parte General*, 7ª edición, Madrid, Ed. Tecnos, 2011, p. 766.

obliga a liberalizar diversos servicios económicos[17] y, a su vez, impone el cumplimiento de la correspondiente normativa en materia de competencia. Todo ello, desde el convencimiento de que el mercado ha de garantizar las prestaciones propias de tales servicios públicos, mejorando, gracias a la competencia, la calidad y el precio de los mismos. Planteamiento que recoge el artículo 106 TFUE en su apartado segundo: *las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión.*

El precepto, en consecuencia, permite no aplicar la normativa sobre competencia[18], siempre que ello resulte imprescindible para que las empresas liberalizadas puedan seguir cumpliendo con los fines de interés general inherentes a su actividad concreta. Por tanto, la existencia de obligaciones de servicio público se erige como el elemento decisivo para justificar la introducción de excepciones en el régimen de libre competencia.

En suma, la Unión Europea no contempla en su nomenclatura jurídica el concepto de servicio público, sino que ha creado una categoría más amplia denominada *servicios de interés general*[19], en coexistencia con los *servicios económicos de interés general*, que suelen darse en grandes industrias de red, y los *servicios de interés general no económicos*, en los que prima la promoción de la cohesión social sobre el elemento económico. Un nuevo esquema teórico europeo, en definitiva, que no resulta equiparable al tradicional modelo conceptual de nuestro Derecho Administrativo[20].

---

[17] Se impone así la devolución al mercado de servicios como: telefonía, audiovisual, servicios postales, suministro de gas y electricidad, o algunos transportes.

[18] Excepciones derivadas de la imposición de obligaciones de servicio público o de servicio universal a determinados agentes económicos. Sirvan de ejemplo las empresas liberalizadas que operan en el mercado energético, ya que pueden verse obligadas a garantizar el acceso al suministro eléctrico a las personas en situaciones de pobreza energética.

[19] Véase la Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa (DO C17 de 19 de enero de 2001), en la que se afirma que "abarcan los servicios de mercado y no de mercado que las autoridades públicas consideran de interés y a los que imponen determinadas obligaciones de servicio público".

[20] TORNOS MAS, J, «El concepto de servicio público a la luz del Derecho Comunitario», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016.

5. Dialéctica entre derecho administrativo, regulación económica y derecho de la competencia

Una vez han sido señalados, separadamente, los elementos configuradores del Derecho Administrativo, en general, y de la actividad administrativa de regulación, en particular, merece la pena esbozar una visión de conjunto. Para que esta resulte completa, debe hacerse referencia, además, a la defensa de la competencia; cuestión que, por otra parte, nunca dejó de estar presente en las páginas anteriores.

Regulación, como ya se expuso, es un término que presenta distintas acepciones y admite diversas interpretaciones. Es relevante, sin embargo, conocer que resulta impreciso el establecimiento de una correlación exacta entre el sentido norteamericano y el continental. El primero, conocido como *economic regulation*, tiene por objeto la subsanación de los fallos del mercado, guardando así un fundamento estrictamente económico con consecuencias jurídicas. Mientras, el segundo, denominado *Derecho Administrativo Económico*, encuentra su razón de ser en la incapacidad del mercado para satisfacer determinadas necesidades de contenido social, lo que no impide que hayan sido importados tanto instrumentos como técnicas del primero; pues, aunque las motivaciones puedan diferir en parte, la problemática a la que se enfrentan es similar[21].

Antes de su puesta en relación con el Derecho Administrativo, debe aclararse en qué zona convergen y en cuál divergen *regulación* y *defensa de la competencia*. En primer lugar, se está ante dos elementos esenciales e indisociables de un mismo modelo de intervención pública en la actividad económica. El área de conexión más relevante es aquella que permite su compatibilidad: la determinación del momento en que han de ser aplicadas.

Mientras que las obligaciones jurídicas propias de la regulación se imponen *ex ante*, las normas propias del Derecho de la Competencia se aplican *ex post*; estableciendo las primeras, fundamentalmente, obligaciones de hacer y, las segundas, obligaciones de no hacer[22]. Por tanto, aunque resulte frecuente que en los sectores regulados una misma conducta quede sujeta a dos tipos de normas, la aplicación de las mismas será complementaria.

La nota divergente, sin embargo, viene dada por aquellos supuestos en los que la regulación sectorial ampara los mismos bienes jurídicos que las normas de defensa de la competencia. En los casos descritos, su relación no es comple-

[21] DEL GUAYO CASTIELLA, Í., «Regulación y Derecho Administrativo», en *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, J. M.ª Baño León (coord.), Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.

[22] Sirva de ejemplo el acceso a las infraestructuras esenciales; recogiéndose como una obligación positiva en la regulación sectorial y, a su vez, prohibiéndose la obstaculización a dicho acceso en la normativa de defensa de la competencia.

mentaria, sino sustitutiva. En consecuencia, las normas generales de defensa de la competencia son desplazadas[23] por la regulación sectorial[24].

Finalmente, cabe destacar que el surgimiento de la regulación como nuevo modelo de intervención pública en la economía ha provocado el desbordamiento del Derecho Administrativo. En particular, de su parte especial. Este fenómeno obedece a que los regímenes jurídico-administrativos sectoriales, sin abandonar, como es natural, su componente normativo, han ido incorporando paulatinamente elementos propios de disciplinas tales como: la ingeniería, la política, la sociología o, por supuesto, la economía. Ergo, de todas las áreas de conocimiento citadas queda impregnado el actual estado de la ciencia jurídica administrativa y, consecuentemente, de ellas ha de estar instruido el buen administrativista. Queda patente, pues, que la transición de un Estado liberal a un Estado social ha transformado con verdadero ímpetu el contenido del Derecho Administrativo[25].

---

[23] En aplicación del principio *lex specialis derogat generali*, también denominado *criterio de especialidad*.

[24] LAGUNA DE PAZ, *Derecho Administrativo*, p. 328-337.

[25] A comienzos de los años ochenta confluyen una serie de elementos que, provocando un verdadero cambio de paradigma en el modelo de intervención pública entonces conocido, dan origen al proceso de *desregulación*. Proceso que, a fin de evitar la aparición de vacíos legales, exige el acompañamiento del movimiento *neo-regulatorio* descrito durante el presente trabajo. Es por ello que contiene verdadero interés el comentario realizado por VILLAR PALASÍ, J.L., «La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 3, 1950, en el que advierte sobre la transición aludida del Estado liberal al Estado Social de Derecho, etapa de intensa intervención estatal previa al proceso de desregulación: "Estamos viviendo en nuestros días la superación y arrumbamiento definitivos de viejos sistemas y viejos moldes y el surgimiento y cristalización de nuevas formas y concepciones políticas. El Estado controlador y regulador de la existencia social e individual, pero que abandonaba la total actuación económica a la privada vis, pertenece al pasado. El Estado moderno acompaña al súbdito permanentemente, no sólo a través de las clásicas funciones públicas, sino también en el plano —tradicionalmente individual— de lo económico. Las antiguas fronteras entre Estado y Sociedad han sido franqueadas. Hoy el Estado no se enfrenta a la realidad social considerándola como un orden preformado, sino que centra precisamente su máximo de actuación en la conformación de este orden (…) Todo ello no es sino corolario de una crisis de la concepción tradicional del Estado liberal de Derecho, no en cuanto al esquema lógico-formal que supone, que debe perdurar y de hecho perdura, sino en cuanto a los resortes de seguridad que debían, tradicionalmente pensando, asegurar sus fundamentos; y consecuencia pareja del paso hacia un Estado social, que ante supuestos generales de hecho radicalmente distintos de aquéllos en que se basó la aparición histórica del Estado burgués de Derecho pierde su ponderación de indiferencia, matizando su actividad con una preocupación radical por el bienestar del súbdito y del cuerpo económico de la Nación".

6. Reflexión final

La confluencia de diversos factores económicos, políticos y sociales, han provocado un verdadero cambio de paradigma regulatorio. De la confianza en las instituciones políticas y administrativas para limitar la propiedad y la iniciativa empresarial, se ha evolucionado a la confianza en la libre competencia. Confianza que no debe ser ciega, puesto que los fallos del mercado existen y deben ser corregidos. Es ahí donde la Administración debe intervenir.

Se tratará, sin embargo, de una intervención sustancialmente distinta a la realizada hasta ahora. Nos hallamos ante la redefinición del Estado como consecuencia de la liberalización de los diferentes servicios públicos económicos (energía, telecomunicaciones, transporte), gestionados, durante buena parte del siglo XX, en régimen de monopolio.

Este proceso implica: la sustitución de la planificación económica estatal por la libertad empresarial; la elaboración de normas que promuevan la libre competencia entre agentes económicos; y la privatización de la mayor parte del tejido empresarial público, creando autoridades administrativas independientes encargadas de controlar el efectivo funcionamiento competitivo del mercado desde la vertiente sancionadora.

De tal modo que la privatización en el vacío sería un sinsentido si no fuera acompañada de un proceso coherente de liberalización en el que se diseñen nuevos mercados, un marco institucional estable y una estructura empresarial competitiva. Todo ello deberá informarse desde por el regulador desde la independencia, la transparencia y la imparcialidad.

Liberalización económica que, en fin, implica exigentes cambios de mentalidad y una sustancial transformación del modelo regulatorio. Proceso que, sin duda, necesita un periodo de transición adecuado.

Estamos, como puede observarse, ante uno de los mayores retos a los que la política legislativa habrá de enfrentarse a lo largo del siglo XXI; siendo que las bondades de la liberalización suelen tener alcance general mientras que, su efecto disruptivo, se concentra en sectores concretos.

Bibliografía

ARIÑO ORTIZ, G., *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1993.

ARIÑO ORTIZ, G., *Principios de Derecho público económico. Modelo de Estado, gestión* pública y regulación económica, Granada, Ed. Comares, 1999.

BACIGALUPO SAGGESE, M., *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1997.

DE LA CRUZ FERRER, J., *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Madrid, Ed. Instituto de Estudios Económicos, 2002.

DEL GUAYO CASTIELLA, Í., «Regulación y Derecho Administrativo», en *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, J. M.ª Baño León (coord.), Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.

ESTEVE PARDO, J., «La regulación de industrias y public utilities en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias», en *Derecho de la Regulación Económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, José Esteve Pardo y Santiado Muñoz Machado (orgs.), Madrid, Ed. Iustel, 2014.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Sistema de Derecho administrativo*, Cizur Menor, Ed. Civitas Thomson Reuters, 2012.

LAGUNA DE PAZ, J.C., *Derecho Administrativo Económico*, Madrid, Ed. Civitas, 2016.

MONTERO PASCUAL, J.J., *Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2014.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte General*, 7ª edición, Madrid, Ed. Tecnos, 2011.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho administrativo, I*, 2ª edición, Madrid, Ed. Iustel, 2009.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Sectores regulados y competencia: un dilema complejo», en *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*, J.A. Santamaría Pastor (dir.) y R. Caballero Sánchez (coord.), Madrid, Ed. Iustel, 2011.

TORNOS MAS, J., «El concepto de servicio público a la luz del Derecho Comunitario», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016.

VILLAR PALASÍ, J. L., «La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 3, 1950.

DIREITO E CONSERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO GEOLÓGICO NO BRASIL: UM ENFOQUE A PARTIR DO DIREITO À PAISAGEM

Luciano J. ALVARENGA[1]

1. Introdução

O Direito Ambiental, como saber responsivo ao apelo por um novo *ethos* à face da questão ecológica contemporânea[2], deve ser indutor de modos de vida assentes no cuidado com a Terra, nossa Casa Comum[3], e suas riquezas naturais e culturais. Espera-se dele, portanto, contributos para que paisagens dignificantes

[1] Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Minho; mestre em Ciências Naturais pela Universidade Federal de Ouro Preto; bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

[2] Numa visão panorâmica, desmatamentos, queimadas e poluições de vários tipos aceleram perdas na biodiversidade e mudanças climáticas globais; a intensificação de processos erosivos leva à degradação de solos; o uso massivo de agrotóxicos, à contaminação invisível, e tecnicamente irreversível, de ecossistemas; a extração mineral sem limites gera lucros para empresas e arrecadação para cofres públicos, mas causa dilapidação de paisagens e gera imensas pilhas ou lagos de rejeitos tóxicos.

[3] Expressão usada na Carta Encíclica *Laudato Si'*, do Papa Francisco (2015).

tenham lugar no presente e no futuro[4]. Usando um termo presente na obra de Lourenço (1999, p. 14), trata-se de um direito do "antidestino"; contraponto à pretensa inevitabilidade do estilo dominante de desenvolvimento, que, pautado pela expansão inflexível da lógica do mercado, tem vindo a arrasar ambientes e culturas mundo afora.

Por isso, fazem-se necessárias normas e políticas públicas que afirmem as condições para fruição por todos, sem discriminações espaciais, étnicas, raciais, econômicas ou políticas (ACSELRAD, 2010), de paisagens ecológica e culturalmente dignificantes[5]. Nesse contexto, o Direito Ambiental surge como saber de *mediação*, tal qual o compreende Ost (2006, p. 64); um saber que, sem desconsiderar a sociedade "tal como ela é", assume valores e ideais que inspiram-na "tal como ela 'deveria' ou 'gostaria' de ser".

Este ensaio versa sobre conceitos recentes na gramática jurídico-ambiental. Trata-se dos instrumentos atinentes à diversidade geológica, a "geodiversidade". Neste caminhar, apresentam-se fundamentos no marco teórico do direito à paisagem, para instituição e ampliação de programas de geoconservação, a vertente geológica da conservação da natureza (BRILHA, 2005). Sublinha-se, por fim, a pertinência de investigações dedicadas à estruturação normativa e administrativa, mediada pelo Direito Ambiental, de iniciativas de gestão e salvaguarda da geodiversidade e do patrimônio geológico no Brasil.

2. Geodiversidade, patrimônio geológico e geoconservação

2.1 Conceitos fundamentais

A palavra "biodiversidade" tornou-se frequente no discurso ambientalista. Não ocorre o mesmo, porém, com o termo "geodiversidade" (CARVALHO, 2015, p. 169). Poucos conhecem essa expressão, que tem sido empregada, desde a década de 1990, em alusão à "diversidade de características, conjuntos, siste-

[4] No presente estágio da história, em que direitos socioambientais resultantes de conquistas históricas têm sido desconstruídos em nome da expansão de mercados, cabe ter presente que o objetivo do Direito Ambiental, desde sua origem, "não era apenas o de 'regulamentar' o meio ambiente, mas o de contribuir à reação contra a degradação ambiental e o esgotamento dos recursos naturais. O Direito Ambiental é, por natureza, um direito engajado, que age na luta contra as poluições e a perda da biodiversidade. É um direito que se define segundo um critério finalista, pois se dirige ao meio ambiente: implica uma obrigação de resultado, qual seja, a melhoria constante do estado do ambiente" (PRIEUR, 2002, p. 17).

[5] Para Sarlet e Fensterseifer (2014, p. 48, 49), a sadia qualidade de vida só é possível "num ambiente natural onde haja qualidade ambiental da água que se bebe, dos alimentos que se consomem, do solo onde se planta, do ar que se respira, da paisagem que se vê, do patrimônio histórico e cultural que se contempla, do som que se escuta, entre outras manifestações da dimensão ambiental".

mas e processos geológicos (substrato), geomorfológicos (formas de paisagem) e do solo" (AHC, 2002). Para Carvalho (2015, p. 169), a geodiversidade consiste no "conjunto de todas as ocorrências de natureza geológica, com destaque para rochas, minerais e fósseis – testemunhos de uma biodiversidade passada –, dobras e falhas, grutas naturais e galerias de minas, relevos e depressões terrestres e submarinas, vulcões, etc.". A geodiversidade é o suporte da biodiversidade. Na síntese quase poética de Nascimento, Ruchkys e Mantesso-Neto (2008, p. 10), o "palco" no qual as diversas formas de vida são "atores".

Já a locução "patrimônio geológico", mais restrita, é usada em alusão a bens ou sítios, integrantes da geodiversidade, que demandam regimes especiais de gestão e cuidado por se *singularizarem* do ponto de vista geológico. O patrimônio geológico compreende desde minerais, rochas, fósseis presentes em afloramentos ou museus, até as formas do relevo de uma região, que guardam consigo registros de processos naturais que remontam a milhões ou mesmo milhares de milhões de anos. Daí o neologismo "geoconservação", que surgiu, correlativamente, em referência a conceitos, programas e ações para valorização, salvaguarda e promoção de lugares singulares pelos atributos, processos geológicos ou geomorfológicos que neles têm ou tiveram lugar (GRAY, 2004, p. 175 ss.).

Em função da tipologia dos bens ou sítios geológicos, também chamados "geossítios", o patrimônio geológico divide-se em subcategorias, tais como: patrimônio paleontológico, se o ambiente se notabilizar pela presença de fósseis; mineralógico, se os geossítios se destacarem como contentores de minerais econômica ou cientificamente valorosos; geomorfológico, devido à singularidade das fisionomias terrestres; hidrogeológico, se os sítios merecerem distinção por sua invulgar contribuição à circulação hídrica (SCHOBBENHAUS; SILVA, 2012, p. 14). Pode-se aludir, também, ao patrimônio espeleológico, que compreende grutas, *canyons*, sumidouros, abismos, furnas, tocas, entre outras ocorrências desse tipo (MIRANDA; CHIODI, 2015, p. 58), e ao patrimônio mineiro, atinente a sítios históricos de extração mineral (NASCIMENTO; ROCHA; NOLASCO, 2013).

2.2 Valores científico, cultural e poético-vivencial da geodiversidade

A geodiversidade possui inegável relevância para a ciência. Como observam Brilha e Pereira (2012, p. 11), o estudo dela é

> *[...] essencial para conhecermos os processos naturais que têm lugar no nosso planeta, alguns deles com fortes implicações na qualidade de vida de muitos milhões de pessoas. Os geocientistas necessitam de ter acesso aos locais onde estes processos estão bem representados, por forma a promover a investigação que per-*

> *mite o progresso das geociências e a sua aplicação no desenvolvimento de melhores condições de vida para as populações. A geodiversidade possui, pois, um enorme valor científico ao permitir-nos compreender o funcionamento do único local do universo onde, para já, podemos viver. Os locais – conhecidos por geossítios – distribuídos por todo o planeta […], ao exporem excecionais exemplos da geodiversidade, devem ser conservados por constituírem um património geológico, pertença de todos nós e uma herança dos cerca de 4600 milhões de anos de história da Terra.*

Para além do valor científico, a geodiversidade apresenta significações culturais. Destinos turísticos aclamados mundialmente como o *Grand Canyon* nos Estados Unidos da América, a *Cappadocia* na Turquia, e os *Alpes* na Europa Central, têm nos atributos e formas da Terra a sua principal razão de ser. São lugares cuja beleza move pessoas de vários países a se deslocarem para os contemplar e vivenciar (BRILHA; PEREIRA, 2012, p. 11).

Geoformas singulares, dignas de monumentalização, podem ser encontradas em muitas partes do globo. Embora pareça óbvio, é preciso chamar a atenção para esta verdade, nomeadamente no contexto cultural brasileiro, em que, muitas vezes, costuma-se dar mais valor às paisagens do *Norte* do que às das terras e serras dos trópicos. Cada lugar pode trazer consigo uma beleza particular, como observou Humboldt, em suas digressões pelas paragens ao *Sul* da linha do Equador:

> *Aquele que sabe abraçar a natureza com um olhar, sem interferência dos fenómenos locais, pode aperceber-se que, ao ir dos polos em direcção ao Equador, com o aumento do calor vivificante, aumenta a força vital dos organismos e a abundância de vida. Mas, neste crescimento exponencial, a cada região foi reservada uma beleza particular: aos trópicos, a variedade e a grande dimensão de formas das plantas, ao norte, a vista das pastagens e o periódico despertar da natureza ao primeiro sopro do ar primaveril. Possuindo traços distintivos, cada região apresenta também um carácter específico […]. O que o pintor indica através de expressões, tais como a natureza suíça ou o céu italiano funda-se no obscuro sentimento do carácter natural local (HUMBOLDT, 2003, p. 73-74 apud SERRÃO, 2013, p. 14).*

É num meio social que alguns bens ou sítios são distinguidos e classificados como integrantes do patrimônio geológico. O aspecto histórico-cultural dos geossítios faz-se perceber por eles serem testemunhos silenciosos da evolução geológica e ecológica da Terra. "Cada paisagem", diz-nos Carapinha (2011, p. 22), é "um contentor cultural, um reservatório histórico e um espaço de leitura do mundo. É um fato histórico que se constrói sobre e com uma outra história: a história ecológica [e geológica] de cada lugar". Dessa perspectiva, certos lugares de especial interesse geológico devem ser monumentalizados para, nessa condi-

ção, tratados como verdadeiros "geomonumentos", serem cuidados e legados às gerações futuras como partes de um patrimônio.

No Geomonumento da Rua Sampaio Bruno[6], em Lisboa, contempla-se um sítio geológico que dá a conhecer que aquele lugar já repousou sob águas marinhas, repletas de organismos briozoários[7], há milhões de anos. Informação que, mais além de seu valor científico[8], é carregada de poeticidade e sentido experiencial-cultural: é curioso caminhar naquela rua lisboeta, ladeada por prédios residenciais, comerciais, passeios e praças, e vir a saber que ali, por milhões de anos, foi mar…

As feições terrestres inspiram percepções poéticas da vida no planeta. Bernardo (s.d.) é autor de interessante trabalho dedicado à leitura simbólica da paisagem. Sua reflexão, que se desenrola sobre a simbologia das águas, montanhas, florestas, planícies e desertos, estimula olhares de complexidade e poeticidade para esses elementos em diversos tipos de ambientes.

Mendonça (1989) sistematizou um conjunto de tipologias poéticas da paisagem. Seu trabalho, similar ao de Bernardo, leva-nos a compreender que paisagens guardam consigo algo além do que o olhar científico é capaz de revelar – o solo, os minerais, a atmosfera, as águas, *etc.* em suas exterioridades e funcionalidades. Paisagens conduzem a vivências poéticas; ou, talvez mais precisamente, a modos poéticos de ver, criar, fazer e viver no mundo. Se contemplarmos de modo atento e sensível um vale, por exemplo, será possível percepcionar além dos aspectos geológicos e ecológicos decodificados nos tratados científicos, pois:

> *Cerramos os olhos e os vales surgem interiores, aéreos, ideais, na presença imaginária do tempo usado ao construí-los e preenchê-los. [...] revemos os vales como formas ocas da terra onde se guarda o sintetismo da vida. [...] a claridade adquire no vale e na planície o valor da transparência do entendimento, manifestando-se em ar atmosférico referido às coisas, em qualidade vital, peculiar de espaços tão diversos ao olhar, mas tão semelhantes ao entendimento. Há nos vales esta única transparência aquática e luminosa que lhes vem da água, das neblinas acumuladas, das luzes indirectas e difusas que chegam ao fundo filtradas. Pelas manhãs e ao entardecer, o fantástico das claridades reflectidas pela água e pela encosta, em que a luz bate, fazem a eteriedade da ambiência peculiar dos vales. Frescura, paz, sonoridades calmas; tranquilidade da vida que percorre o ciclo*

---

[6] Geossítio que compõe o *Exomuseu* da Natureza, idealizado por A. M. Galopim de Carvalho.

[7] Filo dos invertebrados aquáticos que formam colônias, a maior parte delas em ambientes marinhos (ART, 2001, p. 65).

[8] Para Pacheco e Brilha (2014, p. 101) a interpretação geológica bem fundamentada "ao envolver e cativar o público é um ótimo instrumento para promover a conservação do património geológico e para a gestão dos espaços onde a geodiversidade tem valor destacado".

> *natural e perfeito num mundo que se basta e em que tão intenso movimento vital constrói o sossego, que é o corpo do vale. [...] É preciso silêncio passar longo tempo, aprendendo com ele a ver a complexidade riquíssima deste espaço. [...]*
>
> *Ele é, em si, um ciclo completo bastando-se como unidade vital perfeita. [...] É um local de imaginação, pela fertilidade que lhe transborda, que nos sugestiona e nos impulsiona a criar. É um local de poesia natural que se nos apresenta e oferece e de onde nasce a outra, criada e transformada em obra. [...] O rio, a água, a luz, todos os contrastes das encostas, do cimo e do baixo, do longo, do largo e do estreito, nos conduzem ao poema da palavra, da cor, da linha e do canto. [...] A cor no vale pode alcançar-se em apenas pura luz sem matéria, porque é aqui o lugar onde ela é luz na definição científica, desmaterializada e abstração total. [...] Partes da mesma natureza, homem e paisagem no vale a dado momento confundem-se pela muita afectividade gerada na relação, quase podendo então inverter-se, humanizando-se a paisagem e, o homem, sendo pedra, rio ou vento. [...] Cada uma das encostas é uma paisagem diferente no clima, na vegetação, na temperatura, onde o frio e o quente coexistem no espaço do vale. [...] De um lado, a luz, do outro a sombra. No alto a tepidez do ar, no fundo frio a humidade. [...]*
>
> *No fundo, uma outra unidade se completa na linha de água estreita, apenas pluvial, ou corrente contínua a que chamamos rio. Aqui as margens, a água e o leito; a charneira das vertentes por onde o vale se abre até aos cumes em fio, em duas faces interiores (MENDONÇA, 1989, p. 96).*

Somos assim levados a compreender que a definição técnica de vale – depressão topográfica longitudinal aberta, constituída por talvegues e duas vertentes com dois sistemas de declives convergentes, inclinada numa direção em toda a sua extensão –, encontrável nos glossários de geologia e geomorfologia (IBGE, 1999, p. 193), mostra apenas uma das dimensões dessa feição terrestre, rica em significados culturais, poéticos e vivenciais, mais além daquele que livros e manuais de ciências convencionais são capazes de decifrar.

Isso se pode dizer do vale, mas também da planície, da montanha, da floresta, do campo, do mar, demais tipologias referidas por Mendonça (1989), e de outras paisagens (serras, cachoeiras, cavernas, lagos, *etc*.) que merecem um olhar poético e reverente de quem as presencia e, principalmente, daqueles que, por motivações econômicas ou incumbências político-administrativas, deliberam sobre seus destinos.

2.3 Ameaças à geodiversidade

Minerais, rochas, fósseis e geossítios possuem valores científicos e culturais. Guardam discretamente registros da história da vida, da passagem do tem-

po geológico e das transformações ecológicas na crosta da Terra. Além disso, sob olhares sensíveis (cf. *supra*), proporcionam experiências do mundo dignificantes e carregadas de poeticidade.

Todavia, conquanto formado por componentes não renováveis e suscetíveis a danos irreversíveis, o patrimônio geológico tem sido ameaçado por diversos fatores antropogênicos, como extração excessiva de minerais, agricultura, pecuária, industrialização e expansão urbana sem planejamento.

A dilapidação desse patrimônio tem como causas importantes a falta de conhecimento em Ciências da Terra e o fato de geólogos preocupados com a conservação da geodiversidade não serem consultados e ouvidos na gestão ambiental (NASCIMENTO; RUCHKYS; MANTESSO-NETO, 2008, p. 16). Contudo, não são apenas esses os motivos de tal dilapidação. Muitas vezes há, sim, ciência dos valores multidimensionais (ecológicos, culturais, estéticos, *etc.*) do patrimônio geológico. Às vezes, esse conhecimento faz-se ouvir em câmaras e assembleias legislativas, que, sensíveis por breves instantes, declaram alguns sítios geológicos, a exemplo do Pico do Itabirito, na região central de Minas Gerais, como monumentos pertencentes ao patrimônio natural e cultural de um povo.

Mas, para além de saberes científicos, textos legais e retóricas de quem os constrói e interpreta, há de se ter compromisso permanente e efetivo para com a conservação desse patrimônio, pois, se "os lírios não nascem da lei", como alertou o poeta, não será decerto apenas por declarações normativas carregadas de ciência e boas intenções que veremos salvaguardadas as paisagens que enchem de vida e significado a superfície da Terra. "As leis não bastam"... (ANDRADE, 2012, p. 140).

A quem hoje contemplar o Pico do Itabirito não restará outro sentimento que não da perplexidade. Outrora um geossítio de incontornável beleza cênica e riquíssima significação histórico-cultural, essa feição da Terra, mesmo monumentalizada pelo direito (cf. *infra*), parece testemunhar, a suster-se tenazmente vertical ante as profundas transformações em curso na matriz paisagística que a envolve, desta verdade irrefutável: na incansável busca pelo "progresso", já não há mais dúvidas sobre a capacidade e a intensidade da ação humana na superfície terrestre.

3. A geoconservação e o direito ambiental

3.1 Conceituação e enquadramento geral

A palavra "geoconservação" tem sido utilizada ora para designar o conjunto amplo de estratégias e ferramentas que têm como finalidade salvaguardar os processos e o patrimônio geológicos, ora para denominar um campo inter-

disciplinar cujos escopos são sistematizar e produzir conhecimentos atinentes à valorização, promoção e proteção da geodiversidade, nomeadamente à face da sobreexploração dos recursos naturais e da ocupação mal planejada da superfície terrestre (HENRIQUES *et al.*, 2011, p. 124).

No direito brasileiro há preceitos legais sobre conservação da geodiversidade, a começar pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), que declarou a Serra do Mar, entre outras regiões, como integrante do patrimônio nacional para fins de "preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais"[9]. A Constituição do Estado de Minas Gerais (CEMG) de 1989, declarou tombados e monumentalizou os picos do Itabirito, Ibituruna e Itambé, as serras do Caraça, da Piedade, do Ibitipoca, Cabral e de São Domingos (no planalto de Poços de Caldas)[10]. Adicionalmente, vários tipos de Espaços Territoriais Especialmente Protegidos[11], como Unidades de Conservação (UC), Áreas de Preservação Permanente (APP) e de reserva legal, podem funcionar como *loci* de geoconservação. As APP, por exemplo, têm como finalidades preservar os recursos hídricos, a paisagem e a estabilidade geológica[12]. Entre as UC, destaca-se o monumento natural, cujo objetivo é preservar sítios naturais raros, singulares ou de grande beleza cênica[13].

Institutos jurídicos que comumente têm lugar em ações de cuidado e promoção do patrimônio cultural também podem ser úteis à geoconservação. O tombamento, por exemplo, pode servir à monumentalização de sítios ou paisagens especiais em termos geológicos, geomorfológicos e culturais. Recentemente, o Ministério Público de Minas Gerais recomendou ao Município de São João del-Rei o tombamento, com esteio na legislação pertinente[14], de afloramento de estromatólito no bairro Tejuco, visando à proteção e divulgação social dos valores geológico, paleontológico, paleoambiental e cultural desse sítio, ali conhecido como "Pedra Mãe" (MPMG, 2015).

3.2 Os geoparques

Entre as estratégias de geoconservação destaca-se o "geoparque", titulação atribuída pela Rede Mundial de Geoparques (GGN), sob os auspícios da UNES-

[9] CRFB, art. 225, §4º.

[10] CEMG, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 84, *caput*.

[11] CRFB, art. 225, §1º, III.

[12] Lei 12.651/2012, art. 3º, III.

[13] Lei 9.985/2000, art. 12, *caput*.

[14] Decreto 25/1937, art. 1º, §2º. Segundo o dispositivo, "são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana".

CO, a um amplo território em reconhecimento à importância dos geossítios que ele abriga (CPRM, 2017). Além de proteger o patrimônio geológico, um geoparque tem como objetivos: conciliar desenvolvimento e proteção do patrimônio natural; gerar e distribuir renda; estimular o geoturismo; promover a educação geocientífica; preservar registros da história da Terra e do homem (UNESCO, 2010). Delphim (2009, p. 82) acrescenta a esses objetivos os atinentes à valorização da paisagem e dos saberes e modos de vida locais.

Conferir proteção especial a geossítios e, extensivamente, aos territórios em que eles se situam significa reconhecê-los como partes de uma herança geológica, biológica, paisagística e cultural que testemunha e dá a conhecer a história da Terra, inscrevendo esses territórios numa ética e numa juridicidade atentas ao presente (justiça ambiental sincrônica) e ao futuro (justiça ambiental diacrônica). Assim, a gestão dos geoparques compartilhável entre poderes públicos, instituições e cidadãos, deve assentar no reconhecimento de que o patrimônio geológico impõe limites apriorísticos ante intervenções antropogênicas impactantes. Por isso, devem ser estimuladas atividades econômicas *suportáveis* pela geodiversidade e biodiversidade da região e harmônicas com as dinâmicas culturais locais (BRILHA, 2005, p. 121). A partir das vocações naturais e sociais dos geossítios, os geoparques podem trazer resultados positivos à sustentabilidade ambiental e econômica em escala regional.

O Geoparque Araripe, situado ao sul do Ceará, foi o primeiro território das Américas a obter reconhecimento da GGN no âmbito da UNESCO. É composto por nove geossítios distribuídos em seis municípios da região do Cariri: Batateiras (Crato), Pedra Cariri e Ponte de Pedra (Nova Olinda), Parque dos Pterossauros e Pontal de Santa Cruz (Santana do Cariri), Cachoeira de Missão Velha e Floresta Petrificada (Missão Velha), Riacho do Meio (Barbalha), Colina do Horto (Juazeiro do Norte). O território do geoparque alcança uma área de 3441km² (GEOPARQUE ARARIPE, 2017)[15]. No território brasileiro, há iniciativas em curso para que outras áreas, como a Serra da Bodoquena, no Pantanal do Mato Grosso do Sul, sejam reconhecidas pela UNESCO como geoparques.

No âmbito do Serviço Geológico do Brasil (CPRM), Schobbenhaus e Silva (2012, p. 17 ss.) catalogaram territórios potenciais para criação de geoparques no Brasil. Destaca-se entre eles a Serra da Canastra, na porção sudoeste de Minas Gerais, que se singulariza por suas "paisagens de cenário excepcional", como também pela presença de sítios com invulgares valores geomorfológico, ecológico e histórico-cultural, como a Cachoeira Casca d'Anta e o Chapadão da Canastra.

[15] Para informação complementar, cf. Mochiutti *et al.* (2012).

3.3 Estruturação jurídica dos geoparques no Brasil

A classificação jurídica dos geoparques é tema da Geoconservação Aplicada, subárea da Geoconservação que enfoca políticas, normas e instrumentos de conservação do geopatrimônio (HENRIQUES *et al.*, 2011, p. 121).

Para a UNESCO (2010), os geossítios do território candidato ao *label* "geoparque global" devem estar sob regime especial de gestão e conservação. Assim, a estruturação jurídica dos geoparques tem relevância para a expansão do número de geoparques no Brasil. Entretanto, ainda não há consenso nos fóruns institucionais e acadêmicos brasileiros acerca do tratamento do patrimônio geológico pela legislação brasileira, cuja construção histórica tem vindo a enfocar a biodiversidade e os recursos florestais.

Delphim (2009, p. 83) vislumbra na chancela de paisagens culturais, introduzida no direito brasileiro pela Portaria n.º 127/2009, do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), uma ferramenta jurídica para a formalização e gestão dos geoparques. Na portaria, a paisagem cultural brasileira é conceituada como "porção peculiar do território nacional, representativa do processo de interação do homem com o meio natural, à qual a vida e a ciência humana imprimiram marcas ou atribuíram valores"[16]. Para Delphim (2009, p. 81) a chancela tem a vantagem de considerar "o caráter dinâmico da cultura e da ação humana sobre as porções do território a que se aplica". Cabe ter presente, em adição, que o instituto em questão pressupõe um *pacto* entre poderes públicos, empresas e cidadãos para a gestão colaborativa da paisagem (IPHAN, 2009).

Há, por outro lado, quem repute irrelevante uma estruturação jurídica acabada dos geoparques, partindo da premissa de que o não encaixe deles entre os instrumentos ortodoxos de gestão ambiental, assentes na lógica do "comando e controle", contribui para a eficácia do programa da UNESCO, verificável nalgumas partes do globo. Com esse olhar, e a pronunciar-se em vista das experiências europeias de geoconservação, Brilha (2012, p. 32) afirma que a ausência de um estatuto próprio para os geoparques favorece a implementação de programas de desenvolvimento sustentável e o diálogo colaborativo com atores sociais (um diálogo difícil, de fato, quando envolve a imposição coercitiva de restrições legais e administrativas de uma UC típica).

O aprofundamento desse debate, com suas variáveis socioambientais e jurídicas, pode contribuir para discussões acadêmicas, governamentais e administrativas sobre os marcos legais da geoconservação, particularmente no que atine às formas de introdução e gestão dos geoparques no Brasil.

[16] Portaria IPHAN 127/2009, art. 1º, *caput*.

4. A geodiversidade e a fruição do direito à paisagem

O termo "paisagem" tem sido referido, não sem confusão conceitual, em normas nacionais e internacionais. Nesse segundo domínio, destaca-se a Convenção Europeia da Paisagem (CEP) que organiza a proteção, a gestão, o ordenamento e a cooperação nessa temática no âmbito comunitário europeu[17].

No direito brasileiro, a expressão aparece já na CRFB, principal estatuto da partilha de deveres administrativos entre União, estados e municípios. Determina-se que todos eles devem proteger "paisagens naturais notáveis", o que inclui as condicionadas por fatores geológicos[18]. Dispõe-se, também, que União, estados e Distrito Federal podem legislar sobre "proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico" e sobre responsabilidade por danos ao meio ambiente e a bens e direitos de valor paisagístico[19]. Os municípios não ficam à parte dessas tarefas legislativas: incumbe-lhes suplementar leis federais e estaduais para tratar dos sítios paisagísticos de interesse preponderantemente local[20].

No Título VIII da CRFB, atinente à "ordem social", que tem como objetivos o bem-estar e a justiça social[21], conceitua-se patrimônio cultural brasileiro como "os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira", e são incluídos entre esses bens "os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico"[22].

Noutros planos normativos o cuidado com a paisagem também se faz presente. O Estatuto da Cidade, por exemplo, que fixa as diretrizes da política urbana, tem entre seus objetivos a "proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio histórico, cultural, artístico, paisagístico e arqueológico"[23].

Não há, porém, uma definição precisa de paisagem no direito brasileiro, o que leva o intérprete da norma em que o termo aparece a uma região de "nebulosidade conceitual". Nessa região, o hermeneuta tende, quase sempre, a equi-

---

[17] Convenção Europeia da Paisagem, de 20 de outubro de 2000, disponível em https://www.coe.int/en/web/landscape/home.

[18] CRFB, art. 23, III.

[19] CRFB, art. 24, VII e VIII.

[20] CRFB, art. 30, I e II.

[21] CRFB, art. 193.

[22] CRFB, art. 216, *caput* e V.

[23] Lei Federal 10.257/2001, art. 2º, XII.

parar paisagem a cenário; a uma realidade "objetal", como diria Abalos (2004). Sobrelevam-se, assim, a materialidade do espaço, as feições e os elementos físicos "objetivamente considerados" de alguns ambientes, que os distinguem de outros, menos invulgares, pela beleza cênica que apresentam.

Todavia, compreende-se que a noção de paisagem exprime mais que isso. Concerne a uma experiência que deriva de uma relação específica entre ambientes, numa dimensão, e os modos individuais ou coletivos de vivenciá-los, noutra. A paisagem consiste numa referência simultânea aos ambientes *in situ* e à forma como subjetividades e comunidades os representam e experienciam *in visu* (SERRÃO, 2014, p. 26), ela pressupõe, sim, uma exterioridade (a dita realidade "objetal"), que se acopla, contudo, à predisposição mental e à sensibilidade de quem a presencia. A realidade da paisagem está, portanto, na interação dinâmica entre duas dimensões indissociáveis (BERQUE, 2009, p. 27), o que se pode entrever na definição que a CEP atribui ao termo: "parte do território, tal como é apreendida pelas populações, cujo caráter resulta da ação e da interação de factores naturais e/ou humanos"[24].

Partindo-se dessa visão integradora, a paisagem consiste num campo temático, para o Direito Ambiental, em que a salvaguarda do patrimônio natural, inclusive o geológico, encontra-se com a proteção de um patrimônio *vivencial*: uma paisagem não resulta apenas do enquadramento de um espaço delimitado, mas de um *modo humano especial e dignificado de vivenciá-lo*. No direito brasileiro, esse modo é salvaguardado como bem imaterial integrante do patrimônio cultural[25].

Não deriva do acaso, pois, mas de tal indissociabilidade, a avaliação do filósofo italiano Rosário Assunto (2011, p. 129) de que o termo "paisagem", comparativamente a "território" ou "ambiente", ajusta-se melhor às análises das questões éticas, jurídicas e científicas que compõem a problemática ecológica contemporânea. Paisagem é um conceito adequado para exprimir e traduzir as relações que temos com o mundo: com o que nos é dado como tal – a *Natureza* – e com o que nela introduzimos pela *Cultura*.

Desse modo, assinala-se uma transição epistemológica no domínio interdisciplinar do Direito e das Ciências Ambientais: de um direito *das* paisagens, outrora percebidas tão somente como realidades "objetais" (*a parte objecti*), para um direito *às* paisagens, assente numa visão que integra aspectos exteriores dos ambientes (geológicos, geomorfológicos, ecológicos, *etc*.) aos diferentes modos pelos quais individualidades e coletividades os interpretam e experien-

[24] CEP, art. 1º, *a*.

[25] CRFB, art. 216, I.

ciam, conferindo-lhes significação distinta como espaços de itinerários, descobertas, meditação, oração, formas de produção, *etc.*

Nesse enquadramento teórico, mais que espaços para salvaguarda do patrimônio geológico *in situ*, estímulo ao turismo e educação sobre temáticas ambientais, os espaços dedicados à geoconservação podem contribuir para que o direito a vivências dignificadas das paisagens, nomeadamente das proporcionadas pelos geossítios, seja acessível pelas atuais e futuras gerações.

Portanto, ao se cogitar a monumentalização jurídica de geossítios ou, numa escala mais ampla, a instituição de geoparques, cabe ter presente que cada lugar tem um "modo de Ser" especial; uma maneira única de ser apreendido pelos sentidos (*spiritu loci*), e essa singularidade muitas vezes deriva de uma especial inter-relação dinamizadora: traços geológicos e ecológicos (serras, vales, rios, fitofisionomias, *etc*.) influenciam a elaboração histórica de modos de pensar, sentir, criar e viver das pessoas que o habitam. Exemplo disso é o modo de fazer o queijo Canastra, intimamente ligado, como observou Meneses (2015, p. 177), às fisionomias serranas e às características pedológicas daquela porção do sudoeste de Minas Gerais.

Assim, a consagração de áreas reservadas à geoconservação pode contribuir para salvaguardar um amplo espectro de valores ambientais: os valores da geodiversidade em si e os atinentes às vivências dignificadas dos geossítios, seja pelas pessoas que os presenciam por breves instantes, seja, com melhor razão, pelas que edificam suas moradas nos arredores desses lugares – que silenciosamente testemunham a história e guardam consigo as memórias da Terra.

5. Conclusões

Os geossítios, para além dos caracteres geológicos singulares e do interesse científico que justificam sua salvaguarda *in situ*, denotam lugares para experiências de fruição e vivências dignificadas da paisagem. Assim, a implementação de instrumentos de geoconservação no Brasil, entre eles os geoparques, pressupõe um olhar que os tome, complementarmente, como espaços para salvaguarda do patrimônio geológico e fruição concreta do direito à paisagem.

Dessa ótica, o direito à fruição de paisagens consiste numa categoria epistemológica, ao lado dos fatores de cariz geológico, cultural e geocientífico convencionalmente referidos pela UNESCO e pela literatura científica especializada, que justifica a instituição, ampliação e efetivação de projetos de geoconservação.

A estruturação e dinamização de cadeias produtivas que possam gerar renda e promover *buen vivir*[26] nas cercanias desses novos espaços de conser-

[26] Sobre contributos do conceito de *buen vivir* ao Direito Ambiental, nomeadamente na América Latina, ver os capítulos 3, 5 e 6 da coletânea organizada por Leite e Peralta (2014).

vação da natureza ainda estão a merecer, entretanto, a atenção de estudiosos e responsáveis pela gestão ambiental em geral. Nessas tarefas, há de se lembrar, como ensinam Urquí, Martínez e Valsero (2007, p. 4), que a valorização da geodiversidade serve, sobretudo, ao desenvolvimento e à dignificação ambiental e cultural das pessoas.

Referências bibliográficas

ABALOS, I., «¿Que es el paisage?», *Arquitextos* [Em linha], N.º 49, 2004, [Consult. 12 jan. 2017], Disponível em http://www.vitruvius.com.br/revistas/read/arquitextos/05.049/572.

ACSELRAD, H., «Ambientalização das lutas sociais: o caso do movimento por justiça ambiental», *Estudos Avançados*, Vol. 24, N.º 68, 2010, p. 103-119.

ANDRADE, C. D, *Antologia poética*, São Paulo, Companhia das Letras, 2012.

ART, H. W, *Dicionário de Ecologia e Ciências Ambientais*, Tradução M. A. L. Barros, 2.ª ed., São Paulo, Unesp; Melhoramentos, 2001.

ASSUNTO, R., «Paisagem – ambiente – território: uma tentativa de clarificação conceptual», in *Filosofia da paisagem: uma antologia*, A. V. Serrão (coord.), 2.ª ed., Lisboa, Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2013, p. 126-129.

AHC (AUSTRALIAN HERITAGE COMMISSION), *Australian Natural Heritage Charter: for the conservation of places of natural heritage significance* [Em linha], AHC, 2002, [Consult. 28 jan. 2017], Disponível em http://155.187.2.69/heritage/ahc/publications/commission/books/pubs/australian-natural-heritage-charter.pdf.

BERNARDO, J. M., *Leitura simbólica da paisagem*, Évora, Universidade de Évora, s.d., 110f.

BERQUE, A., «A paisaxe como institución da realidade», in *Olladas críticas sobre a paisaxe*, F. D.-F Viqueira e F. L. Silvestre (coord.), Santiago de Compostela, Consello da Cultura Galega, 2009, p. 19-42.

BRILHA, J., «A Rede Global de Geoparques Nacionais: um instrumento para promoção internacional da geoconservação», in *Geoparques do Brasil: propostas*, vol. 1, C. Schobbenhaus e C. R. Silva (org.), Rio de Janeiro, CPRM, 2012, p. 29-37.

BRILHA, J., *Património geológico e geoconservação*, 1.ª ed., Viseu, Palimage, 2005.

BRILHA, J.; PEREIRA, P. (coords.), *Património geológico: geossítios a visitar em Portugal*, 1.ª ed., Porto, Porto Ed., 2012.

CARAPINHA, A., «País enquanto paisagem», *Arquitectura Paisagista*, N.º 6, 2011, p. 21-25.

CARVALHO, A. M. G., *As pedras e as palavras*, 1.ª ed., Lisboa, Âncora, 2015.

CPRM (Serviço Geológico do Brasil), *Geoparques* [Em linha], CPRM, 2014, [Consult. 09 jan. 2017], Disponível em http://www.cprm.gov.br/publique/Gestao-Territorial/Geoparques-134.

DELPHIM, C. F. M., «Patrimônio cultural e Geoparque». *Geologia USP*, N.º 5, 2009, p. 75-83.

FRANCISCO, *Carta Encíclica Laudato Si' do Santo Padre Francisco sobre o cuidado da casa comum*, 1.ª ed., São Paulo, Paulus; Loyola Jesuítas, 2015.

GEOPARQUE ARARIPE, *Geopark Araripe: patrimônio da humanidade* [Em linha], Geoparque Araripe, 2014, [Consult. 13 abr. 2017], Disponível em http://geoparkararipe.org.br/geopark-araripe-patrimonio-da-humanidade/.

GRAY, M., *Geodiversity: valuing and conserving abiotic nature*, Chichester, John Wiley & Sons, 2004.

HENRIQUES, M. H.; REIS, R. P.; BRILHA, J.; MOTA, T., «Geoconservation as an emerging Geoscience», *Geoheritage*, N.º 3, 2011, p. 117-128.

HUMBOLDT, A., *Ansichten der Natur*, Stuttgart, Reclam, 1807/2003.

IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), *Glossário geológico*, 1.ª ed., Rio de Janeiro, IBGE, 1999.

IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional), *Paisagem cultural* [Em linha], IPHAN, 2009, [Consult. 25 mar. 2017], Disponível em http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Livreto_paisagem_cultural.pdf.

LEITE, J. R. M.; PERALTA, C. E. (orgs.), *Perspectivas e desafios da proteção da biodiversidade no Brasil e na Costa Rica*, 1.ª ed., São Paulo, Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2014.

LOURENÇO, E., *O esplendor do caos*, 2.ª ed., Lisboa, Gradiva, 1999.

MENDONÇA, N. J. N., *Para uma poética da paisagem: a ideia*, vol. 1, Évora, Universidade de Évora, 1989, Tese de Doutoramento.

MENESES, J. N. C., «A semântica de uma memória: os modos de fazer como patrimônio vivencial», in *Patrimônio imaterial em perspectiva*, A. S. Reis e B. G. Figueiredo (orgs.), Belo Horizonte, Fino Traço, 2015, p. 169-195.

MIRANDA, M. P. S.; CHIODI, C, «Proteção jurídica do patrimônio espeleológico», in *Patrimônio espeleológico em rochas ferruginosas: propostas para sua conservação no Quadrilátero Ferrífero, Minas Gerais*, U. A. Ruchkys *et. al.* (org), 1.ª ed., Campinas, Sociedade Brasileira de Espeleologia, 2015, p. 56-77.

MOCHIUTTI, N. F. *et al*., «Os valores da Geodiversidade: geossítios do Geoparque Araripe/CE», *Anuário do Instituto de Geociências – UFRJ*, N.º 35, 2012, p. 173-189.

MPMG (Ministério Público do Estado de Minas Gerais), Procedimento de Apoio à Atividade-Fim N.º 0024.15.016084.4-1, Promotoria de Justiça Estadual de Defesa do Patrimônio Histórico e Turístico, Belo Horizonte, 2015.

NASCIMENTO, M. A. L.; ROCHA, A. J. D.; NOLASCO, M. C., «Patrimônio geológico e mineiro no nordeste do Brasil», *Boletim paranaense de Geociências*, N.º 70, 2013, p. 103-119.

NASCIMENTO, M. A. L.; RUCHKYS, U. A.; MANTESSO-NETO, V., *Geodiversidade, geoconservação e geoturismo: trinômio importante para a proteção do patrimônio geológico*, 1.ª ed., São Paulo, Sociedade Brasileira de Geologia, 2008.

OST, F., *A natureza à margem da lei: a Ecologia à prova do Direito*, Tradução J. Chaves, 1.ª ed., Lisboa, Instituto Piaget, 1995.

OST, F., «"Declarareis santo o quinquagésimo ano": reflexões sobre o tempo resgatado», in *Bíblia e direito: o espírito das leis*, F. Mies (org.), 1.ª ed., São Paulo, Loyola, 2006, p. 47-65.

PACHECO, J.; BRILHA, J., «Importância da interpretação na divulgação do património geológico: uma revisão», *Comunicações geológicas*, N.º 101, 2014, p. 101-107.

SARLET, I.; FENSTERSEIFER, T., *Princípios de direito ambiental*, 1.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2014.

SCHOBBENHAUS, C.; SILVA, C. R., «O papel do Serviço Geológico do Brasil na criação de geoparques e na conservação do patrimônio geológico», in *Geoparques do Brasil: propostas*, vol. 1, C. Schobbenhaus e C. R. Silva (orgs.), Rio de Janeiro, CPRM, 2012, p. 11-28.

SERRÃO, A. V., «Paisagem e ambiente: uma distinção conceptual», *Enrahonar: quaderns de Filosofia*, N.º 53, 2014, p. 15-28.

UNESCO, *Estatutos del Programa Internacional de Ciencias de la Tierra y Geoparques* [Em linha], Unesco, 2015, [Consult. 18 jun. 2017], Disponível em http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/SC/pdf/IGGP_IGCP_UGG_Statutes_Guidelines_ES.pdf.

URQUÍ, L. C.; MARTÍNEZ, J. L.; VALSERO, J. J. D., *Patrimonio geológico y geodiversidad: investigación, conservación, gestión y relación con los espacios naturales protegidos*, Madrid, Instituto Geológico y Minero de España, 2007.

PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: DA DIRETIVA AO REGULAMENTO GERAL SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS

Tiago BRANCO DA COSTA[1]

1. A reserva da intimidade da vida privada

1.1 A reserva da intimidade da vida privada no contexto da União Europeia e em diplomas de cariz internacional

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia aclama no seu artigo 7.º, sob a epígrafe «respeito pela vida privada e familiar», que todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar. Mais reconhece, no artigo subsequente, o direito à proteção de dados de caráter pessoal, definindo, a este respeito, que os mesmos devem estar sujeitos a um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto na lei; e reconhecendo o direito de acesso e o direito de retificação do titular dos dados.

[1] Advogado, Mestrando em Direito dos Contratos e da Empresa na Escola de Direito da Universidade do Minho, Investigador do JusGov - Centro de Investigação em Justiça e Governação, Investigador do NEDIP – Núcleo de Estudos de Direito *Ius Pubblicum* e Colaborador do CEDU – Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Este artigo embora tenha sido escrito em abril de 2018, para apresentação no âmbito do Workshop Desafios do Direito no Século XXI, foi alvo de revisão por efeito da data que assinalou a aplicabilidade do RGPD (25 de maio de 2018), muito embora pudesse sofrer tantas outras alterações, por força de todos os desenvolvimentos que se têm registado neste domínio.

No artigo 16.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), estabelece-se que todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito, devendo ser estabelecidas normas específicas para este tratamento, a par do previsto no artigo 39.º do Tratado da União Europeia (TUE).

Na verdade, o TUE atribui ao Conselho a responsabilidade de estabelecer normas relativas à proteção das pessoas singulares, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelos Estados Membros, no exercício de atividades relativas à política externa e de segurança comum e à livre circulação dos mesmos.

Também a Convenção Europeia dos Direitos do Homem[2] consagra o direito ao respeito pela vida privada e familiar, onde se estipula que qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

Todavia, neste preceito, introduz-se no n.º 2, do artigo 8.º uma exceção ao regime regra, que contempla a possibilidade de ingerência no exercício deste direito por parte da autoridade pública, quando tal situação estiver prevista na lei e consubstanciar uma necessidade para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, para a defesa da ordem pública e prevenção de infrações penais, para a proteção da saúde ou da moral, ou ainda para a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Por seu turno, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP), estabelece no artigo 17.º que ninguém será objeto de intervenções arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de atentados ilegais à sua honra e à sua reputação.

Ademais, à semelhança do previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), também o PIDCP dispõe que toda e qualquer pessoa tem direito à proteção da lei contra tais intervenções ou atentados. A proclamação da DUDH, aprovada pela Resolução 217-A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, teve como desiderato o reconhecimento e o respeito universal pelos direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana. Destarte, no artigo 12.º da Declaração consagrou-se o direito à reserva da intimidade da vida privada, cujo texto de forma idêntica ao artigo 17º do PIDCP, prescreve que ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Mais se prevê, no referido preceito, que a lei deve regular o regime protecionista de cada pessoa face a tais intromissões ilícitas.

[2] A versão oficial portuguesa encontra-se publicada em Diário da República, I Série, n.º 236, de 13 de outubro de 1978.

Em suma, todos os diplomas legais, que acabamos de referir, reconhecem, em primeiro lugar, a pertinência e a importância do direito à reserva da intimidade da vida privada como direito fundamental da pessoa humana. Em segundo lugar, reconhecem a importância e a necessidade de a lei estabelecer regras e limites que tutelem tal direito fundamental. Deste modo fica patente a dimensão pessoal e humana do direito à reserva da vida privada, num contexto universal.

1.2 A tutela conferida pela Constituição da República Portuguesa

O ordenamento jurídico interno acolheu, na sua lei máxima – a Constituição da República Portuguesa (CRP) –, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, já que se trata de um direito humano e a CRP erige-se sobre a ideia da dignidade da pessoa humana. Este direito, consagrado no artigo 26.º sob a epígrafe «outros direitos pessoais», ao contrário do que vimos anteriormente, relativamente à sua consagração em alguns diplomas de cariz internacional, aparece autonomizado face ao direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, retratados no artigo 34.º. Do mesmo modo autonomizado e com interesse para o assunto em apreço, resulta o direito à utilização da informática, consagrado no artigo 35.º da CRP, que se consubstancia no direito dos cidadãos de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, ao poder de exigir a sua retificação e atualização e no direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei.

O n.º 2, do artigo 26.º da CRP, estatui que a lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias, à semelhança do que se encontra previsto nos supracitados diplomas de cariz internacional[3].

Deve-se notar que o direito à reserva da intimidade da vida privada envolve três dimensões: a primeira dimensão corresponde ao direito de oposição à investigação sobre a vida privada (*intrusion*); a segunda dimensão corresponde ao direito de oposição à divulgação da vida privada (*public disclosure of private facts*)[4]; e a terceira dimensão corresponde ao direito dos cidadãos de controlar e

[3] Cf. VITAL MOREIRA; GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 471, "O Estado não só não pode violar esse direito, mas está também obrigado a instituir mecanismos que impeçam tal violação, seja por entidades públicas ou privadas".

[4] Vd. CABRAL, Rita Amaral, *O direito à intimidade da vida privada: breve reflexão do artigo 80.º do Código Civil*, Sep. Dos Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa, [s.n.], 1988, p. .35 e segs.

gerir as informações respeitantes à sua pessoa e à sua esfera privada[5]. É precisamente esta terceira dimensão, que, nas palavras de Jorge Miranda, corresponde ao «direito à autodeterminação informacional», ou seja, o "direito de cada indivíduo dispor livremente dos respetivos dados e informações pessoais e, assim, determinar os termos de acesso e utilização por terceiros desses mesmos dados e informações"[6], que nos interessa neste particular.

Por fim, cumpre realçar a natureza e relevância deste direito fundamental, chamando à colação o artigo 18.º da CRP, que prevê, expressamente, que os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis[7].

1.3 A tutela conferida pelo Código Civil

O título II do Código Civil dedica a sua atenção às relações jurídicas, começando por regular no subtítulo I as pessoas, que, por sua vez, no capítulo I, trata das pessoas singulares, na secção II dos direitos de personalidade e, prescrevendo, por conseguinte, no artigo 80.º o direito à reserva da intimidade da vida privada. É precisamente sob a epígrafe «Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada», que o Código Civil português estabelece que todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem, sendo certo que

---

[5] Vd. PINHEIRO, Alexandre Sousa, *Privacy e Proteção de Dados Pessoais: a Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*, Lisboa, AAFDL, 2015, p. 787 e segs.

[6] Cf. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 620. Vd. a este respeito Lei da Proteção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98, de 26 de outubro) e Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

[7] Vd. MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, 1.ª edição, Coimbra, Almedina, 2016, p. 354, "Enquanto que antes o exercício dos direitos dependia da sua regulamentação, hoje as normas constitucionais adstringem os comportamentos de todos os órgãos e agentes do poder e conformam as suas relações com os cidadãos sem necessidade de mediatização legislativa". No mesmo sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p. 1178 e segs., "Aplicabilidade direta significa, desde logo, nesta sede – direitos, liberdades e garantias – a rejeição da «ideia criacionista» conducente ao desprezo dos direitos fundamentais enquanto não forem positivados a nível legal. (…) Aplicação direta não significa apenas que os direitos, liberdade e garantias se aplicam independentemente da intervenção legislativa (cfr. arts. 17.º e 18.º/1). Significa também que eles valem diretamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a constituição (cfr. CRP, art. 18.º/3)"; e ainda MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 365, onde se lê que "o legislador ordinário regulamenta simplesmente as normas constitucionais auto-exequíveis e concretiza as normas não exequíveis".

a extensão desta reserva é definida, casuisticamente, em função da natureza do caso e da condição das pessoas[8].

Num domínio em que imperam os princípios da autonomia privada e da liberdade contratual, que caracterizam os sistemas jurídicos romanísticos, não se podia deixar de observar a necessidade e inevitabilidade de adequação e atualização do conceito de intimidade às circunstâncias do caso a que se aplica.

Na verdade, de acordo com Abílio Neto, a dignidade da pessoa humana impõe a necessidade de reconhecimento de um espaço de privacidade onde os cidadãos possam estar à vontade, sem que qualquer outra pessoa possa, curiosamente, intrometer-se, pelo que qualquer limitação a este espaço de privacidade deve ser encarada como uma exceção[9].

A rematar a secção dos direitos de personalidade surge o artigo 81.º, respeitante à limitação voluntária destes direitos, com uma abrangência muito lata em relação ao titular dos mesmos. Com efeito, esta limitação está sempre cerceada pelos princípios da ordem pública, sob pena de nulidade[10]. Para além disso, a limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, não obstante a possível obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da contraparte.

1.4 A tutela conferida pelo Código Penal

A parte especial do Código Penal português (CP) também dedica um capítulo (VII) aos crimes contra a reserva da vida privada, concretamente inserido

---

[8] Vd. GONZÁLEZ, José, *Código Civil Anotado*, Vol. I, Parte Geral, 1.ª edição, Lisboa, Quid Juris, 2011, p. 112, "Buscou-se alguma orientação, sobretudo, no disposto no n.º 3 do artigo 35.º da Constituição. E, da formulação adotada, parece poder concluir-se com segurança que se perfilhou um entendimento segundo o qual a intimidade da vida privada pode ser definida em termos absolutos, isto é, em moldes que permitem identificar um núcleo intangível de dados ou informações pessoais que, em caso algum, podem ser objeto de intromissão não autorizada. Sobre este âmago, a ´condição das pessoas` ou a ´natureza do caso` não interferem".

[9] Cf. NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 19.ª edição, Lisboa, Editorial Minerva, 2016, p. 72 e segs.

[10] Esta norma consubstancia uma importante exceção à regra contida no n.º 1, do artigo 406.º do CC. Vd. a este respeito GONZALEZ, *Código Civil*... op. cit., p. 115, "De harmonia com a máxima *´volenti non fit iniuria`*, admite-se que o titular de algum direito de personalidade possa dar consentimento a que uma conduta alheia suscetível de o lesar, efetivamente sobrevenha, legitimando assim, através da autolimitação permitida, o comportamento de quem produzir uma intromissão na sua esfera jurídica. Não se pode descartar, porém, a regra *´dominus membrorum suorum nemo videtur`*. O que significa que nem qualquer consentimento é valido ou, que o é o mesmo, que nem todo o consentimento legitima a intervenção na esfera jurídica de quem em tal assentiu". A respeito da limitação voluntária dos direitos de personalidade, VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direitos de personalidade*, 1.ª edição (reimpressão), Coimbra, Almedina, 2017, p. 165-168.

no Título I, dos crimes contra as pessoas, nos artigos 190.º a 198.º. Por força do disposto no artigo 198.º do CP, todos os crimes previstos no capítulo que acabamos de referir são crimes de natureza semipública, à exceção do crime de devassa por meio de informática, previsto e punido pelo artigo 193.º. Não descurando a relevância de todos os preceitos incluídos neste capítulo, cumpre-nos assinalar aqueles que, no caso *sub judice*, revestem particular importância.

O artigo 192.º, sob a epígrafe «devassa da vida privada», pune os comportamentos de quem, sem consentimento e com a intenção de devassar a vida privada das pessoas, intercetar, gravar, registar, utilizar, transmitir ou divulgar conversa, comunicação telefónica, mensagens de correio eletrónico ou faturação detalhada; captar, fotografar, filmar, registar ou divulgar imagem das pessoas ou de objetos ou espaços íntimos; observar ou escutar ocultamente pessoas. Por sua vez, o artigo 193.º, conforme referido supra, prevê a devassa por meio de informática e pune quem criar, mantiver ou utilizar ficheiro automatizado de dados individuais identificáveis e referentes a convicções políticas, religiosas ou filosóficas, à filiação partidária ou sindical, à vida privada, ou a origem étnica.

Apesar das penas previstas para cada tipo legal de crime que acabamos de referir serem relativamente leves, o artigo 197.º prevê a agravação das respetivas penas, no caso particular dos crimes previstos e punidos pelos artigos 190.º a 195.º, em um terço dos seus limites mínimos e máximos, se o facto for praticado para obter uma recompensa ou um enriquecimento (quer para o agente, quer para terceiro); se for praticado para causar prejuízo a outra pessoa ou ao Estado; ou se for praticado através de meio de comunicação social.

Esta agravação é, particularmente, relevante para a temática que temos vindo a tratar. Na verdade, o tratamento dos dados pessoais efetuado por inúmeros agentes económicos visa essencialmente a recompensa e/ou o enriquecimento. Aliás, como veremos adiante, o cerne de alguns negócios (que buscam o lucro) é, efetivamente, o tratamento de dados pessoais (desconhecido pelos próprios titulares).

1.5 *A tutela conferida pelo Código do Trabalho*

Em 2003, o Código do Trabalho (CT) passou a regular, pela primeira vez, os direitos de personalidade no contexto laboral. Entretanto, operada a reforma da lei laboral de 2009 manteve-se a tutela dos direitos de personalidade no contexto laboral, tendo-se passado a regular tal matéria, concretamente, nos artigos 14.º a 22.º. Com especial relevo, o artigo 16.º do CT, consagra o dever de reserva da intimidade da vida privada, a ser respeitado pelo trabalhador e pelo empregador, relativamente à contraparte. Neste particular, o legislador teve também o cuidado de especificar que o direito à reserva da intimidade da vida privada

abrange não só o acesso, mas também a divulgação de aspetos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes.

Não obstante estarmos perante uma relação jurídica assimétrica, o legislador muniu-se de especial cuidado na redação deste preceito, ao ponto de instituir tal tutela relativamente aos direitos do trabalhador e aos direitos do empregador. Significa isto que apesar da posição desigual das partes (noutro domínio), ambas gozam da mesma dignidade humana[11].

Estas dimensões correspondem àqueles direitos que referimos supra, por um lado o direito de oposição à investigação sobre a vida privada, e, por outro lado, ao direito de oposição à divulgação da vida privada. Todavia, na interpretação jurídico-constitucional deste direito fundamental, referimo-nos a uma terceira dimensão correspondente ao direito de autodeterminação informacional, caracterizado pelo direito dos cidadãos de controlar e gerir as informações respeitantes à sua pessoa e à sua esfera privada. Esta terceira dimensão, sem prejuízo das necessárias limitações inerentes à própria natureza da relação jurídica, veio a ser consagrada no artigo 17.º, n.º 3 do CT, onde se reconhece o "direito ao controlo dos respetivos dados pessoais, podendo tomar conhecimento do seu teor e dos fins a que se destinam, bem como exigir a sua retificação e atualização".

Veremos, adiante, que o desiderato do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados é, precisamente, a afirmação deste direito fundamental como um direito humano imprescindível no mundo tecnológico atual, através de uma consciencialização dos seus titulares da importância e dos riscos associados ao tratamento de dados pessoais. Este preceito legal é, por sua vez, concretizado pelos artigos subsequentes. Senão vejamos.

O art. 17.º do CT dedica-se, especialmente, ao tratamento da proteção de dados pessoais arrolando as informações que o empregador não pode exigir a um candidato a emprego ou a um trabalhador. Note-se a especial relevância conferida aos dados pessoais por este preceito legal, que estabelece que no caso de necessidade de acesso a informações sobre a saúde ou estado de gravidez do candidato a emprego ou trabalhador, as mesmas sejam prestadas apenas a médico, que, por sua vez, apenas está autorizado a transmitir a aptidão ou inaptidão do candidato ou trabalhador. Também revelador da importância conferida aos

---

[11] De ressalvar o facto de a igualdade de tratamento ao nível da reserva da intimidade da vida privada, sob o pretexto da dignidade da pessoa humana, só se aplicar e justificar no caso de o trabalhador e o empregador serem ambos pessoas jurídicas singulares. A este respeito vd. MOREIRA; CANOTILHO, *Constituição da República Portuguesa*... op. cit., p. 474, "Pela mesma razão de ser um direito eminentemente pessoal, não faz sentido estendê-los globalmente às pessoas coletivas (art. 12.º-2), salvo quanto a alguns aspetos, designadamente a capacidade civil, a cidadania, o bom nome e reputação. Todavia, mesmo aí a intensidade da proteção desses direitos das pessoas coletivas não é a mesma que a das pessoas físicas ou humanas".

dados pessoais é o facto de as exceções previstas para as situações elencadas no n.º 1, do artigo 17.º deverem ser devidamente justificadas, por escrito.

Por seu turno, o artigo 18.º ocupa-se do tratamento dos dados biométricos, aplicando-se, neste domínio, o princípio da proporcionalidade (concretizado nos subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido restrito)[12].

Neste domínio, e à semelhança do que se verifica a respeito da utilização dos meios de vigilância à distância, a regra é a da conservação dos dados durante o período necessário à prossecução do fim a que se destinam, bem como, a regra da sua destruição ao tempo da transferência do trabalhador para outro local de trabalho ou da cessação do contrato de trabalho.

Ademais, os artigos 20.º e 21.º ocupam-se dos meios de vigilância à distância, determinando, de forma perentória, a impossibilidade da sua utilização para efeitos de controlo do desempenho do trabalhador. Uma vez mais, cumpre-nos assinalar que o disposto no artigo 21.º do CT relativamente à autorização de utilização de meios de vigilância à distância no local de trabalho, por parte da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD), surge alterada com o RGPD.

---

[12] O subprincípio da necessidade, também designado como princípio da exigibilidade ou princípio da menor ingerência possível postula que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Está em causa a demonstração de que, para aquele determinado fim, não é possível adotar outro meio igualmente eficaz, mas menos oneroso para o cidadão. O princípio da adequação exige que a medida adotada seja adequada à prossecução do fim a que se destina. Depois de verificada a necessidade e a adequação da medida adotada, há ainda a necessidade de averiguar se o resultado obtido com a aplicação da norma é proporcional à sua onerosidade. Este princípio da proporcionalidade em sentido restrito consiste, assim, num juízo de ponderação entre os meios e os fins. Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, reimp., Coimbra, Almedina, 2017, p. 266 e segs.; e MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 327 e segs.

Vd., a este respeito, parecer da CNPD, "Princípios sobre a utilização de dados biométricos no âmbito do controlo de acessos e de assiduidade", disponível em https://www.cnpd.pt, Considerando 33: "Os dados em si mesmos (impressão digital, geometria facial, íris ou retina) não se enquadram no conceito de «vida privada», nem as finalidades prosseguidas permitem um enquadramento dessas categorias de dados na previsão do artigo 7.º n.º 1 da Lei 67/98"; Considerando 47: "A simples operação de recolha, em exclusivo, para fins de controlo de assiduidade do trabalhador não afeta o direito à identidade pessoal e da intimidade da vida privada, garantidas constitucionalmente no artigo 26.º da CRP"; e Considerando 49: "Não é o dado biométrico em si mesmo que pode afetar o direito à privacidade da pessoa, mas a finalidade com que é utilizado e os riscos que apresenta para a própria pessoa (risco de discriminação ou de cruzamento com outros sistemas, consequências produzidas em razão da sua falta de fiabilidade, efeitos na sua esfera pessoal no caso de falsificação ou usurpação da característica biométrica)".

Vd. MARTINS, João Nuno Zenha, *O Genoma Humano e a Contratação Laboral: Progresso ou Fatalismo?,* 1.ª edição, Oeiras, Celta Editora, 2002, p. 47 e segs..

Com efeito, com a implementação do RGPD pretende-se a transição de um mercado de hétero regulação para um mercado de autorregulação, o que significa que as operações sujeitas a autorização prévia da CNPD deixam de existir e passam a ser da responsabilidade das entidades que as pretendam efetivar (responsáveis pelo tratamento de dados), ao abrigo e nos termos do disposto no RGPD e na (futura e nova?) Lei da Proteção de Dados Pessoais.

Em último lugar, a subsecção dos direitos de personalidade aborda no artigo 22.º, a «confidencialidade de mensagens e de acesso à informação», onde se regula a proteção do trabalhador, enquanto titular do direito de reserva e confidencialidade, relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso a informação de caráter não profissional que envie, receba ou consulte no contexto laboral[13].

2. A Diretiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, 24 de outubro de 1995 e a Lei da Proteção de Dados Pessoais

O desiderato da Diretiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, 24 de outubro de 1995 foi, precisamente, o mesmo que originou o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados. Estava e está em causa estabelecer uma união cada vez mais estreita entre os povos europeus, fomentar relações mais próximas entre os Estados Membros, assegurar o progresso económico e social mediante ações comuns para eliminar eventuais obstáculos à implementação de regras comuns, promover a melhoria constante das condições de vida dos cidadãos da União, preservar e consolidar a paz e a liberdade e promover a democracia com base nos direitos fundamentais[14].

---

[13] A este respeito vd. BRANCO DA COSTA, Tiago, *A tutela do direito à intimidade da vida privada no Código do Trabalho: o artigo 22.º como concretização da proteção contra a intromissão na esfera privada tutelada pelo artigo 22.º*, in *Direito na Lusofonia: Direito e Novas Tecnologias*, Clara Calheiros (coord.), Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, Centro de Investigação em Justiça e Governação (Jusgov), 2018, p. 501-511; MOREIRA, Teresa Coelho, *A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador*, 1.ª edição, Coimbra, Almedina, 2010, p. 782 e ss.; e VASCONCELOS, Joana, *O Contrato de Trabalho. 100 Questões*, 5.ª edição, Lisboa, Universidade Católica, 2017, p. 91-93.

[14] Cf. FUSTER, Gloria González, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Law, Governance and Technology, Series 16, Switzerland, Springer, 2014, p. 124 e segs.

A (ainda!) a atual Lei da Proteção de Dados Pessoais[15] transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva n.º 95/46/CE, relativa à proteção das pessoas singulares, no que diz respeito ao tratamento dados pessoais e à livre circulação desses dados. Na verdade, a Lei da Proteção de Dados Pessoais consagrou um leque de direitos dos titulares de dados pessoais, que, como veremos adiante, saiu reforçado no âmbito do RGPD, estabelecendo o direito de informação (artigo 10.º), o direito de acesso (artigo 11.º), o direito de oposição do titular dos dados (artigo 12.º) e o direito a não ser alvo de decisões automatizadas (artigo 13.º).

Também no domínio desta lei, fixou-se um conjunto de deveres de conduta e tratamento de dados por parte dos responsáveis pelo tratamento e por parte dos subcontratados. Ao mesmo nível, esboçou-se um quadro de tutela dos direitos dos titulares de dados pessoais, embora não tão reforçado quanto o previsto no RGPD. De facto, ao nível da tutela dos direitos dos titulares dos dados pessoais verifica-se um aumento e um reforço significativos, conforme veremos, pormenorizadamente adiante, sendo certo que o regime sancionatório também saiu reforçado.

3. O Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD)

3.1 O Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados: uma medida de política internacional?

O Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE, designado por Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, ou apenas por RGPD, trouxe à colação a discussão em torno da privacidade e dos direitos fundamentais que assistem ao cidadão dotado de dignidade humana.

A evolução exasperada da tecnologia contribuiu, significativamente, para um aumento do tráfego dos dados pessoais no mercado interno, e até fora dele, e para uma aproximação (virtual) dos cidadãos na União Europeia e no mundo em geral. A par disto, o facto de se ter regulado inicialmente esta matéria através de uma diretiva, permitiu que cada Estado Membro, através da respetiva transposição para o ordenamento interno, regulasse, da forma que considerasse

[15] Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, cuja última alteração foi introduzida pela Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto.

mais adequada, cada uma das temáticas[16]. E foi, precisamente, com o propósito de assegurar um nível coerente de proteção das pessoas singulares no âmbito da União Europeia e de evitar que as divergências constituíssem um obstáculo à livre circulação de dados pessoais no mercado interno que se elaborou o RGPD, conforme resulta do Considerando 13[17].

Não obstante, o quadro legislativo que até então se encontrava em vigor, era concretamente díspar, relativamente a cada um dos Estados Membros, em virtude do espaço de discricionariedade conferido pela Diretiva, conforme já assinalamos. Deste modo, é por causa e no contexto desta diferença que resultam as dificuldades na implementação e na aplicação dos ditames do RGPD. Para além das razões e objetivos já apontados, e que constam, inclusivamente, do preâmbulo do regulamento, outras explicações têm sido encontradas para a emanação deste diploma legal no âmbito da União Europeia.

Como veremos de seguida, o âmbito de aplicação deste regulamente é consideravelmente amplo, ao ponto de vincular responsáveis pelo tratamento de dados que se encontrem fora da União Europeia, mas que interajam com cidadãos da União Europeia ou até mesmo com cidadãos estrangeiros que se encontrem em território da União Europeia. Isto significa que, por exemplo, uma empresa norte americana que comercialize determinado produto no mercado da União Europeia seja obrigada, no âmbito da atividade desenvolvida nesse território, a respeitar as normas impostas pelo RGPD.

---

[16] Com efeito, de acordo com o disposto no artigo 288.º, do Tratado de Funcionamento da União Europeia, §3, a diretiva vincula o Estado Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. As duas principais finalidades prosseguidas pelas diretivas são a concretização do programa de liberalização da circulação e a harmonização das ordens jurídicas nacionais com o Direito da União Europeia.

Cf. QUADROS, Fausto de, *Direito da União Europeia*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2015, p. 468 e segs. Vd. Acórdãos do TJUE, Ac. Kloppenburg, de 22/02/1984, proc. 70/83; Ac. Comissão c. Itália, de 27/04/1989, proc. 324/87; e Ac. Van Gend & Loos, de 05/02/1963, proc. 26/62.

[17] O regulamento, de acordo com o disposto no artigo 288.º, §2, do Tratado de Funcionamento da União Europeia, é obrigatório em todos os seus elementos (isto é quanto ao resultado e quanto à forma e meios) sendo também diretamente aplicável em todos os Estados Membros. Este regime não significa que o regulamento não possa, excecionalmente, atribuir, aos Estados Membros algum espaço de liberdade de decisão ou preenchimento de lacunas, referente a alguns aspetos nele previstos. Nestes termos, a aplicabilidade direta do regulamento não está sujeita a qualquer medida nacional de receção e, conforme nos ensina QUADROS, *Direito da União Europeia*, op. cit., p. 465, "não pode, de algum modo, ser travada ou condicionada por qualquer medida desse género".

Vd. Considerando 10 do RGPD, onde se diz que "É conveniente assegurar em toda a União a aplicação coerente e homogénea das regras de defesa dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais".

Neste sentido, tem-se entendido que a adoção deste regulamento pode consistir numa medida de política internacional, capaz de impor a presença da União Europeia no mundo. Por outro lado, a regulamentação de tais matérias, por via de regulamento, contribui, também, significativamente, para a afirmação da cidadania europeia, prevista, entre outros, no artigo 20.º do TFUE[18].

3.2 Âmbito de aplicação material

O RGPD aplica-se ao tratamento de dados pessoais por meios, total ou parcialmente, automatizados e por meios não automatizados, contidos em ficheiros ou a eles destinados. A definição do âmbito de aplicação material nestes termos é consideravelmente lata, pelo que o n.º 2, do artigo 2.º elenca as situações que se encontram excluídas deste âmbito de aplicação.

Em primeiro lugar, fica excluído o tratamento de dados pessoais que se efetue no exercício de atividades não sujeitas à aplicação do direito da União Europeia, como é o caso, por exemplo, da segurança nacional. Em segundo lugar, o tratamento que seja efetuado pelos Estados Membros no exercício de atividades abrangidas pelas disposições específicas relativas à política externa e segurança comum da União Europeia também se encontra naturalmente excluído. Ademais, em terceiro lugar, encontra-se excluído do âmbito de aplicação, o tratamento de dados efetuado por uma pessoa singular no exercício de atividades exclusivamente pessoais ou domésticas, já que se tratam de matérias sem conexão com uma atividade profissional ou comercial.

E, por fim, exclui-se, também, o tratamento efetuado por autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais ou da execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública. Assim é, uma vez que, neste domínio, é aplicável a Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativa à proteção das pessoas singulares, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais e à livre circulação desses dados, que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/AI do Conselho.

Não obstante, e uma vez que a referida Diretiva possibilita que os Estados Membros confiem às autoridades competentes funções não necessariamente a executar para efeitos de prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais ou da execução de sanções penais, incluindo salvaguarda e a prevenção

[18] Vd. KISS, Attila; SZÖKE, Gergely László, «Evolution or Revolution? Steps Forward to a New Generation of Data Protection Regulation», in *Reforming European Data Protection Law*, Serge Gutwirth, Ronald Leenes, Paul de Hert (eds.), Law, Governance and Technology Series 20, Dordrecht, Springer 2015, págs. 311 e segs..

de ameaças à segurança pública, o tratamento de dados pessoais para esses outros fins, na medida em que se insiram na esfera do direito da União Europeia, encontra-se abrangido pelo âmbito de aplicação do RGPD[19].

No que respeita ao tratamento de dados pessoais para cumprimento de uma obrigação jurídica, para o exercício de funções de interesse público ou o exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento, os Estados Membros deverão poder manter ou aprovar disposições nacionais para especificar a aplicação das regras do RGPD.[20] Neste particular, onde se incluem, nomeadamente, as atividades dos tribunais e de outras autoridades judiciais, coloca-se a possibilidade de cada Estado Membro determinar quais as operações e os procedimentos a seguir pelos tribunais e outras autoridades judiciais para o tratamento de dados pessoais. Do mesmo modo, estas matérias devem estar subtraídas à competência das autoridades de controlo, a fim de se assegurar a independência do poder judicial, no exercício da sua função jurisdicional, nomeadamente a tomada de decisões[21].

3.3 *Âmbito de aplicação territorial*

No que diz respeito à aplicação territorial, dispõe o artigo 3.º do RGPD que o mesmo se aplica ao tratamento de dados pessoais efetuado no contexto de atividades de um estabelecimento de um responsável pelo tratamento ou de um subcontratado situado no território da União Europeia, independentemente de o tratamento ocorrer dentro ou fora da União Europeia. Convém, ainda, especificar que o estabelecimento pressupõe o exercício efetivo e real de uma atividade com base numa instalação estável. Todavia, o facto de se tratar de uma sucursal ou filial com personalidade jurídica, tal não exclui a aplicabilidade do regulamento.

O RGPD aplica-se, igualmente, ao tratamento de dados pessoais de titulares que se encontrem no território da União Europeia, efetuado por um responsável pelo tratamento ou subcontratado não estabelecido na União, quando as atividade de tratamento estejam relacionadas com a oferta de bens ou serviços a esses titulares de dados da União Europeia, independentemente da exigência de os titulares dos dados procederem a um pagamento; ou com o controlo do seu comportamento, desde que esse comportamento tenha lugar na União Europeia. No primeiro caso, para aferir se o responsável pelo tratamento ou subcontratado oferece ou não bens ou serviços aos titulares dos dados que se encontrem na União, há que determinar em que medida é evidente a sua intenção de oferecer

[19] Cf. Considerando 19 e art.2.º, do RGPD.

[20] Cf. Considerando 10 e art.1.º, do RGPD.

[21] Cf. Considerando 19, §2 e considerando 20, ambos do RGPD.

tais serviços a titulares de dados num ou mais Estados Membros da União Europeia.

No segundo caso, para aferir se uma atividade de tratamento pode ser enquadrada numa situação de «controlo de comportamento» de titulares de dados, deve-se averiguar se os titulares dos dados são seguidos na internet e se existe uma potencial utilização subsequente de técnicas de tratamento de dados pessoais, que consistam em definir o perfil de uma pessoa singular, especialmente, para tomar decisões relativas a essa pessoa, ou analisar ou prever as suas preferências, o seu comportamento e as suas atitudes[22].

Por fim, deve-se salientar que o RGPD é aplicável ao tratamento de dados pessoais efetuado por um responsável pelo tratamento, estabelecido ou não na União Europeia, mas num lugar em que se aplique o direito de um Estado Membro, por força do direito internacional público.

3.4 Os novos direitos dos titulares de dados pessoais

No âmbito do RGPD, os direitos dos titulares dos dados pessoais foram alargados em relação à lei atual, que transpôs a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, tendo-se reconhecido o direito à limitação do tratamento e o direito à portabilidade dos dados. De igual modo, estabeleceram-se novos requisitos quanto ao direito à eliminação dos dados e quanto à notificação de terceiros sobre a retificação, apagamento ou limitação de tratamento solicitados pelos titulares dos dados.

O RGPD consagra um conjunto de direitos que assistem ao titular dos dados, a saber: direito à informação (artigos 13.º e 16.º), direito de acesso (artigo 15.º), direito de corrigir, apagar e limitar (artigos 16.º a 19.º), direito de oposição (artigo 21.º), direito a não ser alvo de decisões automatizadas (artigo 22.º), direito à portabilidade (artigo 20.º) e o direito à comunicação de violação de dados pessoais (artigo 34.º). Em primeiro lugar, assiste ao titular dos dados o direito a ser informado dos elementos elencados no artigo 13.º (respeitantes ao momento em que os dados são recolhidos junto do titular) e no artigo 14.º (devidos quando os dados pessoais não são recolhidos junto do titular), bem como, a qualquer comunicação prevista nos artigos 15.º a 22.º e 34.º, a respeito do tratamento.

[22] Cf. Considerando 24 e art. 3.º do RGPD.

A informação devida ao titular dos dados deve ser prestada por escrito[23] e deve ser concisa, transparente[24], inteligível e de fácil acesso, utilizando uma linguagem clara e simples, em especial quando as informações são dirigidas, especificamente, a crianças. Com efeito, ao longo do Regulamento é conferida especial atenção aos direitos das crianças, já que estes titulares de dados pessoais estarão, em princípio, menos cientes dos riscos, consequências e garantias em questão, bem como dos direitos que lhes assistem, relacionados com o tratamento dos dados pessoais.

Mais adiante, consigna-se o direito de acesso do titular dos dados, no artigo 15.º do RGPD, ao abrigo do qual o titular dos dados tem o direito de obter, do responsável pelo tratamento, a confirmação de que os seus dados pessoais são ou não objeto de tratamento; e, se, em caso afirmativo, o direito de aceder aos seus dados e a outras informações, como sejam as finalidades do tratamento dos dados, as categorias dos dados pessoais em questão, o direito de apresentar reclamação a uma autoridade de controlo, os destinatários ou categorias de destinatários a quem os dados pessoais foram ou serão divulgados, nomeadamente os destinatários estabelecidos em países terceiros ou pertencentes a organizações internacionais, entre outros. O titular dos dados dispõe, igualmente, do direito de retificação, sem demora injustificada dos dados pessoais inexatos que lhe digam respeito; ou, tendo em conta a finalidade do tratamento, o direito a que os seus dados sejam completados[25].

Por sua vez, no artigo 17.º do RGPD consagra-se o direito ao apagamento dos dados, também designado direito a ser esquecido ou direito ao esquecimento[26]. Este direito confere ao titular dos dados a possibilidade de obter do responsável pelo tratamento dos dados o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada. Outra novidade introduzida no RGPD é o direito de portabilidade dos dados, através do qual o titular dos dados tem a possibilidade de receber os dados pessoais que lhe digam respeito e que tenha facultado a um responsável pelo tratamento, num formato estruturado (a definir?), de uso corrente e de leitura automática e de os transmitir a outro responsável. Ademais, o titular

---

[23] De acordo com o disposto na parte final, do n.º 1, do artigo 12.º do RGPD a informação pode ser prestada mediante solicitação do titular dos dados, oralmente, desde que a identidade do titular seja comprovada por outros meios.

[24] Vd. Considerando 39 do RGPD, onde se diz que "o princípio da transparência exige que as informações ou comunicações relacionadas com o tratamento desses dados pessoais sejam de fácil acesso e compreensão, e formuladas numa linguagem clara e simples".

[25] Cf. artigo 16.º do RGPD.

[26] Cf. SARTOR, Giovanni, «The Right to be Forgotten: Dynamics of Privacy and Publicity», in *Protection of Information and the Right to Privacy – A New Equilibrium?*, Luciano Floridi (ed.), Law, Governance and Technology, Series 17, Cham, Springer, 2014, p. 1 e segs.

dos dados tem direito a que os dados pessoais sejam transmitidos diretamente entre os responsáveis pelo tratamento, sempre que tal seja tecnicamente possível.

O direito de oposição reconhecido no artigo 21.º do RGPD confere ao titular a possibilidade de se opor, a qualquer momento, por motivos relacionados com a sua situação particular, ao tratamento dos seus dados pessoais, incluindo a definição de perfis com base nessas disposições. Do mesmo modo, o artigo 22.º referente a decisões individuais automatizadas, incluindo definição de perfis, reconhece ao titular dos dados o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada, exclusivamente, com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete, significativamente, de forma similar. Por fim, mas não menos importante, reconhece-se ao titular dos dados um direito de comunicação de violação de dados pessoais. Significa isto que, verificando-se uma violação dos dados pessoais, suscetível de implicar um elevado risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares, o responsável pelo tratamento deve comunicar, sem demora injustificada, a respetiva violação dos dados pessoais ao seu titular.

O reconhecimento destes novos direitos aos titulares dos dados pessoais obriga, seguramente, a uma nova disciplina por parte dos responsáveis pelo tratamentos de dados pessoais, pois estes encontram-se obrigados a dar resposta às solicitações dos titulares dos dados, nos prazos estabelecidos e nos termos definidos no RGPD, bem como a respeitar os termos legais impostos para o tratamento lícito dos dados pessoais, sob pena de incorrerem em sanções por parte da autoridade fiscalizadora competente[27].

Neste sentido, e no espírito do RGPD, devem ser estabelecidas regras para facilitar o exercício, pelos titulares dos dados, dos direitos que lhes são reconhecidos ao abrigo do regulamento, incluindo procedimentos para solicitar e, sendo caso disso, para obter gratuitamente o acesso a dados pessoais, a sua retificação ou o seu apagamento e o exercício do direito de oposição. Conforme assinala a própria Comissão Nacional de Proteção de Dados, estando nós perante direitos fundamentais dos cidadãos, esta é uma área de intervenção essencial, a qual sofreu várias alterações do ponto de vista procedimental, pelo que requer a maior cautela na sua adaptação às novas disposições legais.

3.5 Os direitos dos titulares dos dados: que tutela?

O RGPD publicado no Jornal Oficial da União Europeia em 04 de maio de 2016, entrou em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação, muito

[27] Vd. TREPTE, Sabine, et. al., «Do People Know About Privacy and Data Protection Strategies? Towards the "Online Privacy Literacy Scale" (OPLIS)», in *Reforming European*… op. cit., p. 367 e segs.

embora só tenha gozado de aplicabilidade desde o dia 25 de maio de 2018. Conforme temos vindo a assinalar, embora estejamos perante uma atualização da regulamentação já existente no domínio da proteção de dados pessoais, o certo é que o novo regulamento trouxe consigo importantes e significativas novidades que obrigam as entidades públicas e privadas a adotar novos comportamentos e a adaptar as suas condutas às novas regras. A par disso, novos direitos foram conferidos aos titulares dos dados pessoais e alguns deles reforçados.

Perante o quadro legal esboçado pelo RGPD é imperioso decifrar que tutela é conferida aos titulares de dados pessoais e de que forma poderão estes reagir a eventuais violações às regras impostas em matéria de tratamento de dados pessoais. O RGPD prescreveu, a este respeito, concretamente no artigo 51.º, que os Estados Membros devem designar uma ou mais autoridades públicas independentes, responsáveis pela fiscalização da aplicação do regulamento, com o propósito de defender os direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares relativamente ao tratamento, e facilitar a livre circulação desses dados na União Europeia. Estas autoridades de controlo encontram-se, assim, dotadas de poderes de investigação, de correção, de consulta e de autorização. Nestes termos, e referindo-nos concretamente, à tutela dos direitos dos titulares dos dados pessoais, devemos começar por assinalar o direito de apresentar reclamação a uma autoridade de controlo.

Com efeito, sem prejuízo de qualquer outra via de recurso administrativo ou judicial, todos os titulares de dados têm direito a apresentar qualquer reclamação a uma autoridade de controlo, em especial no Estado Membro da sua residência habitual, do seu local de trabalho, ou do local onde foi, alegadamente, praticada a infração. Na sequência da reclamação apresentada, fica a autoridade de controlo incumbida de informar o autor da reclamação sobre o andamento e o resultado da mesma, bem como sobre a possibilidade de intentar a competente ação judicial.

Em segundo lugar, o RGPD prevê o direito à ação judicial contra uma autoridade de controlo, onde estatui que todas as pessoas singulares ou coletivas têm direito à ação judicial contra as decisões juridicamente vinculativas das autoridades de controlo que lhes digam respeito[28]. Todavia, a tutela dos titulares de dados pessoais não se esgota nestas duas vias de recurso. Na verdade, o RGPD consagrou, ainda neste domínio, um direito à ação judicial contra um responsável pelo tratamento de dados ou um subcontratado. Nos termos do disposto no artigo 79.º do RGPD, todos os titulares de dados pessoais têm direito à ação judicial se considerarem ter havido violação dos direitos que lhes assistem, na

[28] Por sua vez, os recursos contra as autoridades de controlo são interpostos nos tribunais do Estado Membro em cujo território se encontram estabelecidas.

sequência do tratamento dos seus dados pessoais, efetuado em violação dos ditames do regulamento.

As ações judiciais intentadas contra os responsáveis pelo tratamento de dados ou contra os subcontratados são propostas nos tribunais do Estado Membro em que tenham estabelecimento. Não obstante, podem as referidas ações judiciais ser propostas nos tribunais do Estado Membro em que o titular dos dados tenha residência habitual, salvo se o responsável pelo tratamento ou o subcontratado for uma autoridade de um Estado Membro, no exercício dos seus poderes públicos.

O artigo 80.º do Regulamento confere aos Estados Membros a possibilidade de constituir um organismo, organização ou associação sem fins lucrativos, cujos objetivos estatutários sejam do interesse público e cuja atividade abranja a defesa dos direitos e liberdades do titular dos dados no que respeita à proteção dos seus dados pessoais, para que os titulares dos dados possam mandatar essa entidade para, em seu nome, apresentar reclamação, exercer os direitos previstos nos artigos 77 a 79.º, e exercer o direito de receber uma indemnização (numa solução semelhante à prevista na Lei n.º 83/95, de 31 de agosto - Direito de Participação Procedimental e de Ação Popular). Ainda no domínio da tutela dos direitos e liberdades dos titulares de dados pessoais, deve-se ter em devida conta o direito de indemnização e responsabilidade patente no artigo 82.º do Regulamento. Nos termos deste preceito legal, qualquer pessoa que tenha sofrido danos materiais ou imateriais, devido a uma violação do RGPD, tem direito a receber uma indemnização do responsável pelo tratamento ou do subcontratado, pelos danos sofridos.

Neste domínio cumpre assinalar que qualquer responsável pelo tratamento de dados que esteja envolvido nesse tratamento é responsável pelos danos causados por um tratamento que viole o Regulamento. Por seu turno, o subcontratado é responsável pelos danos causados pelo tratamento apenas no caso de não ter cumprido as obrigações decorrentes do Regulamento dirigidas, especificamente, aos subcontratados, ou se não tiver seguido, escrupulosamente, as instruções lícitas do responsável pelo tratamento.

A responsabilidade que recai sobre o responsável pelo tratamento dos dados e sobre o subcontratado é uma responsabilidade solidária, pois quando esteja em causa a atuação de mais do que um responsável pelo tratamento ou mais do que um subcontratado, ou quando esteja em causa a atuação de um responsável pelo tratamento de dados e um subcontratado, cada responsável pelo tratamento de dados ou subcontratado é responsável pela totalidade dos danos, a fim de assegurar a efetiva indemnização ao titular dos dados. Existe, outrora, o direito de regresso entre o(s) responsável(eis) pelo tratamento de dados e o(s) subcontratado(s), quando um deles tenha pago uma indemnização integral pe-

los danos sofridos pelo titular dos dados, relativamente à correspetiva parte de responsabilidade pelo dano causado.

Por fim, deve-se uma breve referência à matéria de aplicação de coimas por parte das autoridades de controlo, muito embora já não estejamos, diretamente, perante o quadro de tutela dos direitos dos titulares de dados pessoais. Com efeito, compete às autoridades de controlo a aplicação das coimas, sendo certo que os sujeitos passivos são, nestes casos, os responsáveis pelo tratamento de dados. Não se vislumbra a intervenção direta dos titulares de dados no quadro sancionatório, senão apenas por via indireta, sob o ponto de vista de poderem ser eles a apresentar uma reclamação junto da autoridade de controlo, nos termos do artigo 77.º já referido.

A aplicação de coimas por parte de cada autoridade de controlo deve ser efetiva, proporcionada e dissuasiva. De uma forma genérica para as infrações graves está prevista a aplicação de uma coima até €10.000.000 (dez milhões de euros) ou, no caso de uma empresa até 2% (dois por cento) do seu volume de negócios anual, a nível mundial, correspondente ao exercício financeiro anterior, consoante o montante que for mais elevado. Por outro lado, para as situações de infração muito graves está prevista a aplicação de uma coima de até €20.000.000 (vinte milhões de euros) ou, no caso de uma empresa, até 4% (quatro por cento) do seu volume de negócios anual, a nível mundial, correspondente ao exercício financeiro anterior, consoante o montante que for mais elevado.

Caberá, por seu turno, aos Estados Membros definir as regras relativas a outras sanções aplicáveis em caso de violação às normas impostas pelo Regulamento, nomeadamente às violações que não redundem na aplicação de coima, muito embora o próprio regulamento faça uma alusão, no domínio dos poderes de correção (n.º 2, do artigo 58.º), a este tipo de medidas.

4. Síntese

A proteção dos direitos fundamentais e das garantias dos cidadãos esteve sempre na génese da União Europeia. Com efeito, nos vários diplomas legais a que aludimos supra, a proteção de dados pessoais foi sempre uma preocupação. Para além disso, é de assinalar que a Diretiva relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados data de 1995. Nessa altura, adivinhava-se já uma evolução crescente da tecnologia ao serviço das sociedades. O que veio, realmente, a acontecer num período de tempo, relativamente, curto.

De facto, as tecnologias de informação e comunicação invadiram o mercado e a vida dos cidadãos, e apesar dos perigos vários que trouxeram associados, registou-se uma adesão (quase?) total. Por força dessa evolução, os povos aproximaram-se e interagiram a um ritmo nunca antes visto. O mesmo se verifi-

cou ao nível da transmissibilidade de dados pessoais, daí que se tenha registado a necessidade de regular de forma séria e extensa esta matéria. A União Europeia começou por fazê-lo através da emanação da Diretiva de 1995, conferindo aos Estados Membros através da definição de diretrizes, um campo de discricionariedade para regularem, internamente, a matéria do tratamento de dados pessoais. Todavia, por força da evolução, entretanto, sentida e da presença de novos meios de tratamento de dados, foi necessário definir um nível de regulamentação mais extenso, mais severo, mais abrangente e mais uniforme, no contexto da União Europeia.

Por outro lado, o grau de sensibilização e tratamento destas matérias em cada Estado Membro é, ainda, diferente, pelo que desde a data de aplicabilidade e apesar de se esperar uma aplicação uniforme das regras definidas pelo RGPD, verificam-se níveis de consciencialização diferentes, quer ao nível da tutela dos direitos dos titulares dos dados, quer ao nível da regulação e fiscalização.

Não obstante, é de louvar a ampliação do quadro de direitos conferidos aos titulares dos dados, bem como o reforço da tutela destes direitos. A agravação do regime sancionatório é, também ela, positiva, sob o ponto de vista da sensibilização dos responsáveis pelo tratamento de dados para a relevância dos direitos fundamentais e das liberdades dos cidadãos e para a prevenção de eventuais delitos. No plano interno, aguarda-se ferverosamente a reforma da Lei da Proteção de Dados Pessoais.

Embora o RGPD tenha procedido a uma atualização da regulamentação já existente no domínio da proteção de dados pessoais, o certo é que o mesmo trouxe consigo importantes e significativas novidades, que implicam a adotação de novos comportamentos e a adaptação das condutas das entidades às novas regras. Conforme bem se referiu no preâmbulo da Diretiva de 1995, os sistemas de tratamento de dados estão, hoje, ao serviço dos cidadãos e significam, nos mais variados casos, benefícios e vantagens consideráveis para o bem-estar, para o progresso económico e social, para o desenvolvimento do comércio e para a comodidade dos seus titulares. Todavia, não podemos olvidar a relevância que as liberdades e os direitos fundamentais das pessoas singulares assumem, especialmente a vida privada, pelo que, nesta travessia da periferia para o mundo global, urge questionar quais são os interesses que devem prevalecer.

> *Há coisas que é fundamental estudar: as medidas a tomar em função de cada um dos nove tipos de terreno; a pertinência de táticas agressivas ou mais defensivas; e as leis fundamentais da natureza humana (Sun Tzu)*

Referências bibliográficas

BRANCO DA COSTA, Tiago, «A tutela do direito à intimidade da vida privada no Código do Trabalho: o artigo 22.º como concretização da proteção contra a intromissão na esfera privada tutelada pelo artigo 22.º», in *Direito na Lusofonia: Direito e Novas Tecnologias*, Clara Calheiros (coord.), Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, Centro de Investigação em Justiça e Governação (Jusgov), 2018.

CABRAL, Rita Amaral, *O direito à intimidade da vida privada: breve reflexão do artigo 80.º do Código Civil*, Sep. Dos Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa, [s.n.], 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª edição, (reimpressão), Coimbra, Almedina, 2017.

COUTINHO, Francisco Pereira; MONIZ, Graça Canto (coord.), *Anuário da Proteção de Dados*, Lisboa, Universidade Nova de Lisboa, Faculdade de Direito, 2018.

FUSTER, Gloria González, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Law, Governance and Technology, Series 16, Switzerland, Springer, 2014.

GONZÁLEZ, José, *Código Civil Anotado*, Vol. I, Parte Geral, 1.ª edição, Lisboa, Quid Juris, 2011.

KISS, Attila; SZÖKE, Gergely László, «Evolution or Revolution? Steps Forward to a New Generation of Data Protection Regulation», in *Reforming European Data Protection Law*, Serge Gutwirth, Ronald Leenes, Paul de Hert (eds.), Law, Governance and Technology Series 20, Dordrecht, Springer 2015.

MARTINS, João Nuno Zenha, *O Genoma Humano e a Contratação Laboral: Progresso ou Fatalismo?,* 1.ª edição, Oeiras, Celta Editora, 2002.

MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, 1.ª edição, Coimbra, Almedina, 2016.

MIRANDA, Jorge; Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª edição (revista atualizada e ampliada), Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

MOREIRA, Teresa Coelho, *A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador*, 1.ª edição, Coimbra, Almedina, 2010.

MOREIRA, Vital; GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 19.ª edição, Lisboa, Editorial Minerva, 2016.

PINHEIRO, Alexandre Sousa, *Privacy e Proteção de Dados Pessoais: a Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*, Lisboa, AAFDL, 2015.

QUADROS, Fausto de, *Direito da União Europeia*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2015.

SARTOR, Giovanni, «The Right to be Forgotten: Dynamics of Privacy and Publicity», in *Protection of Information and the Right to Privacy – A New Equilibrium?*, Luciano Floridi (ed.), Law, Governance and Technology, Series 17, Cham, Springer, 2014.

SUN TZU, *A Arte da Guerra*, Lisboa, Editora 11x17, 2009.

TREPTE, Sabine, et. al., «Do People Know About Privacy and Data Protection Strategies? Towards the "Online Privacy Literacy Scale" (OPLIS)», in *Reforming European Data Protection Law*, Serge Gutwirth, Ronald Leenes, Paul de Hert (eds.), Law, Governance and Technology Series 20, Dordrecht, Springer 2015.

VASCONCELOS, Joana, *O Contrato de Trabalho. 100 Questões*, 5.ª edição, Lisboa, Universidade Católica, 2017.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direitos de personalidade*, 1.ª edição (reimpressão), Coimbra, Almedina, 2017.

REFLEXIONES ACERCA DEL BINOMIO NUEVAS TECNOLOGÍAS - MEDIACIÓN COMO INSTRUMENTO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS SURGIDOS EN EL ÁMBITO COMERCIAL

Almudena VALIÑO CES[1]

1. Con carácter preliminar

Ante los conflictos que surgen en el orden jurisdiccional civil, los ciudadanos cuentan, fundamentalmente, con dos opciones. En primer lugar, acudir a la vía judicial, para que sea un órgano jurisdiccional el que resuelva la controversia –artículo 24 CE[2]–; en segundo lugar, acudir a un método extrajudicial, para que sea un tercero ajeno al conflicto el que resuelva o coadyuve a la reso-

[1] Profesora de Derecho Procesal. Universidad de Santiago de Compostela

[2] Este precepto dispone: "*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".

lución del mismo. A estos métodos alternativos de solución de controversias al margen de la Justicia se les conoce generalmente como *Alternative Dispute Resolution* (ADR)[3], cuyo fundamento reside en el hecho de que todos tengan la posibilidad de acudir a un sistema, cualquiera que sea, mediante el cual se logre una solución efectiva al conflicto planteado[4].

Lo cierto es que, en los últimos años, en el contexto de la Unión Europea, se han impulsado no pocas iniciativas para contribuir a la difusión de las fórmulas de solución pacífica de conflictos, en particular, de aquéllas que favorecen la agilidad y flexibilidad en la resolución de las controversias. En efecto, con el tiempo se aumenta el interés por la utilización de fórmulas alternativas al proceso para obtener Justicia. Y ello como consecuencia, por un lado, de factores exógenos a la propia Administración de Justicia institucional, toda vez que se incrementa la concienciación ciudadana de que existen otras posibilidades y de que pueden ser efectivas; y por otro, de factores de carácter endógeno, arraigados en la dinámica de la Justicia de las últimas décadas, tales como el elevado coste económico, la lentitud, su complejidad y su ineficacia[5].

Habida cuenta de lo expuesto, y tomando como punto de partida la percepción del ciudadano de la ineficacia, sobre todo temporal del proceso judicial, y de la idoneidad de las modalidades extrajudiciales para lograr una solución a sus conflictos, quizás se pueda ir más allá, posibilitando integrar en el Derecho a la Justicia una realidad social y profesional indiscutible como es la utilización de las nuevas tecnologías, en especial las Tecnologías de la Información y la Comunicación.

Seguramente nos encontramos en la mejor coyuntura y disponibilidad para el óptimo anclaje de los mecanismos extrajudiciales en sede electrónica,

---

[3] La solución de los conflictos no se consigue únicamente a través de la función jurisdiccional, sino también por medio de la negociación, la mediación o la conciliación. Fuera de toda duda en su constitucionalidad, estos mecanismos "alternativos" no sólo no vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, sino que lo fortalecen, en tanto que, de facto, lo posibilitan.

Lo cierto es que en EE.UU. las ADR aparecieron alrededor de los años treinta del siglo pasado debido a un movimiento típicamente anglosajón: el movimiento de libre acceso a la Justicia. Este movimiento se encamina a buscar alternativas a los tribunales, que en muchas ocasiones, tal como entiende Barona Vilar, no son conocidas en el sistema jurídico (BARONA VILAR, Silvia, «Las ADR en la Justicia del siglo XXI», *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Ensayos, año 18, núm. 1, 2011, p. 191-192).

[4] Para Cappelletti las ADR son "*mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales, o mediante medios no judiciales*" (CAPPELLETI, Mauro, «Alternative Dispute Resolution Proccesses Within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement», *The Modern Law Rewiew*, Vol. 56, núm. 3, 1993, p. 282).

[5] MARTÍN DIZ, Fernando, «Diseccionando la mediación: ¿un futuro en términos electrónicos?» En *Cuestiones actuales de Derecho Procesal*, Ana María Rodríguez Tirado [*et. al.*] (coord.), 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 235.

máxime cuando existe numerosa normativa europea que pretende incorporar la utilización de estos mecanismos *on line*[6].

Es más, en la Unión Europea se trata de establecer un sistema europeo de resolución de litigios en línea –RLL–, aun cuando se circunscriba al ámbito del consumo. Así, se previó el establecimiento de una plataforma de resolución de litigios en línea a escala de la Unión, a través del Reglamento de ejecución (UE) 2015/1051 de la Comisión, de 1 de julio de 2015, sobre las modalidades para el ejercicio de las funciones de la plataforma de resolución de litigios en línea, sobre las modalidades del impreso electrónico de reclamación y sobre las modalidades de cooperación entre los puntos de contacto previstos en el Reglamento (UE) nº 524/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo.

En efecto, la Comisión Europea ha puesto en marcha la plataforma de resolución de litigios en línea (RLL) para ayudar a los consumidores y a los comerciantes de la UE a resolver litigios relativos a compras hechas en Internet, de manera que a través de una ventanilla única, les ayuda a resolver sus litigios en el caso tanto de las compras nacionales como de las transfronterizas. Así, esta plataforma RLL debe adoptar la forma de un sitio web interactivo y multilingüe que ofrezca un único punto de acceso a los consumidores y a los comerciantes

[6] A este respecto cabe señalar la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y el Reglamento (UE) nº 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo.

En lógica con esta idea, cabe destacar que la actividad de la Unión Europea es coherente en tanto vincula la incorporación e implantación de medios extrajudiciales de resolución de conflictos en sede electrónica con su propia Agenda Digital, en la que disponía como objetivo principal para el 2015 el fomento del comercio electrónico (disponible en: http://ec.europa.eu/digital-agenda).

que quieran resolver extrajudicialmente litigios relativos a obligaciones contractuales derivadas de una transacción transfronteriza de comercio electrónico[7].

Asimismo, y desde una perspectiva nacional, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y el RD 980/2013, de 13 de diciembre, que la complementa, ofrecen un marco legal básico de desarrollo y

[7] El procedimiento consiste en la canalización de los litigios nacionales hacia los organismos de resolución alternativa de litigios (RAL) que estén conectados a la plataforma, hayan sido seleccionados por los Estados miembros en función de criterios de calidad y hayan sido notificados a la Comisión (disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-297_es.htm).

Como antecedentes en Europa se pueden hacer referencia, por un lado, a la Red SOLVIT, como un instrumento para resolver controversias derivadas de la incorrecta aplicación de la legislación comunitaria por parte de las autoridades públicas y, por otro, a la Red FIN-NET, utilizada para la solución de reclamaciones de consumidores en el ámbito financiero (MADRID PARRA, Agustín, «El uso de medios electrónicos en la mediación patrimonial privada», *Derecho de los Negocios*, Núm. 269, mayo-junio 2013).

También a nivel internacional, se sitúa el sistema de resolución de conflictos en línea ofrecido por e-Bay y PayPal. La ventaja es su condición de tercero que ofrece una plataforma electrónica a compradores y vendedores que realizan en ella sus transacciones. Ello no obstante, Vázquez de Castro entiende que no debe denominarse mediación electrónica a los sistemas de resolución de controversias en línea dependientes u ofrecidas por una de las partes que interviene en la disputa (*Vid.* VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo, «Mediación electrónica y solución extrajudicial de disputas en línea (O.D.R.)», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías,* Núm. 27, 2011, pp. 19-20).

aplicación de mediaciones electrónicas[8]. Junto a esta normativa, cabe destacar la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo[9].

En realidad, la relevancia de esta norma reside en su Disposición final séptima, toda vez que modifica la Ley 5/2012, suprimiendo su párrafo d) del

[8] De conformidad con Franco Conforti, la mediación electrónica es un "*procedimiento que se realiza total o parcialmente por medios electrónicos de forma más o menos simplificada, con la intervención de un tercero que ayuda a las partes que intentan alcanzar por sí mismas un acuerdo y en el que siempre se ha de garantizar la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en la Ley*" (FRANCO CONFORTI, Oscar Daniel, «Mediación electrónica (e-Mediación)», *Diario La Ley*, Núm. 8519, Sección Tribuna, 15 de abril de 2015, y FRANCO CONFORTI, Oscar Daniel, *Pequeño Manual de Mediación Electrónica*, 1ª ed., Alicante, Acuerdo Justo, 2013, p. 22-24 y 62-63).

La mediación electrónica es uno de los métodos de *Online Dispute Resolution* (ODR), esto es, de métodos de solución de disputas en línea a través de Internet (PÉREZ GURREA, Rosana, «Estudio sistemático, normativo y doctrinal de la mediación en asuntos civiles y mercantiles: una especial referencia a la mediación electrónica», *Revista Digital Facultad de Derecho*, Núm. 6, 2013, p. 18).

Si bien el acrónimo ODR es muy parecido a ADR, lo cierto es que no significan lo mismo. Así, ADR se refiere a las modalidades alternativas de solución extrajudicial de conflictos – negociación, mediación, arbitraje y conciliación – y viene a ser un género dentro del cual el ODR es una especie que se caracteriza por la utilización de una herramienta muy específica: Internet. Por su parte, el ODR, comprende diversas modalidades: mediación electrónica, arbitraje electrónico, negociación electrónica asistida y negociación electrónica automatizada.

A juicio de Franco Conforti, y con una visión de futuro, cabría pensar que la mediación electrónica está llamada a ser el "puente" de unión entre las *Alternative Dispute Resolution* (ADR) y los *Online Dispute Resolution* (ODR) (FRANCO CONFORTI, Oscar Daniel, «Mediación on-line: de dónde venimos, dónde estamos y a dónde vamos», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Núm. 4, octubre, 2015, p. 23).

[9] En su momento, la Directiva 2013/11/UE de 21 de mayo y el Reglamento (UE) nº 524/2013 abordaron la solución del problema de la resolución extrajudicial de conflictos desde perspectivas muy diferentes, pero totalmente complementarias, en especial para la resolución de litigios por medios electrónicos, tanto que resulta prácticamente imposible explicar el Reglamento sin una breve mención al sentido de la Directiva.

apartado 2 del artículo 2[10]. De manera tal que ahora se puede aplicar esta Ley a la mediación en materia de consumo, lo que sin duda coadyuvará a resolver asuntos derivados de cualquier tipo de actividad comercial que se realiza a través del Internet. Esta cuestión se considera plausible porque en la actualidad aumentan permanentemente las transacciones comerciales por esta vía y, por ende, también los conflictos surgidos a raíz de esta modalidad de hacer negocios.

Ahora bien, a pesar de los avances en este ámbito y de las nuevas miradas puestas hacia estas otras modalidades, lo cierto es que para los más ortodoxos maridar los conceptos de Tecnologías de la Información y la Comunicación y mediación puede resultar cuando menos extraño.

Sin embargo, es una realidad la existencia de numerosas controversias suscitadas, o que perduran, entre personas físicamente distanciadas que presentan dificultades para asistir a una mediación[11]. Por ello, el recurso a esta modalidad de resolución de conflictos, a través de medios electrónicos basados en la tecnología, seguramente pueda resultar útil, máxime cuando ésta constituye, sin lugar a dudas, uno de los elementos que mejor favorece al avance de la sociedad y, en consecuencia, de las relaciones entre los ciudadanos a todos los niveles.

---

[10] Antes de esta reforma el artículo 2, al regular el ámbito de aplicación, disponía: "*1. Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable.*

En defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español.

2. Quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de esta Ley:

a) La mediación penal.

b) La mediación con las Administraciones públicas.

c) La mediación laboral.

d) La mediación en materia de consumo".

[11] *A priori*, cabe realizar una categorización de casos que serán adecuados para un proceso ODR, toda vez que implica un beneficio extra: a) cuando las partes se encuentran separadas geográficamente; b) cuando el valor de la disputa no justifica el coste de resolución en persona; c) cuando sea viable mejorar las perspectivas de éxito permitiendo una preparación preliminar a fondo; d) cuando sea preciso reducir el coste total del proceso; e) cuando el conflicto surge por una interacción llevada a cabo en internet; f) cuando la controversia incluya distintas jurisdicciones y sea conveniente elegir una en función del posible incumplimiento del acuerdo; g) cuando las partes no sean capaces de reunirse personalmente; h) cuando pudiera surgir intimidación o violencia entre la partes; i) cuando las partes ya tienen experiencia en mediación electrónica; j) cuando uno de los involucrados tenga movilidad reducida y un viaje pueda representar un problema adicional (FRANCO CONFORTI, Oscar Daniel, «Resolución de Disputas en Línea (ODR) lo que se viene, sus desafíos futuros», *Law & Trends*, 01/02/2018, disponible en: http://www.lawandtrends.com/noticias/justicia/resolucion-de-disputas-en-linea-odr-lo-que-se-viene-sus-desafios-futuros-1.html).

Además, de esta forma se permitirán nuevos planteamientos en materias no exploradas, en las que sea perfectamente posible maridar el binomio mediación-recursos electrónicos[12].

Más allá de la exigencia de la presencialidad en la mediación ordinaria, lo cierto es que la naturaleza asincrónica de la mediación electrónica permite más tiempo para reflexionar, toda vez que posibilita –sin la presión del tiempo– imprimirle el ritmo adecuado al análisis de las cuestiones involucradas. Asimismo, permite que las partes se sientan más seguras con el respeto de sus tiempos personales, en tanto disponen de más tiempo para explicar las perspectivas de las partes, preparar mejor la información que se entrega y analizar la que se recibe. Y ello porque trabajar *on line* ofrece, no solo la oportunidad de releer y repensar el problema, sino también mayores posibilidades para un buen manejo de negociaciones complejas[13].

2. Análisis acerca del binomio nuevas tecnologías – mediación

Desde una dimensión nacional, y dada la flexibilidad que caracteriza al procedimiento de mediación, se regula *ex* artículo 24 de la Ley 5/2012 la posibilidad de pasar de una tramitación presencial a otra electrónica y al contrario, según las necesidades de las partes[14]. Igualmente, se permite realizar procesos mixtos, con unas actuaciones presenciales y otras llevadas a cabo de forma elec-

---

[12] Las tecnologías de la comunicación y la información, directa o indirectamente, están presentes en cada minuto de nuestras vidas, por lo cual debemos de ser conscientes de las posibilidades de solventar extrajudicialmente nuestras controversias de Derecho privado a través de ellas (MARTÍN DIZ, *Diseccionando la mediación: ¿un futuro en términos electrónicos?... op. cit.,* p. 250, 251-254).

[13] CORTI, Graciela; ROSSI, Mónica, *La mediación "On Line"*, Biblioteca Virtual: Centro de Estudios Jurídicos de las Américas, 2010, disponible en: biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/834/corti-med-online.pdf.

[14] El artículo 24, que regula las actuaciones desarrolladas por medios electrónicos, reza del modo que sigue: "*1. Las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta Ley.*

2. La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes".

trónica[15]. Por tanto, tal y como se desprende de su apartado primero, puede suceder que no siendo de suyo un procedimiento por medios electrónicos, sin embargo, las partes acuerden que todas o algunas de las actuaciones de mediación se desenvuelvan a través de medios electrónicos, ya sea por videoconferencia, ya por otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen[16]. Ahora bien, esta posibilidad viene condicionada a que siempre se asegure la identidad de los que intervienen y el debido respeto a los principios que rigen la mediación y que contempla la Ley[17].

De acuerdo con lo comentado, podemos destacar que este precepto permite los medios electrónicos en todas y cada una de las fases que integran el procedimiento de mediación, desde la más inicial –la sesión constitutiva– hasta la fase final o de acuerdo. Ahora bien, podemos observar cómo en el tenor literal de este artículo no hay referencia alguna a la posibilidad de incorporar las nuevas tecnologías en las sesiones informativas, contempladas en el artículo 17 de la Ley 5/2012. No obstante, aun cuando el precepto incluye la sesión constitu-

---

[15] El hecho de que las partes hayan sometido íntegramente el procedimiento de mediación, bien a la modalidad presencial, bien a la electrónica, no supone necesariamente que tal elección sea irreversible. Ello es así porque el desarrollo del procedimiento de mediación se rinde a las necesidades de las partes, siendo el fiel reflejo de su voluntad en cada momento, por lo que el paso de una modalidad a la otra quedará a su suerte cuando lo consideren apropiado.

[16] En un contexto en el que las tecnologías de la información han ido evolucionando de manera progresiva en las últimas décadas, se considera que el legislador ha acertado al permitir acceder a las vías tecnológicas y técnicas de comunicación. Estas vías, sin duda, favorecen la comunicación entre las personas, que resulta tan importante en el camino para lograr los acuerdos en la mediación. A pesar de todo, sí es necesario tener en cuenta que al igual que la mediación convencional, esta posibilidad de comunicación electrónica exige el cumplimiento de los principios básicos que la Ley 5/2012 consagra para este método, esto es, voluntariedad, igualdad, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad, lealtad, buena fe, etc.

Por otro lado, del artículo 24 parece inferirse la imposibilidad de que estas actuaciones electrónicas se desarrollen mediante el uso del correo electrónico, el chat u otras modalidades de comunicación electrónicas similares, y ello con base en que las mismas no constituyen medios de transmisión de la voz o la imagen análogas a la videoconferencia.

[17] En orden a salvaguardar la seguridad jurídica de los participantes, adquiere relevancia la selección de los medios técnicos que vayan a utilizarse, en tanto que van a ser éstos los que deberán garantizar la confidencialidad de las informaciones vertidas a lo largo de las sesiones del procedimiento, así como la identidad de los intervinientes, impidiendo las posibles suplantaciones de identidad.

Por su parte, para garantizar el principio de confidencialidad es menester recordar que, salvo acuerdo en contrario de las partes, todas y cada una de las informaciones que verbal o documentalmente se hayan revelado en el procedimiento de mediación, sea éste presencial o telemático, estarán respaldadas por dicho principio que impide su difusión externa (SANDE MAYO, María Jesús, «Artículo 24. Actuaciones desarrolladas por medios electrónicos», en *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles,* Raquel Castillejo Manzanares (dir.); Cristina Alonso Salgado y Ana Rodríguez Álvarez (coords.), 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 254-255).

tiva y las sucesivas que estimen conveniente, no contempla previsión alguna en contrario, por lo que entendemos que sería perfectamente factible su desarrollo a través de medios electrónicos.

Habida cuenta de esta previsión, lo cierto es que la incorporación de los medios electrónicos en el ámbito de la Administración de Justicia es una realidad[18], y lo es en prácticamente todos los ámbitos de las relaciones jurídicas. Tanto es así, que la integración del uso de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación se ha incluido ya en todos los sectores de la Administración[19]. Por ello se entiende que, siempre que la situación lo permita por la existencia de medios adecuados, se tratará de fomentar su utilización, por cuanto favorece la agilidad, la inmediatez y el menor coste[20].

Esta posibilidad se supedita a que las instituciones y los servicios de mediación cuenten con estos sistemas electrónicos que favorezcan su empleo en todo o en parte del procedimiento[21]. Posiblemente, esto constituya uno de los datos a valorar por las Administraciones Públicas a efectos de su reconoci-

---

[18] Para profundizar en el tema véase VALIÑO CES, Almudena, «Perspectivas de futuro en la e-Justicia: retos y respuestas», en *Fodertics 4.0. Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia*, Federico Bueno de Mata, 1ª ed., Granada, Comares, S.L., Colecciones Obras Generales, 2015.

[19] Buena prueba de ello es que se permiten actos de comunicación en los que se utilicen estos medios. También se permiten los expedientes electrónicos en determinados ámbitos del Derecho e igualmente se han afianzado medios de prueba electrónicos y medios a través de los cuales es viable la práctica de la prueba. Un ejemplo de interés en el ámbito que nos ocupa fue la aprobación de la LA, que incorporó igualmente esos medios electrónicos, tanto en sede del convenio arbitral –al permitir que conste el mismo en soporte electrónico, óptico o de otro tipo–, como en el laudo, en tanto puede expresarse por escrito en papel o también mediante cualquiera de estos soportes citados.

[20] BARONA VILAR, Silvia, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 361.

A este respecto, cabe considerar que su rapidez deriva del hecho de que Internet constituye una vía más de comunicación y como tal, presenta la oportunidad única de facilitar la mediación en tiempo real sobre conflictos concretos, a distancia, pues como no implica traslados, puede realizarse "en cuestión de horas" desde que un conflicto se ha puesto de manifiesto. Por lo que se refiere a su bajo coste, su fundamento se encuentra en que en la mayoría de los casos es menos costoso que recurrir a otros métodos de resolución como puede ser el arbitraje o el proceso. Además, su uso posibilita resolver conflictos sobre relaciones comerciales de las llamadas "de bajos montos", donde acudir a un árbitro o a un juez suele ser más costoso que la propia operación comercial que da base al conflicto (CORTI; ROSSI, *La mediación "On Line"… op. cit*.).

[21] Y más si tenemos en cuenta que el artículo 5.2 LM, al tratar las instituciones de mediación, señala que éstas "*podrán implantar sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial para aquellas controversias que consistan en reclamaciones dinerarias*".

miento para asumir funciones de mediación, en el sentido contemplado en la Disposición adicional primera de la Ley 5/2012[22].

Por su parte, el apartado segundo del artículo 24 de la Ley 5/2012 determina la cantidad necesaria para que se pueda acudir a este tipo de procesos. Así, junto a la posibilidad de que las actuaciones desarrolladas en el procedimiento de mediación se lleven a cabo a través de medios electrónicos, este precepto contempla una segunda regla para el desarrollo de la mediación en aquellos supuestos de reclamación de poca cantidad. Concretamente, cuando a través de la mediación se reclame una cantidad que no exceda de seiscientos euros, y sea posible para las partes, se llevará a cabo de forma preferente por medios electrónicos.

En buena lógica, del tenor literal de este segundo apartado podemos deducir varias cuestiones. En primer lugar, debe circunscribirse a los conflictos que surjan en el marco de las relaciones jurídicas en las que la reclamación consista en una cantidad de dinero. Por tanto, como nos movemos en controversias en las que hay una diferencia económica, éstas nos van a permitir que *a priori* se puedan alcanzar pactos que lleven a una solución consensuada, y ello por la naturaleza propia de la discusión.

En segundo término, y en línea con lo anterior, no se trata únicamente de reclamación de cantidad, potencialmente favorable al pacto, sino que el legislador delimita un *quantum*, fijando, a este respecto, que la cantidad a reclamar no exceda de seiscientos euros. Se puede entender que su fundamento reside en la idea de que litigar en sede judicial, o arbitral, por una cantidad inferior a ese importe es ilógico e implica un coste para el Estado que convierte en inoperante la puesta en marcha de un proceso[23]. Por consiguiente, cabe considerar esta previsión como una medida legislativa que puede beneficiar el conocimiento y la utilización de la mediación, suscitando la cultura del diálogo para la solución del conflicto.

En tercer lugar, si observamos los verbos empleados por el legislador, podemos constatar que éste marcó una diferencia en cada uno de los dos apartados de este artículo 24. Así, el verbo "*se desarrollará",* comparativamente analizado en relación con el del apartado primero que prevé "*podrán acordar",* parece

---

[22] Al prever el reconocimiento de instituciones o servicios de mediación, esta Disposición señala: "*Las instituciones o servicios de mediación establecidos o reconocidos por las Administraciones públicas de acuerdo con lo dispuesto en las leyes podrán asumir las funciones de mediación previstas en esta Ley siempre que cumplan las condiciones establecidas en la misma para actuar como instituciones de mediación*".

[23] Ante esta cuestión, Barona Vilar entiende que no se niega en absoluto el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que se favorece esta vía para evitar las otras posibles que, en todo caso, va a disponer el ciudadano (BARONA VILAR, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España… op. cit*., p. 365).

conferir un carácter imperativo. Sin embargo, este carácter queda matizado en el texto por la incorporación del adverbio "*preferentemente"*, en tanto conlleva una querencia hacia el uso de estos medios y no una necesidad.

De igual modo, podemos entender que esta casi imperatividad quiebra por razones materiales, esto es, cuando alguna de las partes no dispone de medios electrónicos para llevar a cabo la mediación por estas vías, pues de ser el caso, ello limitaría o impediría su uso. A este respecto, una posible solución podría ser la creación de centros de mediación electrónica o espacios habilitados para tal fin en las ciudades de nuestra geografía española y que fueran accesibles para todos. Asimismo, también se podría arbitrar la manera de que la institución de mediación pusiese a disposición de las partes los medios precisos para desarrollar la mediación electrónica. De tal manera que se dotaría de un mejor servicio, máxime cuando en el marco del Derecho a la tutela judicial efectiva, todos deberíamos poder acceder a la mediación sin ningún tipo de impedimento o restricción.

Por otro lado, este precepto es necesario relacionarlo con la Disposición final séptima de la Ley 5/2012 que, regulando el p*rocedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos para reclamaciones de cantidad*[24]*,* da un paso más. Esta cuestión se considera plausible en tanto se contienen unas previsiones idóneas para convertir el procedimiento simplificado en una modalidad de reclamación de cantidad siempre en línea, aun cuando no se delimita su cuantía, y que tiene su desarrollo reglamentario en el Real Decreto 980/2013.

De esta Disposición final podemos inferir dos cuestiones: la primera viene referida al verbo empleado por el legislador –"*promoverá*"–, que se atribuye al Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia. En consecuencia, entendemos que el Gobierno se compromete a poner en marcha una iniciativa proclive a impulsar la utilización de la mediación exclusivamente por medios electrónicos para las cuestiones de carácter económico que se planteen y en las que no existan conflictos jurídicos que hagan compleja la resolución.

Y la segunda tiene relación con la conformación del procedimiento, destacando que éste será simplificado. Y ello porque las pretensiones de las partes no pueden referirse a argumentos de confrontación de Derecho, pues de lo contrario causaría una situación de mayor complejidad en el procedimiento. Esto

---

[24] Esta disposición prevé: "*El Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia, promoverá la resolución de los conflictos que versen sobre reclamaciones de cantidad a través de un procedimiento de mediación simplificado que se desarrollará exclusivamente por medios electrónicos. Las pretensiones de las partes, que en ningún caso se referirán a argumentos de confrontación de derecho, quedarán reflejadas en los formularios de solicitud del procedimiento y su contestación que el mediador o la institución de mediación facilitarán a los interesados. El procedimiento tendrá una duración máxima de un mes, a contar desde el día siguiente a la recepción de la solicitud y será prorrogable por acuerdo de las partes*".

se favorece con la posibilidad de que esas pretensiones queden reflejadas en formularios –de solicitud y de contestación del mediador o de la institución de mediación–, permitiendo un manejo más fácil del procedimiento por las partes. Asimismo, para el desarrollo del procedimiento se determina una duración máxima de un mes, a contar desde el día siguiente de la recepción electrónica de la solicitud. Aun cuando se permite que el plazo se prorrogue, siempre que las partes lo consideren conveniente.

3. El desarrollo reglamentario a través del Real Decreto 980/2013

El desarrollo reglamentario de la Ley 5/2012 se articula a través del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, que regula la formación de los mediadores, el Registro de mediadores e Instituciones de mediación, el aseguramiento de la responsabilidad civil profesional de los mediadores y el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos.

Esta norma únicamente regula el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos, disponiendo su artículo 30 que se desarrollará preferentemente por este procedimiento la mediación relativa a reclamaciones de cantidad que no excedan de seiscientos euros o de otro interés cuya cuantía no supere dicha cantidad. Y todo ello, salvo que el empleo de los medios electrónicos no sea viable para alguna de las partes o cuando éstas acuerden un procedimiento distinto, y siempre que las pretensiones de las partes no se refieran argumentos de confrontación de Derecho objetivo.

Habida cuenta de lo expuesto, se observa que se simplifican las previsiones de la Ley 5/2012 en relación con la utilización de medios electrónicos en el procedimiento de mediación, puesto que coincide el ámbito del procedimiento simplificado previsto en la Disposición final séptima con el contemplado para las reclamaciones de cantidad no superiores a ese importe del artículo 24.2 de la Ley 5/2012. Así, se constata que en esa Disposición, el procedimiento simplificado se preveía como de tramitación exclusivamente electrónica y para reclamaciones de cantidad, aunque sin limitar la cuantía a seiscientos euros, mientras que el artículo 24.2 recoge la preferencia de la mediación electrónica para las reclamaciones de cantidad que no excedan de dicho importe, salvo que la utilización de medios electrónicos no sea posible para alguna de las partes.

Por consiguiente, el procedimiento simplificado de mediación electrónica, de acuerdo con el Real Decreto 980/2013, resulta aplicable para las reclamaciones de cantidad de hasta seiscientos euros, empero éste ya no va a ser completamente electrónico. Y ello se desprende de su artículo 36.3 cuando dispone que las partes, de mutuo acuerdo, pueden transformar un procedimiento simplificado de mediación electrónica en cualquier otro procedimiento de

mediación, e incluso en el procedimiento electrónico simplificado se pueden realizar presencialmente las actuaciones que las partes acuerden[25]. Además, se diluye la regla de preferencia por los medios electrónicos y la aplicación del procedimiento simplificado, en tanto el artículo 30 los exceptúa por la imposibilidad de su utilización por alguna de las partes y también cuando éstas acuerden un procedimiento distinto.

Respecto a las pretensiones ejercitables en el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos, tanto el artículo 24.2 como la Disposición final séptima de la Ley 5/2012 contemplan exclusivamente reclamaciones de cantidad. En cambio, el artículo 30 del Real Decreto 980/2013 admite no sólo las reclamaciones de cantidad que no excedan dicha cantidad, sino también aquellas de otro interés cuya cuantía no supere los seiscientos euros.

Con esta idea, se entiende que se prevé la posibilidad de ejercitar tanto reclamaciones dinerarias –siempre que la cuantía de las mismas no exceda de seiscientos euros–, como no dinerarias. Ello no obstante, la regulación de este procedimiento simplificado está pensada para reclamaciones dinerarias, lo que se infiere del artículo 38 del Real Decreto 980/2013 que regula las posiciones de las partes. En efecto, de conformidad con este precepto, la parte solicitante fijará en el formulario de solicitud la cantidad reclamada, debiendo contener este formulario un apartado relativo a los detalles de la pretensión, en el que se especificará el desglose de la cantidad reclamada entre el principal y los intereses u otros aspectos controvertidos sobre las condiciones de pago. Por su parte, el formulario de contestación debe permitir aceptar la cantidad reclamada, rechazarla o formular una contrapropuesta, que puede considerarse un ofrecimiento de pago parcial o que modifique las condiciones de pago propuestas por el solicitante.

Por lo demás, el procedimiento simplificado se acomoda a las previsiones de esa Disposición, pues de acuerdo con los artículos 30 y 33.1 del Real Decreto 980/2013 también se prohíbe que las pretensiones de las partes se refieran a argumentos de confrontación de Derecho; se prevén los formularios o impresos electrónicos normalizados de solicitud de inicio y de contestación del procedimiento, proporcionados por los mediadores o instituciones de mediación que desarrollen procedimientos simplificados de mediación electrónica; se deben ofrecer formularios normalizados que posibiliten subsanar errores u omisiones, retirar la solicitud de inicio y dar por finalizadas las actuaciones ya

[25] Al hilo de esta idea, el apartado V del Preámbulo del RD 980/2013 indica: "*El procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos es coherente con la flexibilidad y autonomía de la institución y permite pasar de una tramitación presencial a otra electrónica y al contrario, en atención a las necesidades de las partes. Al igual que existe la posibilidad de procesos mixtos, en los cuales parte de las actuaciones se realizan de forma presencial y parte se realizan de forma electrónica*".

comenzadas[26]. E igualmente, el artículo 36.1 determina la duración máxima del procedimiento en un mes, a contar desde el día siguiente a la recepción de la solicitud, prorrogable por acuerdo de las partes.

En todo caso, se observa que el Real Decreto 980/2013 no contiene una regulación acabada y completa del procedimiento simplificado de mediación electrónica, sino más bien se centra en la concreción mínima de los aspectos que aseguren que este procedimiento se desarrolle con las garantías necesarias. Así, esta norma contempla unas normas generales sobre el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos[27], en las que, además de su ámbito de aplicación y la utilización de formularios normalizados, regula las obligaciones y la responsabilidad del mediador y de las instituciones de mediación en relación con este procedimiento simplificado, la acreditación de la identidad y de la condición de usuario, las reglas relativas a la aportación de la documentación y la formación del expediente, y el compromiso de acceso.

Junto con estas normas generales, las referidas a la tramitación del procedimiento son escasas[28]. En concreto, el primero de ellos dispone, por un lado, la duración y la posibilidad de que las partes acuerden la transformación del procedimiento simplificado en uno de mediación distinto, o que en el simplificado se celebren actuaciones de manera presencial. Y por otro, que los medios electrónicos utilizados en el procedimiento simplificado deben posibilitar una adecuada comunicación entre las partes y el mediador, bien mediante comunicaciones por separado con cada parte o bien a través de comunicaciones conjuntas, de modo que el mediador pueda cumplir con su función de acercar posturas[29].

Por lo que respecta al inicio de este procedimiento simplificado[30], una vez que el solicitante presenta el formulario de solicitud, el mediador debe ponerse en contacto, a la mayor brevedad, con la parte frente a la que se solicita la mediación para recabar su conformidad para el comienzo del procedimiento[31].

---

[26] Tal y como dispone el artículo 33 de la Ley 5/2012.

[27] Artículos 30 a 35 del Real Decreto 980/2013.

[28] Previstas en los artículos 36 a 38 del Real Decreto 980/2013.

[29] Artículo 36.2 del Real Decreto 980/2013. Respecto al contenido del artículo 38, ya se hizo referencia anteriormente en relación con los formularios de solicitud de inicio del procedimiento y de contestación.

[30] Tal y como se prevé en el artículo 37 del Real Decreto 980/2013.

[31] El apartado V del Preámbulo de este Real Decreto indica que el procedimiento "*se iniciará a la mayor brevedad posible – en el plazo máximo de dos días desde la recepción de la solicitud –*". Este plazo podría hacer referencia al que tiene el mediador para recabar la conformidad de la parte solicitada para el inicio del procedimiento simplificado. Sin embargo, como este plazo de dos días no se contempla en el articulado del Real Decreto, se puede deducir que carece de eficacia normativa.

Lo cierto es que ésta es la forma fijada para que el procedimiento simplificado se inicie de mutuo acuerdo entre las partes, tal y como requiere la regla del artículo 16.1 a) de la Ley 5/2012[32].

Una vez recabada la conformidad de la parte solicitada al procedimiento simplificado, el mediador le concederá un plazo razonable para contestar a la solicitud. Ahora bien, la falta de contestación equivale al rechazo de la solicitud, aun cuando no imposibilita un nuevo procedimiento de mediación posterior, presencial o electrónico, entre las mismas partes y sobre la misma controversia. Cuando el mediador reciba la contestación, deberá remitir a las partes un certificado, el cual tendrá la consideración de acta de la sesión constitutiva y generará un número de expediente.

A nuestro juicio la regulación del procedimiento simplificado de mediación electrónica resulta incompleta. En efecto, no sólo su tramitación plantea algunos interrogantes, sino que también ya no nos encontramos ante un procedimiento de tramitación exclusivamente electrónica –como regulaba la Disposición final séptima de la Ley 5/2012–. Ello porque, tal y como señalamos, con el Real Decreto 980/2013 puede transformarse en un procedimiento de mediación presencial o acordarse la celebración de actuaciones presenciales en el procedimiento simplificado. Por consiguiente, la cuestión que surge es si realmente compensaba regular un procedimiento de este tipo para reclamaciones dinerarias de pequeña cuantía[33].

En definitiva, la incorporación de las nuevas tecnologías al servicio de la mediación podría contribuir a dotar de flexibilidad al procedimiento y, al tiempo, a favorecer su accesibilidad. Además, los cauces electrónicos y la comunicación *on line* permite abaratar los costes y aportar celeridad al procedimiento

---

[32] En efecto, si nos encontramos ante reclamaciones de hasta seiscientos euros, resulta complicada la existencia de un pacto previo de sometimiento a mediación, y dado que el procedimiento simplificado y electrónico se tramita mediante formularios, parece adecuado que la solicitud se presente unilateralmente y que sea la persona mediadora la que, a la mayor brevedad posible, recabe la conformidad de la parte solicitada.

[33] GÓMEZ AMIGO, Luis, «El procedimiento de mediación», en *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española. (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*, Francisco López Simó y Federico Garau Sobrino (coords.), 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 243-287.

de mediación, haciendo de esta figura una vía de resolución de controversias todavía más competitiva respecto de la alternativa judicial[34].

4. Conclusiones

En el avance de la mediación, la tecnología se convierte en un elemento clave para incrementar sus ventajas, toda vez que incide en la rapidez, la efectividad y la disminución de los costes. De esta manera, logrando sistemas electrónicos fiables, compatibles con la cultura tecnológica de los ciudadanos y que generen confianza, se facilitará la promoción de este mecanismo de resolución de conflictos.

La mediación electrónica es uno de los métodos de *Online Dispute Resolution* (ODR), esto es, de métodos de solución de disputas en línea a través de Internet. Ello es posible dada la flexibilidad que caracteriza a su procedimiento y que a su vez posibilita la utilización de medios tecnológicos en cualquier fase del mismo. No obstante, esto no sirve para todo tipo de asuntos, por lo que se debe velar por que la aplicación de los mismos sea conveniente y adecuada al asunto en particular. En efecto, no tiene sentido aplicar los referidos medios con carácter general a todo tipo de caso, sino que habrá que llevar a cabo una correcta valoración y selección de los asuntos que deberán ser gestionados a través de esta vía. Por tal motivo, se presentan como imprescindibles la garantía de seguridad, calidad y experiencia de la institución o personas encargadas de prestar dichos servicios.

De igual modo, no sólo se puede pensar que el binomio mediación-recursos electrónicos contraría la esencia de la mediación, sino también que reduce el factor humano. Además, los principales inconvenientes se predican de las eventuales confrontaciones que para la igualdad entre las partes o la confidencialidad puedan entrañar, además de la posible desconfianza que genera todo lo desconocido.

Otro problema que se suscita existe en torno a la figura del *e-mediador*, por lo que será necesario adaptar a través de la legislación correspondiente todo lo relativo al Estatuto del mediador en sede electrónica como profesional jurí-

[34] Tal y como asegura Bueno de Mata, la mediación electrónica en nuestro país ostenta un plus de ventajas respecto a los procedimientos de mediación convencionales, toda vez que con la aplicación de las nuevas tecnologías se "*potenciaría aún más si cabe la flexibilidad, rapidez y economía que han justificado su existencia y éxito en su vertiente tradicional*" (BUENO DE MATA, Federico, «Mediación electrónica e inteligencia artificial», *Actualidad Civil*, Núm. 1, Sección A Fondo, enero, 2015). De esta forma, la mediación online representa un instrumento muy útil en la resolución de disputas, en tanto Internet constituye un invento que permite la supresión de las barreras geográficas, aumentando así la velocidad de resolución del conflicto y aminorando el coste del mismo (MONTESINOS GARCÍA, Ana, «La mediación online», *Revista de la contratación electrónica*, Núm. 94, 2008, p. 85-110).

dico que debe llevar la labor de resolución del conflicto en este contexto. Asimismo, habrá que valorar si los intervinientes están en disposición de acceder y utilizar convenientemente los medios técnicos a través de los cuales se canalizará el procedimiento.

En definitiva, más allá de las imperfecciones del modelo de mediación electrónica o de carencias legislativas respecto a diversos aspectos de la misma que favorezcan su instauración efectiva en el ámbito de la resolución de conflictos en el Derecho privado, lo cierto es que ante la duda de si ésta tendrá futuro o no, podemos concluir que los caminos actuales emprendidos nos pueden llevar a concluir que sí.

Bibliografía

BARONA VILAR, Silvia, «Las ADR en la Justicia del siglo XXI», *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Ensayos, año 18, núm. 1, 2011, p. 191-192.

BARONA VILAR, Silvia, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*. 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

BUENO DE MATA, Federico, «Mediación electrónica e inteligencia artificial», *Actualidad Civil*, Núm. 1, Sección A Fondo, enero, 2015.

CAPPELLETI, Mauro, «Alternative Dispute Resolution Proccesses Within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement», *The Modern Law Rewiew*, Vol. 56, 1993.

CORTI, Graciela; ROSSI, Mónica, *La mediación "On Line"*. Biblioteca Virtual: Centro de Estudios Jurídicos de las Américas, 2010, disponible en: biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/834/corti-med-online.pdf.

FRANCO CONFORTI, Oscar Daniel, *Pequeño Manual de Mediación Electrónica*, 1ª ed., Alicante, Acuerdo Justo, 2013.

FRANCO CONFORTI, Oscar Daniel, «Mediación electrónica (e-Mediación)», *Diario La Ley*, Núm. 8519, Sección Tribuna, 15 de abril de 2015.

FRANCO CONFORTI, Oscar Daniel, «Mediación on-line: de dónde venimos, dónde estamos y a dónde vamos», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Núm. 4, octubre, 2015.

FRANCO CONFORTI, Oscar Daniel, «Resolución de Disputas en Línea (ODR) lo que se viene, sus desafíos futuros», *Law & Trends*, 01/02/2018, disponible en: http://www.lawandtrends.com/noticias/justicia/resolucion-de-disputas-en-linea-odr-lo-que-se-viene-sus-desafios-futuros-1.html.

GÓMEZ AMIGO, Luis, «El procedimiento de mediación», en *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española. (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*, Francisco López Simó y Federico Garau Sobrino (coords.), 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

MADRID PARRA, Agustín, «El uso de medios electrónicos en la mediación patrimonial privada», *Derecho de los Negocios*, Núm. 269, mayo-junio, 2013.

MARTÍN DIZ, Fernando, «Diseccionando la mediación: ¿un futuro en términos electrónicos?», en *Cuestiones actuales de Derecho Procesal*, Ana María Rodríguez Tirado [*et. al.*] (coord.), 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

MONTESINOS GARCÍA, Ana, «La mediación online», *Revista de la contratación electrónica*, Núm. 94, 2008, p. 85-110.

PÉREZ GURREA, Rosana, «Estudio sistemático, normativo y doctrinal de la mediación en asuntos civiles y mercantiles: una especial referencia a la mediación electrónica», *Revista Digital Facultad de Derecho*, Núm. 6, 2013, p. 194-223.

SANDE MAYO, María Jesús, «Artículo 24. Actuaciones desarrolladas por medios electrónicos», en *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles,* Raquel Castillejo Manzanares (dir.); Cristina Alonso Salgado y Ana Rodríguez Álvarez (coords.), 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

VALIÑO CES, Almudena, «Perspectivas de futuro en la e-Justicia: retos y respuestas», en *Fodertics 4.0. Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia*, Federico Bueno de Mata, 1ª ed., Granada, Comares, S.L., Colecciones Obras Generales, 2015.

VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo, «Mediación electrónica y solución extrajudicial de disputas en línea (O.D.R.)», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Núm. 27, 2011.

DEMOCRACIA, LEGITIMIDADE E COMPETÊNCIA LEGISLATIVA NA UNIÃO EUROPEIA

Tiago Sérgio CABRAL[1]

1. Introdução

O debate em torno do pretenso défice democrático da União Europeia (UE) não mostra sinais de arrefecer a curto prazo. A retórica contaminada dos populistas eurocéticos e o seu recurso a estratégias como a manipulação de infor-

[1] Investigador do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU). O presente texto foi originalmente publicado no UNIO/CONPEDI E-book 2017 Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial – Atualização e Perspectivas (Vol. II), coord. científica Alessandra Silveira, Braga: Centro de Estudos em Direito da União Europeia, 2018.

mação, distorção de factos, ou quando necessário, puro engano[2/3]. transformou a questão num tema emocionalmente carregado. No entanto, o integracionista deve evitar ceder à tentação de fugir a temática ou adotar uma posição defensiva perante ela. A discussão deste tema é essencial para a evolução democrática da

[2] Quem não se lembra, durante a campanha pelo *Brexit*, do autocarro estampado com a promessa de que sair da União Europeia libertaria 350 milhões de libras semanalmente que seriam aplicadas no serviço nacional de saúde? Ou das declarações por destacados *brexiters* afirmando que a União Europeia iria permitir ao Reino Unido aceder ao mercado único sem aceitar a livre circulação de pessoas, na linha do famoso "hav*[ing] our cake and eat[ing] it*" de Boris Johnson? Ou das promessas de que as agências europeias sediadas no Reino Unido continuariam aí após a saída? Entre muitas outras...

[3] Cfr. CABRAL, Tiago Sérgio; COSTA, Rita de Sousa, «Brexit and the European football market: the consequences for the Premier League and the British players», *UNIO-EU Law Journal The oficial blog*, 24.07.2016 [consult. 27 nov. 2017], disponível em: https://officialblogofunio.com/2016/07/24/brexit-and-the-european-football-market-the-consequences-for-the-premier-league-and-the-british-players/; CABRAL, Tiago Sérgio; COSTA, Rita de Sousa, «Rose-tinted glasses might prove fatal: populists and their performances after the 2017 Dutch general election», *UNIO-EU Law Journal The oficial blog*, 07.11.2017 [consult. 27 nov. 2017], disponível em: https://officialblogofunio.com/2017/11/07/rose-tinted-glasses-might-prove-fatal-populists-and-their-performances-after-the-2017-dutch-general-election/; MADEIRA FROUFE, Pedro, «Editorial of May 2017», *UNIO-EU Law Journal The oficial blog*, 01.05.2017 [consult. 27 nov. 2017], disponível em: https://officialblogofunio.com/2017/05/01/europe-ceci-cest-pas-une-pipe/; MADEIRA FROUFE, Pedro, «O insustentável peso democrático do populismo: deambulações em torno da União Europeia, de olhos postos em Donald Trump», in *UNIO E-book Volume I: Workshops CEDU 2016*, coord. Alessandra Silveira, Braga, CEDU, 2016, p. 301-311; SILVEIRA, Alessandra, «Editorial of July 2016» *UNIO-EU Law Journal The oficial blog*, 29.06.2016 [consult. 30.11.2017], disponível em: https://officialblogofunio.com/2016/06/29/editorial-of-july-2016/; GROMEK-BROC, Katarzyna, «Editorial August 2016», *UNIO-EU Law Journal The oficial blog*, 04.08.2016 [consult. 30.11.2017], disponível em: https://officialblogofunio.com/2016/08/04/editorial-august-2016/; DEWHURST, Elaine, «A perspective on Brexit» *UNIO-EU Law Journal The oficial blog,* 04.08.2016 [consult. 01 dez. 2017], disponível em: https://officialblogofunio.com/2016/08/04/a-perspective-on-brexit/; BARNARD, Catherine, «The voters have spoken. Brexit it is.», *UNIO-EU Law Journal The oficial blog*, 04.08.2016 [consult. 01. Dez. 2017], disponível em: https://officialblogofunio.com/2016/08/04/the-voters-have-spoken-brexit-it-is/; MÜLLER, Jan-Werner, «Populist constitutions – a contradiction in terms?», *Verfassungsblog on matters constitutional*, 23.04.2017 [consult. 1 dez. 2017], disponível em: http://verfassungsblog.de/populist-constitutions-a-contradiction-in-terms/; GLENCROSS, Andrew, *Why the UK Voted for Brexit: David Cameron's great miscalculation*, London, Palgrave Macmillan, 2016, p. 35 e ss; OLIVER, Tim, «Fifty shades of Brexit: Britain's EU referendum and its implications for Europe and Britain», *Italian Journal of International Affairs* vol. 52, n. 1, 2017, p. 1-11; CLARKE, John; NEWMAN, Janet, «"People in this country have had enough of experts": Brexit and the paradoxes of populismo», *Critical Policy Studies*, vol. 11, n. 1, 2017, p. 101-116; HOBOLT, Sara B., «The Brexit vote: a divided nation, a divided continent», *Journal of European Public Policy*, vol. 23, n. 9, 2016, p. 1259-1277; INGRAM, Alan, «Geopolitical events and fascist machines: Trump, Brexit and the deterritorialisation of the West», *Political Geography*, vol. 57, 2017, p. 91-93; MENON, Anand; FOWLER, Brigid, «Hard or soft? The politics of Brexit», *National Institute Economic Review*, vol. 238, nov., 2016, p. 4-12; POSNER, Eric A., «Can it happen here?: Donald Trump and the paradox of populist government», in *Chicago Public Law And Legal Theory Working Paper*, n.º 605, Chicago, University of Chicago Law School, 2017.

UE. Evitá-la apenas terá como resultado a estagnação. E tal condição apenas beneficia a retórica populista tornando-a numa *self-fulfilling prophecy*.

As regras do processo legislativo no seio da UE têm sido exemplo e alvo usual das acusações de défice democrático. Parece inegável que o Parlamento Europeu é dotado de maior legitimidade democrática que qualquer outra instituição europeia. Os seus membros são eleitos por sufrágio direto e universal (art. 14.º, 3 TUE) enquanto os membros do Conselho da União Europeia (Conselho) não gozam de legitimidade direta de origem europeia. Os membros do Conselho são dotados da legitimidade democrática que advém do seu estatuto de membros de governos nacionais, mas não são eleitos através de uma eleição verdadeiramente europeia (art. 16.º, n.º 2 TUE). Um bom ministro não é necessariamente um bom "senador" e vice-versa. O Presidente da Comissão Europeia é proposto pelo Conselho Europeu "tendo em conta [os resultados d]as eleições para o Parlamento Europeu" e carece da aprovação deste último por maioria dos membros que o compõem (art. 17.º, n.º 7 do TUE).

Não obstante a sua maior legitimidade – e as tradições constitucionais comuns dos países democráticos neste sentido –, o Parlamento Europeu, salvo raríssimas exceções (*infra*), não tem direito de iniciativa legislativa.

Neste trabalho vamos analisar os diferentes processos legislativos vigentes na UE, a sua relação com a legitimidade das instituições europeias e a importância desta controvérsia para o cidadão europeu. Por fim avançaremos um conjunto de soluções que acreditamos poderem contribuir para fortalecer a democracia e (consequente) legitimidade da UE e da legislação por ela emanada[4].

2. O processo legislativo ordinário

O processo legislativo ordinário (art. 289.º, n.º 1 do TFUE) corresponde essencialmente ao antigo processo de co-decisão. É a forma mais perfeita de bicameralismo consagrada nos tratados constitutivos da UE. Os principais atores neste processo são o Parlamento Europeu eleito por sufrágio direto e universal que representa os interesses dos seus constituintes (os cidadãos da UE), e o Conselho, que funciona como uma câmara alta, e que representa os interesses dos Estados.

---

[4] Cfr. CABRAL, Tiago Sérgio; COSTA, Rita de Sousa, «The European Union's existential crisis: current challenges from populism to Donald Trump», *UNIO – EU Law Journal*, vol. 4, n. 1, january, 2018; CABRAL, Tiago Sérgio; COSTA, Rita de Sousa, *A crise existencial da União Europeia: ensaio em torno da realização do projecto europeu no quadro dos desafios geopolíticos e jurídico-institucionais actuais*" [consult. 10 dez. 2017], disponível em: https://institutoeuropeu.eu/images/stories/documentos/Pr%C3%A9mio_Professor_Doutor_Paulo_de_Pitta_e_Cunha/A_Crise_Existencial_da_Uni%C3%A3o_Europeia.pdf.

O direito de iniciativa legislativa é, na esmagadora maioria dos casos[5], da Comissão Europeia. Embora assim seja, o Parlamento Europeu (art. 225.º TFUE)[6] e o Conselho (art. 241.º TFUE)[7] podem requerer à Comissão que apresente propostas que considerem necessárias para a prossecução dos objetivos dos tratados constitutivos.

A proposta da Comissão vincula os restantes intervenientes no processo legislativo que não podem alterar de forma completa a sua natureza, subvertendo o poder atribuído a esta instituição[8]. Ademais, qualquer alteração à proposta da Comissão com a qual esta não esteja de acordo terá de ser aprovada por unanimidade no Conselho. Uma tarefa que se afigura bastante complicada (arts. 293.º, n.º 1 e 294.º, n.º 9 TFUE).

A Comissão apresenta a sua proposta ao Parlamento que deve pronunciar-se sobre o seu conteúdo, concordando, rejeitando a proposta ou propondo alterações. Em caso de rejeição imediata pelo PE, o ato legislativo não é adotado. Caso contrário a proposta segue para o Conselho. Este poderá votar favoravelmente à proposta do Parlamento e, se assim for, o ato é aprovado em primeira leitura. Se assim não ocorrer deve adotar a sua própria posição e comunicá-la ao Parlamento Europeu.

Se as referidas instituições europeias não chegarem a acordo em primeira leitura, segue-se para segunda leitura. O ato volta ao Parlamento Europeu onde poderá ser aprovado por maioria dos votos expressos ou por acordo tácito (não pronúncia no prazo de três meses, com possibilidade de prorrogação por mais um mês), rejeitado ou alterado por maioria dos membros que compõem o Parla-

---

[5] A título de exemplo, o art. 76.º do TFUE possibilita a iniciativa legislativa por ¼ dos Estados-Membros nas áreas de Cooperação Judiciária em Matéria Penal e Cooperação Policial.

[6] O acordo-quadro sobre as relações entre o Parlamento Europeu e a Comissão Europeia estabelece obrigações bastante mais exigentes para a Comissão que as presentes no texto constitucional. A Comissão compromete-se a "apresentar um relatório sobre o seguimento concreto dado a todos os pedidos de apresentação de uma proposta nos termos do artigo 225.º do TFUE (relatório de iniciativa legislativa) no prazo de três meses após a aprovação da correspondente resolução em sessão plenária. A Comissão apresentará uma proposta legislativa no prazo de um ano, o mais tardar, ou incluirá a proposta no seu programa de trabalho para o ano seguinte. Caso não apresente uma proposta, a Comissão dará explicações pormenorizadas ao Parlamento dos motivos para tal".

[7] Paul Craig e Gráinne de Búrca referem que esta faculdade é frequentemente utilizada pelo Conselho ao ponto de, na prática, funcionar quase como uma iniciativa legislativa encapotada. Cfr. CRAIG, Paul; DE BÚRCA, Gráinne, *EU Law: Text, Cases and Materials*, 5.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 122 e ss.

[8] Cfr. Acórdão do TJUE de 11 de novembro de 1997, *Eurotunnel SA v. SeaFrance,* Processo C-408/95, ECLI:EU:C:1997:532, pars. 35-39. De acordo com o Advogado-Geral Giuseppe Tesauro: as alterações não podem exceder "o âmbito de aplicação, tal como definido na proposta, do acto em questão". Vd. Conclusões do Advogado-Geral de 27 de maio de 1997, *Eurootunnel SA v. SeaFrance,* Processo C-408/95, ECLI:EU:C:1997:250.

mento. No caso de o Parlamento ter alterado o ato, este é transmitido de novo ao Conselho – que poderá aprovar todas as alterações propostas, sendo o ato adotado, ou rejeitá-las, situação em que é convocado um Comité de Conciliação[9].

A Conciliação procura levar a iniciativa a bom porto através de uma cooperação mais estreita entre os membros do Parlamento e do Conselho, que caberá à Comissão fomentar. É constituído um Comité de Conciliação formado em igual número por membros do Parlamento e do Conselho (art. 294.º, n.º 10 TFUE) que tem como objetivo elaborar uma proposta conjunta. O Comité de Conciliação tem 6 semanas para aprovar um projeto comum, caso isto não aconteça o ato não é adotado. Nesta fase a Comissão já não poderá retirar a proposta.

Caso o Comité alcance uma proposta conjunta, começa-se a terceira leitura onde o Conselho e o Parlamento Europeu dispõem ambos de um prazo de seis semanas para aprovar a proposta do Comité de Conciliação. O Parlamento Europeu delibera por maioria dos votos expressos e o Conselho por maioria qualificada. Esta é a última oportunidade da proposta – e caso não seja aprovada, o ato não é adotado.

É de notar que, apesar deste recorte jurídico-constitucional, na prática o processo é muito menos estanque e existem contactos constantes entre as três instituições envolvidas – tendo especial importância os trílogos – para assegurar que a iniciativa legislativa é levada a bom porto. A importância desses métodos informais foi até reconhecida na *Declaração comum sobre as regras práticas do processo de co-decisão*. Nesta as instituições afirmam que "a prática atual dos contactos entre a Presidência do Conselho, a Comissão e os presidentes das comissões competentes e/ou relatores do Parlamento Europeu, bem como entre os co-presidentes do Comité de Conciliação, deu provas de eficácia" e "deve continuar a ser incentivada". Sobre o sistema de trílogos que são "usualmente conduzidos num contexto informal" e "podem ser realizados em todas as fases do processo e a vários níveis de representação, em função da natureza da discussão esperada" é dito que "demonstrou a sua vitalidade e flexibilidade, aumentando

[9] Cfr. GORJÃO-HENRÍQUES, Miguel, «Anotação ao art.º 289.º do TFUE», in *Tratado de Lisboa anotado e comentado,* coords. Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Coimbra, Almedina, 2012, p. 1034-1038; MORGADO, Inês, «Anotação ao art.º 293.º do TFUE», in *Tratado de Lisboa…*, p. 1048-1049; CORTES, César; RANGEL, Paulo, «Anotação ao art.º 294.º do TFUE», in *Tratado de Lisboa…*, p. 1050-1059; SCHIITZE, Robert, *European constitutional law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 169 e ss; CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luís Mota; FERREIRA, António Pinto, *Manual de direito europeu: o sistema institucional. A ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia*, 7.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 214 e ss; KACZOROWSKA, Alina, *European Union Law*, 3.ª ed., London, Routledge, 2013 p. 148 e ss.

significativamente as possibilidades de acordo na fase de primeira ou segunda leitura e contribuindo para a preparação do Comité de Conciliação"[10].

3. Os processos legislativos especiais

3.1 O processo de aprovação (consentimento)

Para além do processo legislativo ordinário revestem especial importância no ordenamento jurídico europeu os processos legislativos especiais de aprovação e consulta. No processo de aprovação a iniciativa legislativa continua a ser, por norma[11], da Comissão Europeia, no entanto o Conselho concentra em si todo o poder de conformação do conteúdo substantivo do ato legislativo. Ao Parlamento Europeu resta apenas o poder de veto, podendo este concordar com o conteúdo total do texto, ou bloquear a adoção do ato. Na prática esta escolha de "tudo ou nada" é suavizada pela faculdade de que o Parlamento Europeu dispõe de apresentar um relatório interino durante o processo, assinalando as condições em que poderá oferecer o seu consentimento. Caso opte por rejeitar, poderá também dar indicações relativamente às alterações que teriam de ser empreendidas a fim de originar um resultado diferente[12]. São exemplos de utilização deste processo legislativo o:

- Art. 7.º, n.º 1 do TUE, segundo o qual o Conselho, deliberando por maioria qualificada de quatro quintos dos seus membros, e após aprovação do Parlamento Europeu, pode verificar a existência de um risco manifesto de violação grave dos valores referidos no art. 2.º do TUE por parte de um Estado-Membro.
- Art. 7.º, n.º 2 do TUE, segundo o qual o Conselho, por unanimidade, após aprovação do Parlamento Europeu, pode verificar a existência de

[10] "Declaração comum sobre as regras práticas do processo de co-decisão", Parlamento Europeu, Conselho e Comissão Europeia, acesso em dezembro 15, 2017, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007C0630(01)&from=PT.

[11] Uma exceção pode ser identificada no âmbito do art.º 86.º n.º 1 do TFUE (relativo à implementação da Procuradoria Europeia) lido à luz do art.º 76.ºdo TFUE.

[12] Cfr. KACZOROWSKA, *European…*, p. 158 e ss; CRAIG; DE BÚRCA, *EU Law…*, p. 130 e ss; SCHIITZE, *European Constitutional…*, p. 176 e ss; PEERS, Steve, *Guide to EU decision-making and justice and home affairs after the Treaty of Lisbon*, London, Statewatch, 2010 [consult. 05 dez. 2017], disponível em: http://www.statewatch.org/analyses/no-115-lisbon-treaty-decision-making.pdf; UNIVERSITY OF PORTSMOUTH, «The special legislative procedures: consente», *European Studies Hub* [consult. 05 dez. 2017], disponível em: http://hum.port.ac.uk/europeanstudieshub/learning/module-2-understanding-eu-policy-making/the-special-legislative-procedures/.

uma violação grave e persistente, por parte de um Estado-Membro, dos valores referidos no art. 2.º do TUE.

- Art. 49.º do TUE, relativo a acessões à União. Aqui o Conselho pronuncia-se por unanimidade após ter consultado a Comissão e após aprovação do Parlamento Europeu, que se pronunciará por maioria dos membros que o compõem.
- Art. 50.º do TUE, relativo ao acordo que estabeleça as condições de saída celebrado com um Estado em processo de secessão da União. Este é celebrado em nome da União, pelo Conselho, após aprovação do Parlamento Europeu.
- Art. 25.º do TFUE, relativo ao aprofundamento dos direitos do cidadão Europeu. O Conselho deve deliberar por unanimidade, após aprovação do Parlamento Europeu. As alterações feitas ao abrigo desta norma só entram em vigor após a sua aprovação pelos Estados-Membros.
- Art. 218.º, n.º 6 do TFUE, quando se trate da celebração de (i) acordos de associação; (ii) de adesão da União à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais; (iii) acordos que criem um quadro institucional específico mediante a organização de processos de cooperação; (iv) acordos com consequências orçamentais significativas para a União ou; (v) acordos que abranjam domínios aos quais seja aplicável o processo legislativo ordinário ou o processo legislativo especial, quando a aprovação do Parlamento Europeu é obrigatória.
- Art. 223.º, n.º 1 do TFUE, sobre as regras de eleição para o Parlamento Europeu.
- Art. 311.º, 4.º par. do TFUE, relativo ao estabelecimento das medidas de execução do sistema de recursos próprios da União.
- Art. 352.º do TFUE (cláusula de flexibilidade).

Existem também casos residuais nos quais o Parlamento Europeu é o órgão dominante. Estes coincidem com as (poucas) situações em que o Parlamento Europeu tem iniciativa legislativa e prendem-se sobretudo com a organização

interna da respetiva instituição. São exemplos o art. 223.º, n.º 2 do TFUE, 226.º do TFUE[13], e 228.º, n.º 4 do TFUE.

3.2 O processo de consulta

Já no processo de consulta, o Conselho apenas é obrigado a consultar de forma não vinculativa o Parlamento Europeu. O processo começa com a iniciativa da Comissão[14] que remete a proposta para o Conselho. O Conselho está vinculado a pedir a opinião do Parlamento Europeu em relação ao ato. Contudo o Parlamento neste caso não tem o poder de veto existente no processo de aprovação. Aliás, o conteúdo substantivo da opinião parlamentar tem meramente efeito persuasivo sobre o Conselho, podendo este decidir de forma diametralmente oposta se assim o entender. Tal não tem quaisquer consequências sobre a validade do ato emanado através do processo.

No entanto isto não quer dizer que auscultar a opinião do Parlamento seja um passo que o Conselho pode ultrapassar se assim entender. Esta é uma formalidade essencial do processo de acordo com o acórdão *SA Roquette Frères v. Conselho*[15]. Neste acórdão o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE[16]) anulou o Regulamento n.º 1293/79/CEE por não ter sido cumprido este requisito procedimental. Diz-nos o TJUE que "*the consultation provided for in the third subparagraph of Article 43 (2), as in. other similar provisions of the Treaty, is the means which allows the Parliament to play an actual part in the legislative process of the Community. Such power represents an essential factor in the institutional balance intended by the Treaty. Although limited, it reflects at Community level the fundamental democratic principle that the peoples should take part in the exercise of power through the intermediary of a representative assembly. Due consultation of the Parliament in the cases provided for by the Treaty therefore constitutes an essential formality disregard of which means that the measure concerned is void.*" Esta prerrogativa parlamentar não é ilimitada, uma vez que no diálogo entre as instituições europeias "prevalecem deveres recíprocos de cooperação leal iguais aos que regem as relações entre os Estados-Membros e as instituições comunitárias" e assim sendo o "Parlamento não pode validamente acusar o Conselho

---

[13] Relativamente ao regime do art. 226.º do TFUE, afigura-se pouco adequado que o Parlamento Europeu tenha de procurar o consentimento da Comissão e do Conselho para definir as regras do direito de inquérito no PE.

[14] Também aqui existem raras exceções. Por exemplo, nos arts. 87.º, n.º 3 e 89.º do TFUE, lidos à luz do art. 76.º do TFUE.

[15] Acórdão do TJUE de 29 de outubro de 1980, *SA Roquette Frères v. Conselho*, Processo 138/79, ECLI:EU:C:1980:249, cons. 33 a 36.

[16] Quando citamos acórdãos anteriores ao Tratado de Lisboa esta abreviatura refere-se, naturalmente, ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, antiga designação do TJUE.

de não ter aguardado o seu parecer" para adotar uma ato quando "a violação da formalidade essencial que consiste na consulta do Parlamento tem, com efeito, a sua causa no não cumprimento por esta instituição do seu dever de cooperação leal com o Conselho" segundo a jurisprudência Parlamento v. Conselho[17].

Ainda assim pode considerar-se que esta faculdade de atrasar a adoção do ato – mesmo com as limitações decorrentes da jurisprudência – pode atribuir alguma influência ao Parlamento Europeu num processo legislativo onde está praticamente desarmado. Esta faculdade permite a realização de negociações informais que poderão ser especialmente eficazes quando a proposta é urgente, quando a opinião do Parlamento é apoiada por uma maioria razoável de deputados, quando a sua posição está de acordo com a da Comissão e quando o ato carece de aprovação por unanimidade no Conselho. Caso o ato proposto faça parte de um pacote legislativo composto por medidas cuja aprovação é feita através de diferentes processos legislativos, o Parlamento poderá também fazer depender a sua colaboração em processos nos quais tenha maior poder da realização de alterações às propostas emanadas de acordo com o processo de consulta[18]. O poder do "tempo" é vastamente utilizado noutros sistemas jurídicos, nos Estados

[17] Acórdão do TJUE de 16 de julho de 1992, *Parlamento v. Conselho*, Processo C-65/93, ECLI:EU:C:1992:325, cons. 23 e 27.

[18] Cfr. KARDASHEVA, Raya, «The power to delay: The European Parliament's influence in the consultation procedure», *Journal of Common Market Studies*, vol. 47, n. 2, março, 2009, p. 385-409.

Unidos da América são frequentes os *filibusters*[19] no Senado que permitem a uma maioria atrasar, renegociar, ou mesmo impedir a adoção de propostas inde-

[19] O *filibuster* consiste na utilização de meios procedimentais dilatórios com o fim de atrasar, renegociar, ou mesmo impedir a adoção de propostas indesejadas. Na cultura popular o tipo de *filibuster* mais conhecido é o *talking filibuster* no qual um membro do órgão legislativo discursa durante um período de tempo alargado impedindo o debate e aprovação da medida pelos restantes. Nos Estados Unidos a doutrina divide-se em relação a esta ferramenta, alguns autores dizem que a sua utilização excessiva impede o progresso e contraria a vontade da maioria, outros argumentam que este é um meio fundamental de proteger os direitos das minorias. Estas posições são voláteis e algumas vezes variam consoante o partido político que se encontra no poder. Sobre o *filibuster* cfr. KOGER, Gregory, *Filibustering: A political history of obstruction in the House and Senate*, Chicago, The University of Chicago Press, 2010; FISK, Catherine; CHEMERINSK, Erwin, «The filibuster», *Stanford Law Review*, vol. 49, n. 2, 1997, p. 181-254; JONES, David R., «Explaining restraint from filibustering in the US senate», *The Journal of Legislative Studies*, vol. 6, n. 4, 2000, p. 53-68; FISHER, Patrick, «The filibuster and the nature of representation in the United States Senate», *Parliaments, Estates and Representation*, vol. 26, n. 1, 2006, p. 187-195; GOLD, Martin B.; GUPTA, Dimple, «The constitutional option to change Senate rules and procedures: a majoritarian means to overcome the filibuster», *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 28, n. 1, 2005, p. 205-272; GERHARDT, Michael J., «The constitutionality of the filibuster», *Constitutional Commentary*, vol. 21, 2005, p. 445-484; BORMANN, Ernest, «The southern senators' filibuster on civil rights: Speechmaking as parliamentary stratagem», *The Southern Speech Journal*, vol. 27, n. 3, 1962, p. 183-194; SMITH, Steven S.; PARK, Hong Min, «Americans' attitudes about the Senate filibuster», *American Politics Research*, vol. 41, n. 5, 2013, p. 735-760; BINDER, Sarah A.; LAWRENCE Eric D., SMITH, Steven S., «Tracking the filibuster, 1917 to 1996», *American Politics Research*, vol. 30, n. 4, 2002, p. 406-422; CHAFET, Josh, «The unconstitutionality of the filibuster», *Connecticut Law Review*, vol. 43, n. 4, 2011, p. 1003-1040; MAGLIOCCA, Gerard N., «Reforming the filibuster», *Northwestern University Law Review*, vol. 105, n. 1, 2011, p. 303-328; BONDURANT, Emmet J., «The Senate filibuster: The politics of obstruction», *Harvard Journal on Legislation*, vol. 48, 2011, p. 467-514; GORJANC, Laura T., «The solution to the filibuster problem: putting the advice back in advice and consente», *Case Western Reserve Law Review*, vol. 54, n. 4, 2004, p. 1435-1463; WIBLE, Brent, «Filibuster vs. supermajority rule: from polarization to a consensus – and moderation – forcing mechanism for judicial confirmations», *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 13, n. 3, 2005, p. 923-965.

sejadas. Também os chamados *shutdowns*[20] do governo federal permitem transformar a pressão temporal numa posição negocial mais favorável. São exemplos notáveis de utilização deste processo legislativo o:

- Art. 21.º, n.º 3 do TFUE, possibilita ao Conselho - quando não exista previsão de poderes de ação nos Tratados -, a adoção de medidas respeitantes à segurança social ou à proteção social, a fim de proteger o direito de livre circulação e permanência dos cidadãos.
- Art. 74.º do TFUE, relativo à adoção de medidas destinadas a assegurar a cooperação administrativa no âmbito do espaço de liberdade, segurança e justiça.
- Arts. 150º e 160º do TFUE, relativos à criação do Comité de Emprego e do Comité de Proteção Social.
- Art. 218.º, n.º 6 do TFUE, nos casos em que não seja necessária aprovação.

---

[20] Sobre os *shutdowns,* os seus motivos e efeitos *vd.* BRASS, Clinton T., *Shutdown of the Federal Government: causes, processes, and effects*, Washington, DC, Congressional Research Service, 2013, [consult. 15 dez. 2017], disponível em: http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2182&context=key_workplace; KOSAR, Kevin R., «Shutdown of the Federal Government: causes, effects, and process», *CRS Report for Congress*, 20.09.2004 [consult. 15 dez. 2017], disponível em: http://assets.thefiscaltimes.com/TFT2_20101228/App_Data/MediaFiles/1/B/1/%7B1B124168-264B-4686-8E6F-DE0D5F0E097E%7DShutdown%20background.pdf; MEYERS, Roy T., «Late appropriations and government shutdowns: frequency, causes, consequences, and remedies», *Public Budgeting & Finance*, vol. 17, n. 3, 1997, p. 25-38; BAKER, Scott R.; YANNELIS, Constantine, «Income changes and consumption: evidence from the 2013 Federal Government shutdown», *Review of Economic Dynamics*, vol. 23, 2017, p. 99-124; BENDERSKY, Corinne, «Resolving ideological conflicts by affirming opponents' status: The Tea Party, Obamacare and the 2013 government shutdown», *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 53, 2014, p. 163-168; JONES, David R., *Party brands, elections, and presidential-congressional relations*, 2017 [consult. 15 dez. 2017], disponível em: https://www.baruch.cuny.edu/wsas/academics/political_science/documents/PartyBrandsElectionsandPresidentialCongressionalRelations.pdf; RABINA, Debbie; COCCIOLO, Anthony, «US Government websites during the 2013 shutdown: lessons from the shutdown library», *Alexandria: The Journal of National and International Library and Information Issues*, vol. 25, n. 1-2, 2014, 21-30; LOUK, David Scott; GAMAGE, David, «Preventing government shutdowns: designing default rules for budgets», *University of Colorado Law Review*, vol. 86, 2015, p. 181-258; YOUNG, Katharine G., «American exceptionalism and government shutdowns: a comparative constitutional reflection on the 2013 lapse in appropriations», *Boston University Law Review*, vol. 94, n. 3, 2014, p. 991-1027; GIL, Ricard; MACIS, Mario, «Ain't no rest for the wicked: population, crime, and the 2013 government shutdown», *IZA, Discussion Paper No. 8864*, 2015 [consult. 15 dez. 2017], disponível em: http://repec.iza.org/dp8864.pdf; MARTIN, Chris C.; ERIKSSON, Kimmo, *Who accurately predicted the end of the government shutdown?*, 2015 [consult. 15 dez. 2017], disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2609920.

- Art. 311.º, 3.º par. do TFUE, relativo ao estabelecimento das disposições aplicáveis ao sistema de recursos próprios da União. Depende também da aprovação pelos Estados-Membros.

4. Situações excecionais

Existem ainda casos residuais nos quais o Conselho pode adotar legislação sem participação do Parlamento Europeu e Comissão. Estas raras situações são legado da "supremacia" do Conselho que era manifesta no passado da União Europeia. Destaca-se o art. 108.º, n.º 2 do TFUE que permite ao Conselho, por unanimidade, considerar um auxílio estadual compatível com o mercado interno em derrogação do disposto nos arts. 107.º e 109.º. A própria Comissão poderá também exercer, em casos absolutamente excecionais, poder legislativo independente. Esta situação limita-se ao disposto nos arts. 45.º, n.º 3, al. d) e 106.º n.º 3. Este poder é de utilização extremamente infrequente[21].

A Comissão pode ainda ser chamada a adotar atos delegados ou atos de execução. Os atos delegados (art. 290.º do TFUE) são atos administrativos (não são atos legislativos) de alcance geral que complementam ou alteram certos elementos não essenciais do ato legislativo. Para que seja possível a adoção destes atos, devem ser estabelecidos os objetivos, o conteúdo, o âmbito de aplicação e o período de vigência da delegação de poderes no ato delegante. Os atos delegados estão sujeitos à revogação pelo Parlamento Europeu ou pelo Conselho e o ato só pode entrar em vigor se, no prazo fixado pelo ato legislativo, não forem formuladas objeções pelo Parlamento Europeu ou pelo Conselho[22]. Já os atos de

[21] Cfr. KACZOROWSKA, *European…*, p. 160.

[22] Este controlo é exercido infrequentemente, mesmo após o Tratado de Lisboa ter expandido os poderes de escrutínio sobre eles, nomeadamente os poderes do Parlamento Europeu. Michael Kaeding e Kevin M. Stack sugerem que isto se poderá dever a considerações de economia política e ao facto de a Comissão Europeia – consciente da sua menor legitimidade democrática (especialmente em relação ao Parlamento Europeu) –, evitar situações de confronto procurando antecipar e acomodar as opiniões das restantes instituições antes de emanar o ato. Os Autores argumentam que a baixa utilização deste mecanismo não deve ser confundida com falta de utilidade ou influência. A existência desta faculdade, por si só, leva as instituições (nomeadamente a Comissão) a procurar soluções baseadas na negociação a fim de evitar o confronto direto, levando a que este tome decisões diferentes das que poderia sentir-se tentada a tomar na ausência deste mecanismo. Cfr. KAEDING, Michael; STACK, Kevin M., «Legislative scrutiny? The political economy and practice of legislative vetoes in the European Union», *Journal of Common Market Studies*, vol. 53, n. 6, 2015, p. 1268-1284; KAEDING, Michael; STACK, Kevin M., *A dearth of legislative vetoes: why the Council and Parliament have been reluctant to veto Commission legislation* [consult. 14 dez. 2017], disponível em: http://blogs.lse.ac.uk/europpblog/2016/10/25/a-dearth-of-legislative-vetoes/.

execução (art. 291.º do TFUE)[23] são atos adotados em áreas onde são necessárias condições uniformes de aplicação e também estes dependem de previsão no ato original[24].

5. Cláusulas de *passerelle*

Cumpre ainda fazer referência às cláusulas de *passerelle* incluídas nos Tratados e que permitem a simplificação ou modificação do processo legislativo utilizado. O art. 48.º, n.º 7 do TUE postula uma cláusula de *passerelle* geral segundo a qual:

1 Quando o TFUE ou o Título V do TUE determine que o Conselho delibera por unanimidade, esta regra pode ser afastada em favor da maioria qualificada, por decisão do Conselho Europeu que autorize tal.

2 Quando o TFUE determinar a adoção de certo ato através de processo legislativo especial, esta exigência poderá ser afastada, possibilitando a adoção do ato por processo legislativo ordinário através de decisão do Conselho Europeu.

Em ambos os casos os parlamentos dos Estados-Membros devem ser notificados e possuem a possibilidade de veto nos 6 meses subsequentes à notificação[25].

Para além da cláusula geral existem ainda uma série de cláusulas de *passerelle* especiais, cujos pressupostos são usualmente simplificados. Estas encon-

---

[23] Excecionalmente, nos casos previstos nos arts. 24.º e 26.º do TUE, os atos de execução podem ser adotados pelo Conselho (art. 291.º, n.º 2).

[24] Cfr. MARTINS, «Anotação ao art.º 48.º do TUE», in *Tratado de Lisboa*…, p. 176-182; DENZA, Eileen, «Article 48 [Treaty Revision Procedures]», in *The Treaty on European Union*…, p. 1331-1355; QUESADA, Luis Jimena, «The revision procedures of the Treaty», in *The European Union after Lisbon: constitutional basis, economic order and external action*, eds. Hermann-Josef Blanke e Stelio Mangiameli, Heidelberg, Springer, 2012, p. 323-342.

[25] A definição das regras sobre o que o constitui efetivamente oposição é deixada aos parlamentos dos Estados-Membros. Cfr. GAMEIRO, António, *O papel dos parlamentos nacionais na União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 411 e ss. Sobre a maior ou menor pertinência da intervenção dos parlamentos nacionais em salvaguarda do princípio da subsidiariedade no processo legislativo a nível europeu cfr. SILVEIRA, Alessandra, «Sull'esercizio delle competenze dell'Unione europea: il Parlamento portoghese e il giudizio di conformità al principio di sussidiarietà», in *The role of national parliaments in the EU integration process*. Wolters Kluwer Italia/CEDAM, Milan, 2016; HRBEK, Rudolf, «The role of national parliaments in the EU», in *The European Union after Lisbon*…, p. 129-157.

tram-se nos arts. 31.º, n.º 3 do TUE, 81.º, n.º 3 do TFUE, 153.º, n.º 2 do TFUE, 192.º, n.º 2 do TFUE, 312.º, n.º 2 e 333.º, n.ºs 1 e 2.

As vantagens da utilização de cláusulas de *passerelle* são claras, especialmente quando utilizadas para substituir os processos legislativos especiais por ordinários. A maior democraticidade e transparência do processo legislativo ordinário fez com que fosse uma forte aposta no Tratado de Lisboa, com boas razões. No entanto, as limitações desta técnica legislativa também são flagrantes. Para começar, atribui um exacerbado poder de decisão em matéria legislativa ao Conselho Europeu sem razão aparente. A faculdade de acionar uma cláusula de *passerelle* poderia perfeitamente estar reservada ao próprio Parlamento Europeu e dependente do consentimento do Conselho que o resultado não enfraqueceria o controlo do Estados – não fossem pela sua composição as opiniões dos membros do Conselho, por regra, idênticas às dos membros do Conselho Europeu. Ademais, o Parlamento Europeu, como interessado, teria um incentivo muito maior para avançar com uma proposta para a ativação da cláusula de *passerelle*. Sem esquecer que, existindo a possibilidade de controlo pelos parlamentos dos Estados-Membros, é de todo desnecessária qualquer intervenção do Conselho Europeu.

6. Iniciativa de cidadania

Os Tratados preveem o direito de iniciativa legislativa dos cidadãos nos arts. 11.º, n.º 4.º do TUE e 24.º do TFUE. Este configura-se na faculdade de solicitarem à Comissão Europeia a apresentação de determinadas propostas legislativas. O Regulamento 211/2011/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 2011, sobre a iniciativa de cidadania, densifica e torna funcionais as normas dos Tratados relativamente a esta questão.

O uso deste direito depende do cumprimento de alguns requisitos de representatividade nomeadamente no que toca aos organizadores que devem provir de, no mínimo, sete Estados-Membros diferentes (art. 3.º, n.º 2) e aos subscritores que devem provir de ¼ ou mais dos Estados-Membros. O número mínimo de assinaturas é de um milhão com algumas exigências de distribuição por Estado-Membro. Para atingir os requisitos mínimos os organizadores terão de conseguir subscritores em ¼ dos Estados-Membros e, cumulativamente, possuir assinaturas em número correspondente "ao número de deputados ao Parlamento Europeu eleitos em cada Estado-Membro, multiplicado por 750" (art. 7.º, n.º 2), sendo que o número total de assinaturas deverá ser superior a um milhão.

A Comissão pode parar em fase precoce a iniciativa de cidadania recusando o seu registo. Tal faculdade pode ser utilizada relativamente a iniciativas que se encontrem "manifestamente fora da competência da Comissão para apresentar uma proposta de ato jurídico da União para efeitos de aplicação dos Trata-

dos", sejam manifestamente abusivas, frívolas ou vexatórias ou sejam contrárias aos valores fundamentais UE consagrados no art. 2.º do TUE[26].

O legislador achou adequado "colocar as modernas tecnologias ao serviço da democracia participativa" e assim prever que "a recolha das declarações de apoio possa ser feita tanto em suporte de papel como por via eletrónica"[27].

A recolha deve ser conduzida num prazo máximo de 12 meses contados da data de registo da proposta (art. 5.º, n.º 5).

Se a iniciativa tiver sucesso a Comissão fica vinculada a publicá-la no registo, a "receber os organizadores a um nível adequado para lhes permitir explicar detalhadamente as questões suscitadas pela iniciativa de cidadania" e a "apresentar no prazo de três meses, por meio de uma comunicação, as suas conclusões jurídicas e políticas sobre a iniciativa de cidadania, as medidas que tenciona tomar, se for caso disso, e os motivos que a levam a tomar ou não tomar essas medidas" (art. 10.º).

Deve ser assegurada a realização de uma audição pública na qual os organizadores tenham oportunidade de apresentar a proposta. Esta deve ser realizada no Parlamento Europeu e para além da representação do Parlamento e Comissão poderá contar também com a participação de outras instituições e organismos da União que demonstrem interesse (art. 11.º) [28].

7. *Output versus input*: o problema da legitimidade

Em 1863, no auge da guerra civil americana, Abraham Lincoln proferiu o famoso discurso de Gettysburg no qual afirma que *"[a] government of the people,*

[26] O Tribunal Geral já teve de intervir em duas ocasiões após a Comissão Europeia recusar ilegitimamente o registo de iniciativas de cidadania. A primeira no caso da *Minority SafePack - one million signatures for diversity in Europe*, uma iniciativa cujo objetivo era convidar *"a União Europeia a melhorar a proteção das pessoas pertencentes a minorias nacionais e linguísticas e a reforçar a diversidade cultural e linguística na União"*. A segunda no caso da iniciativa Stop TTIP relacionado com os acordos mega-regionais, Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (TTIP) e Acordo Económico e Comercial Global (CETA). O segundo encontra-se já provisoriamente em vigor e aguarda retificação por todos Estados-Membros para a sua implementação total, as negociações relativas ao primeiro parecem paradas devido à política isolacionista da atual administração norte-americana. Cfr. MOTA, Pedro Infante, «Acordos mega-regionais», in *União Europeia – reforma ou declínio*, coord. Eduardo Paz Ferreira, Lisboa, Vega, 2016, p. 376-399; Acórdão do Tribunal Geral de 3 de fevereiro de 2017, *Minority SafePack - one million signatures for diversity in Europe*, Processo T-646/13, ECLI:EU:T:2017:59; Acórdão do Tribunal Geral de 10 de maio de 2017, *Stop TTIP (Efler v. Comissão)*, Processo T-754/14, ECLI:EU:T:2017:323.

[27] Regulamento 211/2011/UE, n.º 14.

[28] Cfr. TELES, Patrícia Calvão, «Anotação ao art. 24.º do TFUE», in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*…, p. 264-267; LOPES, Dulce; VEIGA, Paula, «Anotação ao art. 11.º do TUE», in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*… p. 54-57

by the people, for the people, shall not perish from the earth"[29]. Neste discurso podemos encontrar os pressupostos cujo preenchimento é necessário para garantir a legitimidade dos órgãos de governo de um sistema político democrático. Por um lado, é necessária a legitimidade por *output* relacionada com a democracia material que no discurso de Lincoln é revelada pelo "*for the people*". Por outro lado, deve existir legitimidade por *input* relacionada com a democracia formal expressa em "*of the people*" e "*by the people*" (através dos representantes do povo que eleitos pelo povo).

Relativamente à legitimidade em termos de *output* esta pode ser identificada com uma avaliação da *performance* das instituições na realização das suas funções. Se os resultados das instituições europeias são suficientemente satisfatórios para lhes garantir um adequado nível de legitimidade nestes termos é uma questão pertinente. Apesar de esta discussão ser necessária, é também altamente complexa, e esta não é a sede adequada para ela. Nem se enquadra no objeto deste trabalho nem o espaço restrito de que dispomos, o que não nos permite fazer esta análise com a profundidade adequada.

O certo é que mesmo admitindo a existência de um grau suficiente de legitimidade por *output*, esta por si só não é condição suficiente. É frequente procurar ancorar a legitimidade da União Europeia numa conceção de superioridade do resultado sobre o processo, mas isto não nos parece aceitável ou viável. Não nos parece aceitável porque esta linha de pensamento degenera na aceitação do "déspota esclarecido". Se o déspota obtivesse resultados superiores em termos da proteção de direitos este seria legítimo. Não nos parece viável por ser um daqueles casos em que o artifício teórico-jurídico não sobrevive fora do tubo de ensaio. A representação é importante e quando um determinado segmento da população não se sente representado – ou melhor, quando se sente esquecido – de pouco servem explicações de cariz utilitarista sobre como determinada escolha legislativa beneficiou a população quando considerada como um todo. Vejamos o caso norte-americano. No meio científico-académico são poucos os que têm dúvidas de que a adesão à Parceria Transpacífico (TPP) seria benéfica para este país. No entanto, quando um segmento importante de população se sentiu esquecida pelos seus representantes elegeu um Presidente com uma mensagem isolacionista e *anti-establishment* que melhor apelava às suas preocupações e sensibilidades.

A situação do *Brexit* tem características semelhantes. A importância de garantir que a população se sente integrada no processo democrático, mesmo que não consiga sempre fazer valer as suas ideias não deve ser desconsiderada. E por mais danosos que estes dois acontecimentos possam ser considerados, a

[29] O discurso completo de Abraham Lincoln «The Gettysburg Address» pode ser consultado em: http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/gettysburg.htm.

história ensina-nos que grupos que não se sintam representados frequentemente empregam métodos de protesto mais extremos. Como tal é sempre necessária a coexistência de um grau adequado de legitimidade por *output* e por *input*. Relativamente a esta última há alguns pontos que merecem uma análise cuidada[30].

Como referimos *supra* o Parlamento Europeu é incomparavelmente a instituição europeia envolvida na atividade legislativa que goza do maior nível de legitimidade por *input*. Mas mesmo em relação a este existem algumas insuficiências importantes. As eleições para o Parlamento Europeu são frequentemente secundarizadas em relação às eleições nacionais. A taxa de participação é também substancialmente mais baixa. Não existe uma corrente ideológica coesa nos grupos partidários representados no Parlamento Europeu com os quais os cidadãos se possam identificar. No mesmo grupo partidário estão muitas vezes integrados partidos nacionais com ideologias substancialmente diferentes e agendas por vezes incompatíveis. Desta forma é provável que o cidadão europeu que vote nas eleições para o Parlamento Europeu vote de acordo exclusivamente com as suas convicções no âmbito da política nacional não tendo sequer em conta em que grupo político se integra na UE e as posições políticas deste grupo político no âmbito europeu[31]. De facto, esta secundarização das questões europeias leva a que as preferências dos cidadãos europeus se reflitam de forma mais ténue na agenda política da União e colocam os membros do Parlamento Europeu numa posição em que não são capazes de representar a vontade dos cidadãos porque não a conhecem.

Não obstante todos estes defeitos o Parlamento Europeu surge classificado no Eurobarómetro como a instituição europeia na qual os cidadãos mais confiam e o Conselho reiteradamente classificado com a instituição na qual os

---

[30] No sentido da importância crescente e algo preponderante da democracia material *vd.* SILVEIRA, Alessandra, «Teoría de la constitucionalidad: entre los procesos de constitucionalización y democratización de la UE», in *Interrelación filosófico-jurídico multinivel. Retos de um mundo global*, eds. Gonçal Mayos, Jose Carlos Remotti e Yanko Moyano, Linkgua, Barcelona, 2017.

[31] Cfr. SCHMIDT, Vivien A., «Democracy and legitimacy in the European Union revisited: input, output and "throughput"», *Political Studies*, vol. 61, n. 1, 2012, p. 2-22.

cidadãos menos confiam, em linha com a sua representação democrática direta, ou falta dela[32].

Para evitar o crescimento contínuo de populismos eurocéticos na Europa é preciso informar a população sobre o projeto e atividades da União Europeia. De facto, é interessante constatar que no Reino Unido, país que recentemente escolheu num referendo – precedido de uma campanha altamente populista e pobre em informação – abandonar a União Europeia, 50% dos cidadãos desconhecem que os deputados do Parlamento Europeu são eleitos por sufrágio universal direto[33]. Arriscamos dizer que esta informação poderia ter alterado alguns votos, o que num referendo ganho por 52%-48% pode fazer a diferença. Só que esta necessidade de informar os cidadãos europeus sobre o funcionamento das instituições poderá ter como efeito a acentuação das diferenças de confiança entre o Parlamento e as outras instituições uma vez que os estudos na área indicam que quanto mais informados são os cidadãos sobre a União mais exigem das suas instituições, nomeadamente ao nível procedimental e de representatividade[34]. A

[32] Não queremos com isto sugerir que os resultados do Parlamento Europeu são particularmente satisfatórios. Na verdade, os seus índices de confiança ainda se encontram em valores negativos (-3%), mas mesmo assim mais altos que os -7% da Comissão. Relativamente ao Conselho a sua avaliação foi retirada das mais recentes edições do Eurobarómetro que incluem dados desta natureza. Em edições onde o Conselho se encontra representado surge reiteradamente com índices de confiança substancialmente mais baixos que o Parlamento e mesmo a Comissão. Cfr. CABRAL; COSTA, *A crise existencial da União Europeia*…; COMISSÃO EUROPEIA, «Eurobarometer 68 – Public Opinion in the European Union», *Standard Eurobarometer 68*, Autumn, 2007 [consult. 20 dez. 2017], disponível em: http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/eb/eb68/eb_68_en.pdf; COMISSÃO EUROPEIA, «Eurobarometer 73 - public opinion in the European Union», *Standard Eurobarometer 73*, Spring, 2010 [consult. 20 dez. 2017], disponível em: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb/eb73/eb73_vol1_en.pdf; COMISSÃO EUROPEIA, «Eurobarometer 85 – Public Opinion in the European Union», *Standard Eurobarometer 85*, Spring, 2016, [consult. 20 dez. 2017], disponível em: http://ec.europa.eu/COMMFrontOffice/publicopinion/index.cfm/ResultDoc/download/DocumentKy/75977; COMISSÃO EUROPEIA, «Eurobarometer 86 - public opinion in the European Union», *Standard Eurobarometer 86*, Autumn, 2016 [consult. 20 dez. 2017], disponível em: http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/ResultDoc/download/DocumentKy/79408.

[33] Não que neste ponto o Reino Unido esteja muito pior classificado que a média europeia. Na verdade, aparece até à frente de alguns países como a França. No seu conjunto, apenas 56% dos cidadãos europeus conhecem o método de eleição para o Parlamento Europeu. Em Portugal a percentagem situa-se em 58%. Os países melhor classificados nesta métrica são a Grécia (86%), Malta (85%), a Bulgária e o Chipre (ambos com 82%). Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, «Eurobarometer 86 - public opinion in the European Union»…

[34] Cfr. HOBOLT, Sara B., «Citizen satisfaction with democracy in the European Union», *Journal of Common Market Studies*, vol. 50, n. 1, 2012, p. 88-105.

Comissão tem também tomado alguns passos neste sentido como o *Spitzenkandidat*[35] *(infra)* que pretende ver reforçado nas próximas eleições.

Assim sendo, para além de tentar colmatar as deficiências ainda existentes do lado da legitimidade por *input* no Parlamento Europeu, parece lógico reforçar ao máximo a participação do PE no processo legislativo para que este lhe possa conferir um grau de legitimidade que nem a Comissão (pelo menos por enquanto) nem o Conselho têm[36].

8. Propostas conclusivas

Para salvaguardar a legitimidade por *input* do processo legislativo é importante evitar ao máximo a utilização do processo de consulta. Neste o Conselho é claramente o órgão legislativo principal ficando a influência do Parlamento altamente mitigada. Mesmo a Comissão, tem claramente um papel secundário neste tipo de processo legislativo. Admite-se que pontualmente, como acontece em qualquer sistema com características federais, haja situações nas quais um processo conduzido a título principal pela câmara alta seja adequado à situação. Mas estas são situações absolutamente excecionais, mas o atual quadro jurídico na União Europeia utiliza este processo frequentemente sem necessidade.

As cláusulas de *passerelle* já previstas nos Tratados permitem afastar o processo de consulta onde é desnecessário de forma simplificada. A cláusula geral de *passerelle* consagrada no art. 48.º, n.º 7 do TUE, encontra-se prevista no âmbito dos processos de revisão simplificados garantindo que quaisquer alterações necessárias podem ser feitas sem as dificuldades inerentes a uma revisão ordinária dos Tratados.

A intervenção não se deve limitar ao processo legislativo de consulta. Uma revisão das situações em que a utilização do processo legislativo de aprovação é adequada, não sendo preferível a sua substituição pelo processo legislativo

---

[35] Sobre o *Spitzenkandidat vd.* CABRAL, Tiago Sérgio, «Homeopathic Democracy: The European Power Struggle over the Spitzenkandidaten», *UNIO-EU Law Journal The oficial blog*, 05.03.2018 [consult. 05 mar. 2018], disponível em: https://officialblogofunio.com/2018/03/05/editorial-of-march-2018/

[36] Cfr. PAPADOPOULOS, Yannis, «Problems of democratic accountability in network and multilevel governance», *European Law Journal*, vol. 13, n. 4, 2007, p. 469-486; BELLAMY, Richard; CASTIGLIONE, Dario, «Legitimizing the Euro "polity" and its "regime". The normative turn in EU Studies», *European Journal of Political Theory*, vol. 2, n. 1, 2003, p. 7-34; BOVENS, Mark, «New forms of accountability and EU-governance», *Comparative European Politics*, vol. 5, 2007, p. 104-120; ERIKSEN, Erik Oddvar; FOSSUM, John Erik, «Europe in search of legitimacy: Strategies of legitimation assessed», *International Political Science Review*, vol. 25, n. 4, 2004, p. 35-459; SCHMIDT, «Democracy and legitimacy in the European Union…»; SKOGSTAD, Grace, «Legitimacy and/or policy effectiveness?: network governance and GMO regulation in the European Union», *Journal of European Public Policy*, vol. 10, n. 3, 2003, p. 321-338.

ordinário, também se afigura necessária. Mais uma vez, a existência das cláusulas de *passerelle* permite efetuar as alterações necessárias de forma simplificada.

No entanto, mesmo o atual modelo de aplicação das cláusulas de *passerelle* sofre de deficiências graves. Nomeadamente a intervenção desnecessária e desadequada do Conselho Europeu no processo legislativo. Idealmente este modelo seria substituído por um modelo no qual o próprio Parlamento Europeu propõe a utilização da cláusula e o Conselho consente. Uma alternativa que poderia garantir ainda maior representatividade seria a de não envolver por completo os Conselhos no processo, deixando o consentimento nas mãos dos Parlamentos Nacionais – aliás como até já se encontra previsto no atual regime – que por natureza serão bem mais representativos que estas instituições. Ainda assim, admitimos que esta última hipótese possa ser de difícil concretização no estado atual de evolução do projeto europeu, pelo que admitimos que a opção inicial pela solução intermédia seria suficientemente satisfatória. Ademais, esta segunda opção pode tornar-se até desnecessária perante uma reforma no Conselho.

Vemos com bons olhos alguns esforços da Comissão Europeia (em conjunto com o Parlamento Europeu) com o objetivo de reforçar a sua legitimidade democrática. Ademais, somos da opinião que esta instituição que é, no fundo, um executivo da União Europeia deve possuir poderes de iniciativa legislativa. Apenas não de forma monopolista. De facto, dotar o poder executivo de iniciativa legislativa tem benefícios relevantes na prossecução de uma política coerente, algo que muitas vezes parece faltar na União Europeia. Uma estratégia político-legislativa coerente e ativa por parte da Comissão pode também colmatar parcialmente as "esquizofrenias" ideológicas que existem dentro dos grupos parlamentares no Parlamento Europeu.

No que toca à iniciativa de cidadania, a Comissão deve ser bastante cuidadosa na utilização da sua faculdade de negar o registo de iniciativas. Não é bom sinal o facto de o Tribunal Geral ter de intervir perante recusas ilegítimas da Comissão em registar iniciativas. Somos da opinião que a recusa, essencialmente quando baseada nas alíneas c) e d) do n.º 2, do art. 4.º Regulamento 211/2011/UE deve ocorrer apenas em casos absolutamente excecionais e de violação patente destes pressupostos. E uma interpretação contrária pode até atentar contra a liberdade de expressão dos cidadãos europeus.

O sistema *Spitzenkandidat* que procura atribuir legitimidade democrática "direta" ou, pelo menos, "*quase-directa*" ao presidente da Comissão Europeia, "atando" a sua eleição às eleições para o Parlamento Europeu, parece-nos um passo no bom sentido. Não obstante, para que o processo funcione corretamente e atinja os seus objetivos, é essencial que os partidos políticos democratizem também os seus procedimentos para a eleição de candidatos. Em 2014 o Partido Popular Europeu não realizou eleições primárias, elegendo o atual presidente da Comissão Jean-Claude Juncker num congresso. De facto, a posição do PPE em

relação ao *Spitzenkandidat* foi marcada por um elevadíssimo nível de incoerência. Por um lado, numa fase inicial do processo foi um apoiante fervoroso. Só que quando chegaram efetivamente as eleições, perante a sua maioria esmagadora no Conselho Europeu que lhe permitiria obter um resultado favorável sem as incertezas das eleições para o Parlamento Europeu, este partido começou a manifestar renitências. Eventualmente o PPE cedeu quando se tornou patente que a não apresentação de candidato seria inviável. O Partido Socialista Europeu (organizado no PE como Aliança Progressista dos Socialistas e Democratas) realizou primárias, mas não no sentido pretendido de eleição direta através de voto popular. Como tal, com os dois principais candidatos eleitos através de um sistema pouco democráticos a sua legitimidade estava inquinada à partida[37].

Por muitas críticas – e muitas vezes relevantes – que se faça ao sistema americano, o certo é que as primárias realizadas pelos principais partidos contribuem tanto para a legitimação dos candidatos junto das suas bases como para energizar os eleitores, aumentar a notoriedade da eleição e permitir uma escolha entre um número maior de possíveis candidatos. A realização de eleições primárias ao estilo americano contribuiria de forma profunda para a legitimação democrática do Presidente e, como consequência desta, de toda a Comissão. Contribuiria também para aumentar a cultura política europeia que hoje é insatisfatória e para a notoriedade das eleições para o Parlamento Europeu. A maior vantagem desta solução é que não depende de nenhuma alteração nos Tratados. De facto, a sua correta implementação depende apenas da vontade dos partidos políticos. Arriscamos dizer que atribuir uma figura principal às suas candidaturas também servirá de forma positiva os interesses eleitorais dos partidos, pelo que não vemos inconvenientes demasiados na sua implementação. Aliás, a União Europeia deve olhar com grande atenção para o modelo organizativo norte-americano, na medida em que este sobreviveu séculos com alterações mínimas. Por muito avançado que seja – e é – o modelo atualmente em prática na União Europeia, não devemos cair na armadilha de desconsiderar as experiências que serviram durante vários séculos aos Estados, essencialmente os de organização federal.

Mesmo dentro de um modelo reformado do sistema *Spitzenkandidat* o candidato vencedor continuaria – como acontece atualmente – a ter de ser proposto pelo Conselho Europeu e aprovado pelo Parlamento. No entanto, a rejei-

[37] Ainda que por todas as limitações já assinaladas, e também devido ao problema da nacionalização das eleições para o Parlamento Europeu, o *Spitzenkandidat* tenha tido um impacto limitado, mas não nulo. A reforma do processo aliada à resolução dos problemas das eleições parlamentares apontados *supra* certamente poderia dar origem a um impacto maior junto dos eleitores. Cfr. HOBOL, Sara B., «A vote for the President? The role of Spitzenkandidaten in the 2014 European Parliament elections», *Journal of European Public Policy*, vol. 21, n. 10, 2014, p. 1528-1540; CHRISTIANSEN, Thomas, «After the Spitzenkandidaten: fundamental change in the EU's political system?», *West European Politics*, vol. 39, 2016, p. 992-1010.

ção por qualquer uma destas instituições de um candidato eleito de forma direta, num processo participado e mediático seria equivalente a um suicídio político e como tal altamente improvável[38]. No que toca ao Parlamento Europeu, este tem enviado vários sinais ao Conselho Europeu de apoio ao *Spitzenkandidat* assinalando que não dará o seu assentimento a um candidato eleito de outra forma[39].

---

[38] Aliás nos Estados Unidos a eleição do Presidente também não é, em sentido estrito, direta. Os eleitores escolhem os membros de um colégio eleitoral que depois elege o Presidente. Mas nunca na história da democracia norte-americana o sistema de colégio eleitoral mudou os resultados das eleições. Ainda assim há que referir que por vezes há *faithless electors* que votam num candidato diferente daquele que foi escolhido pelo seu estado. No total isto aconteceu 157 vezes, 82 das quais por preferências pessoais. Cfr. "Faithless Electors", informação obtida na página eletrónica: http://archive.fairvote.org/?page=973.

[39] Numa decisão de 2 de fevereiro aprovada por 457 a favor contra 200 contra, o Parlamento Europeu: "*2. Recalls that the 'Spitzenkandidaten' process reflects the interinstitutional balance between the Parliament and the European Council as provided for in the Treaties; furthermore emphasises that this further step in strengthening the Union's parliamentary dimension is a principle that cannot be overturned;*

3. Stresses that, by not adhering to the 'Spitzenkandidaten' process, the European Council would also risk submitting for Parliament's approval a candidate for President of the Commission who will not have a sufficient parliamentary majority;

4. Warns that the European Parliament will be ready to reject any candidate in the investiture procedure of the President of the Commission who was not appointed as a 'Spitzenkandidat' in the run-up to the European elections;

5. Considers that the 'Spitzenkandidaten' process is also a contribution to transparency, as candidates for President of the Commission are made known prior to the European elections, rather than after them as was previously the case;

6. Underlines that the 'Spitzenkandidaten' process fosters the political awareness of European citizens in the run-up to the European elections and reinforces the political legitimacy of both Parliament and the Commission by connecting their respective elections more directly to the choice of the voters; acknowledges therefore the important added value of the 'Spitzenkandidat' principle in the goal of a strengthening of the political nature of the Commission;

7. Is of the opinion that the political legitimacy of the Commission would be strengthened further if more elected Members of the European Parliament were nominated as Members of the Commission;

8. Recalls that in the run-up to the 2014 European elections all major European political parties embraced the 'Spitzenkandidaten' process, indicating their candidate for President of the Commission, and that public debates among the candidates were held, bringing about a constitutional and political practice that reflects the interinstitutional balance provided for in the Treaties;

9. Considers that in 2014 the 'Spitzenkandidaten' process proved to be a success, and stresses that the 2019 European elections will be the occasion to cement the use of that practice;

10. Encourages the European political parties to nominate their 'Spitzenkandidaten' through an open, transparent and democratic competition"

Cfr. Decisão do Parlamento Europeu, de 7 de fevereiro de 2018, referente à revisão do Acordo-Quadro sobre as relações entre o Parlamento Europeu e a Comissão Europeia, disponível em: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2018-0030+0+DOC+XML+V0//PT.

Só que a "resposta" do Conselho Europeu não se fez tardar, afirmando este que não se encontra condicionado ao *Spitzenkandidat* e escolherá quem melhor entender. Aproxima-se assim um conflito institucional nesta matéria[40].

Claro que esta é também uma solução provisória e não ideal. O objetivo a longo prazo deve ser a alteração dos Tratados e consagração de uma eleição por sufrágio direto e universal para o Presidente da Comissão Europeia, independente da eleição para o Parlamento Europeu – mas por questões de eficiência e maximização da participação eleitoral, realizada na mesma ocasião. Isto traria ainda maior legitimidade ao Presidente da Comissão Europeia em particular, ao sistema político europeu no geral, e contribuiria para diminuir o problema da difusão do poder político na União[41].

Permitiria ao cidadão escolher e votar separadamente no seu candidato a Presidente da Comissão preferido e no seu partido predileto. Nada garante que os dois coincidam. Uma alteração dos Tratados com uma pequena revisão ao sistema de *checks and balances* será necessária para a implementação adequada de um sistema desta natureza. A receita não é de todo inovadora, pelo que as dificuldades seriam muito mais de ordem política que jurídica.

Na senda desta questão uma reforma eventual do Conselho também é desejável. A sua transformação num Senado puro com, pelo menos, um sistema misto – em que parte dos Senadores sejam eleitos diretamente pelos cidadãos em eleições específicas – ofereceria vantagens relevantes em relação ao sistema atual.

É também adequado que seja facultada iniciativa legislativa ao Parlamento Europeu, em linha com a prática constitucional comum nos Estados. Aumenta-se assim o âmbito de ação do Parlamento Europeu e atribui-se à instituição com maior legitimidade por *input* uma prerrogativa que há muito lhe escapa. Consegue-se desta forma também retirar um dos mais frequentes argumentos avançados pelos populistas para criticar o processo legislativo na UE. Após a reforma na estrutura do Conselho, aparenta ser também adequado estender o direito de iniciativa legislativa a esta instituição.

---

[40] HERSZEEHORN, David M.; DE LA BAUME, Maïa, «EU leaders: We won't be bound by Spitzenkandidat process», *Politico*, 23.02.2018 [consult. 26 fev. 2018], disponível em: https://www.politico.eu/article/jean-claude-juncker-spitzenkandidat-eu-leaders-we-wont-be-bound-by-spitzenkandidat-process/.

[41] Cfr. MADURO, Miguel Poiares, «A new governance for the European Union and the Euro: democracy and justice», *RSCAS Policy Papers 2012/11*, Florence, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2012 [consult. 05 fev. 2018], disponível em: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/24295/RSCAS_PP_2012_11rev.pdf?sequence=1.

Algumas destas ideias não são novas, tendo mesmo sido defendidas por nós noutras sedes[42]. No entanto, é de assinalar que recentemente no seu discurso do Estado da União de 2017, o Presidente da Comissão Europeia Jean-Claude Juncker demonstrou partilhar várias das nossas preocupações como a salvaguarda do *Spitzenkandidat*, o reforço da legitimidade do Presidente da Comissão através da fusão dos Presidentes da Comissão e Conselho Europeu, bem como o aprofundamento do envolvimento do Parlamento Europeu no processo legislativo[43].

Admitindo-se que todos os sistemas têm falhas, no caso da União Europeia, pelo menos no âmbito do processo legislativo ordinário, as críticas pintam um cenário substancialmente mais dramático que a realidade. A implementação destas e outras soluções contribuiria de forma profunda para a legitimação da União Europeia e da legislação por ela emanada. Algumas das nossas propostas são de aplicação bastante fácil e como tal podem ser implementadas num espaço de tempo relativamente curto como a utilização frequente de cláusulas *passerelle* ou a reforma do *Spitzenkandidat*. Outras mesmo que essenciais, exigem intervenções mais profundas e como tal mais complexas e morosas como a introdução de iniciativa legislativa para o Parlamento Europeu pelo que a sua consagração terá de ser feita a médio/longo prazo.

Para garantir que a União continua a prosperar é essencial estudar continuamente e ponderadamente soluções que contribuam para o aperfeiçoamento do sistema atual, evitar o aproveitamento nacionalista que, por vezes, impede a correta implementação destas soluções, e retirar argumentos aos populistas reforçando a legitimidade tanto por *output* como por *input* da UE, nomeadamente na sua atividade legislativa.

---

[42] Cfr. CABRAL; COSTA «A crise existencial da União Europeia: ensaio em torno da realização do projecto europeu no quadro dos desafios geopolíticos e jurídico-institucionais actuais»…; CABRAL; COSTA, «Rose-tinted glasses might prove fatal: populists and their performances after the 2017 Dutch general election»…

[43] Cfr. Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, sobre a melhoria do funcionamento da União Europeia com base no potencial do Tratado de Lisboa", disponível em: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0049+0+DOC+XML+V0//PT&language=PT; Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, sobre possíveis desenvolvimentos e ajustamentos do atual quadro institucional da União Europeia, disponível em: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0048+0+DOC+XML+V0//PT; o discurso completo de Jean-Claude Juncker «State of the Union Address 2017» encontra-se disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-17-3165_en.htm; MAIA, Sérgio, «State of the Union 2017 scenario: with full breath ahead», *UNIO-EU Law Journal The oficial blog*, 15.09.2017 [consult. 10 jan. 2018], disponível em: https://officialblogofunio.com/2017/09/15/state-of-the-union-2017-scenario-with-full-breath-ahead/.

Referências

ALVIM, Mariana, «The right to withdraw the notification to leave the European Union under Article 50 TEU: can we still save the marriage?», *UNIO-EU Law Journal The oficial blog*, 10.07.2017 [consult. 01 dez. 2017], disponível em: https://officialblogofunio.com/2017/07/10/the-right-to-withdraw-the-notification-to-leave-the-european-union-under-article-50-teu-can-we-still-save-the--marriage/.

BAKER, Scott R.; YANNELIS, Constantine, «Income changes and consumption: evidence from the 2013 Federal Government shutdown», *Review of Economic Dynamics*, vol. 23, 2017.

BARNARD, Catherine, «The voters have spoken. Brexit it is.», *UNIO-EU Law Journal The oficial blog*, 04.08.2016 [consult. 01. Dez. 2017], disponível em: https://officialblogofunio.com/2016/08/04/the-voters-have-spoken-brexit-it-is/,

BELLAMY, Richard; CASTIGLIONE, Dario, «Legitimizing the Euro "polity" and its "regime". The normative turn in EU Studies», *European Journal of Political Theory*, vol. 2, n. 1, 2003.

BENDERSKY, Corinne, «Resolving ideological conflicts by affirming opponents' status: The Tea Party, Obamacare and the 2013 government shutdown», *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 53, 2014.

BINDER, Sarah A.; LAWRENCE Eric D., SMITH, Steven S., «Tracking the filibuster, 1917 to 1996», *American Politics Research*, vol. 30, n. 4, 2002.

BLANKE, Hermann-Josef; MANGIAMELI, Stelio (eds.), *The Treaty on European Union (TEU): a commentary*, Heidelberg, Springer, 2013.

BLANKE, Hermann-Josef; MANGIAMELI, Stelio (eds.), *The European Union after Lisbon: constitutional basis, economic order and external action*, Heidelberg, Springer, 2012.

BOGDANOR, Vernon, «Brexit, the Constitution and the alternatives», *King's Law Journal*, vol. 27, n. 3, 2016.

BONDURANT, Emmet J., «The Senate filibuster: The politics of obstruction», *Harvard Journal on Legislation*, vol. 48, 2011.

BORMANN, Ernest, «The southern senators' filibuster on civil rights: Speechmaking as parliamentary stratagem», *The Southern Speech Journal*, vol. 27, n. 3, 1962.

BOVENS, Mark, «New forms of accountability and EU-governance», *Comparative European Politics*, vol. 5, 2007.

BRASS, Clinton T., *Shutdown of the Federal Government: causes, processes, and effects*, Washington, DC, Congressional Research Service, 2013, [consult. 15 dez. 2017], disponível em: http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2182&context=key_workplace.

CABRAL, Tiago Sérgio, «Homeopathic Democracy: The European Power Struggle over the Spitzenkandidaten», *UNIO-EU Law Journal The oficial blog*, 05.03.2018 [consult. 05 mar. 2018], disponível em: https://officialblogofunio.com/2018/03/05/editorial-of-march-2018/.

CABRAL, Tiago Sérgio; COSTA, Rita de Sousa, «Brexit and the European football market: the consequences for the Premier League and the British players», *UNIO-EU Law Journal The oficial blog*, 24.07.2016 [consult. 27 nov. 2017], disponível em: https://officialblogofunio.com/2016/07/24/brexit-and-the-european-football-market-the-consequences-for-the-premier-league-and-the-british-players/.

CABRAL, Tiago Sérgio; COSTA, Rita de Sousa, «Rose-tinted glasses might prove fatal: populists and their performances after the 2017 Dutch general election», *UNIO-EU Law Journal The oficial blog*, 07.11.2017 [consult. 27 nov. 2017], disponível em: https://officialblogofunio.com/2017/11/07/rose-tinted-glasses-might-prove-fatal-populists-and-their-performances-after-the-2017-dutch-general-election/.

CABRAL, Tiago Sérgio; COSTA, Rita de Sousa, «The European Union's existential crisis: current challenges from populism to Donald Trump», *UNIO – EU Law Journal*, vol. 4, n. 1, january, 2018.

CABRAL, Tiago Sérgio; COSTA, Rita de Sousa, *A crise existencial da União Europeia: ensaio em torno da realização do projecto europeu no quadro dos desafios geopolíticos e jurídico-institucionais actuais*", [consult. 10 dez. 2017], disponível em: https://institutoeuropeu.eu/images/stories/documentos/Pr%C3%A9mio_Professor_Doutor_Paulo_de_Pitta_e_Cunha/A_Crise_Existencial_da_Uni%C3%A3o_Europeia.pdf

CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luís Mota; FERREIRA, António Pinto, *Manual de direito europeu: o sistema institucional. A ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia*, 7.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

CHAFET, Josh, «The unconstitutionality of the filibuster», *Connecticut Law Review*, vol. 43, n. 4, 2011.

CHRISTIANSEN, Thomas, «After the Spitzenkandidaten: fundamental change in the EU's political system?», *West European Politics*, vol. 39, 2016.

CLARKE, John; NEWMAN, Janet, «"People in this country have had enough of experts": Brexit and the paradoxes of populismo», *Critical Policy Studies*, vol. 11, n. 1, 2017.

COMISSÃO EUROPEIA, «Eurobarometer 68 – Public Opinion in the European Union», Standard Eurobarometer 68, Autumn, 2007 [consult. 20 dez. 2017], disponível em: http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/eb/eb68/eb_68_en.pdf.

COMISSÃO EUROPEIA, «Eurobarometer 73 - public opinion in the European Union», *Standard Eurobarometer 73*, Spring, 2010 [consult. 20 dez. 2017], disponível em: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb/eb73/eb73_vol1_en.pdf.

COMISSÃO EUROPEIA, «Eurobarometer 85 – Public Opinion in the European Union», *Standard Eurobarometer 85*, Spring, 2016, [consult. 20 dez. 2017], disponível em: http://ec.europa.eu/COMMFrontOffice/publicopinion/index.cfm/ResultDoc/download/DocumentKy/75977.

COMISSÃO EUROPEIA, «Eurobarometer 86 - public opinion in the European Union», *Standard Eurobarometer 86*, Autumn, 2016 [consult. 20 dez. 2017], disponível em: http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/ResultDoc/download/DocumentKy/79408.

COTTER, John, «R (Miller) v The Secretary of State for Exiting the European Union [2016] EWHC 2768 (Admin): realpolitik and the revocation of an Article 50 TEU notification to withdraw», *UNIO-EU Law Journal The oficial blog*, 02.12.2016 [consult. 01 dez. 2017], disponível em: https://officialblogofunio.com/2016/12/02/r-miller-v-the-secretary-of-state-for-exiting-the-european-union-2016-ewhc-2768-admin-realpolitik-and-the-revocation-of-an-article-50-teu-notification-to-withdraw/.

CRAIG, Paul; DE BÚRCA, Gráinne, *EU Law: Text, Cases and Materials*, 5.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.

DEWHURST, Elaine, «A perspective on Brexit», *UNIO-EU Law Journal The oficial blog*, 04.08.2016 [consult. 01 dez. 2017], disponível em: https://officialblogofunio.com/2016/08/04/a-perspective-on-brexit/.

ERIKSEN, Erik Oddvar; FOSSUM, John Erik, «Europe in search of legitimacy: Strategies of legitimation assessed», *International Political Science Review*, vol. 25, n. 4, 2004.

FISHER, Patrick, «The filibuster and the nature of representation in the United States Senate», *Parliaments, Estates and Representation*, vol. 26, n. 1, 2006, p. 187-195.

FISK, Catherine; CHEMERINSK, Erwin, «The filibuster», *Stanford Law Review*, vol. 49, n. 2, 1997.

GAMEIRO, António, *O papel dos parlamentos nacionais na União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

GARNER, Oliver, «After Article 50 and before withdrawal: does constitutional theory require a general election in the United Kingdom before Brexit?», *Verfassungsblog on matters constitutional*, 24.03.2017 [consult. 01 dez. 2017], disponível em: http://verfassungsblog.de/after-article-50-and-before-withdrawal--does-constitutional-theory-require-a-general-election-in-the-united-kingdom-before-brexit/.

GERHARDT, Michael J., «The constitutionality of the filibuster», *Constitutional Commentary*, vol. 21, 2005.

GIL, Ricard; MACIS, Mario, «Ain't no rest for the wicked: population, crime, and the 2013 government shutdown», *IZA, Discussion Paper No. 8864*, 2015 [consult. 15 dez. 2017], disponível em: http://repec.iza.org/dp8864.pdf.

GLENCROSS, Andrew, *Why the UK Voted for Brexit: David Cameron's great miscalculation*, London, Palgrave Macmillan, 2016.

GOLD, Martin B.; GUPTA, Dimple, «The constitutional option to change Senate rules and procedures: a majoritarian means to overcome the filibuster», *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 28, n. 1, 2005.

GORJANC, Laura T., «The solution to the filibuster problem: putting the advice back in advice and consente», *Case Western Reserve Law Review*, vol. 54, n. 4, 2004.

GROMEK-BROC, Katarzyna, «Editorial August 2016», *UNIO-EU Law Journal The oficial blog*, 04.08.2016 [consult. 30.11.2017], disponível em: https://officialblogofunio.com/2016/08/04/editorial-august-2016/.

HERSZEEHORN, David M.; DE LA BAUME, Maïa, «EU leaders: We won't be bound by Spitzenkandidat process», *Politico*, 23.02.2018 [consult. 26 fev.

2018], disponível em: https://www.politico.eu/article/jean-claude-juncker-spitzenkandidat-eu-leaders-we-wont-be-bound-by-spitzenkandidat-process/.

HOBOL, Sara B., «A vote for the President? The role of Spitzenkandidaten in the 2014 European Parliament elections», *Journal of European Public Policy*, vol. 21, n. 10, 2014.

HOBOLT, Sara B., «Citizen satisfaction with democracy in the European Union», *Journal of Common Market Studies*, vol. 50, n. 1, 2012.

HOBOLT, Sara B., «The Brexit vote: a divided nation, a divided continent», *Journal of European Public Policy*, vol. 23, n. 9, 2016.

INGRAM, Alan, «Geopolitical events and fascist machines: Trump, Brexit and the deterritorialisation of the West», *Political Geography*, vol. 57, 2017.

JONES, David R., «Explaining restraint from filibustering in the US senate», *The Journal of Legislative Studies*, vol. 6, n. 4, 2000.

JONES, David R., *Party brands, elections, and presidential-congressional relations*, 2017 [consult. 15 dez. 2017], disponível em: https://www.baruch.cuny.edu/wsas/academics/political_science/documents/PartyBrandsElectionsandPresidentialCongressionalRelations.pdf.

KACZOROWSKA, Alina, *European Union Law*, 3.ª ed., London, Routledge, 2013.

KAEDING, Michael; STACK, Kevin M., «Legislative scrutiny? The political economy and practice of legislative vetoes in the European Union», *Journal of Common Market Studies*, vol. 53, n. 6, 2015.

KAEDING, Michael; STACK, Kevin M., *A dearth of legislative vetoes: why the Council and Parliament have been reluctant to veto Commission legislation* [consult. 14 dez. 2017], disponível em: http://blogs.lse.ac.uk/europpblog/2016/10/25/a-dearth-of-legislative-vetoes/.

KARDASHEVA, Raya, «The power to delay: The European Parliament's influence in the consultation procedure», *Journal of Common Market Studies*, vol. 47, n. 2, março, 2009.

KOGER, Gregory, *Filibustering: A political history of obstruction in the House and Senate*, Chicago, The University of Chicago Press, 2010.

KOSAR, Kevin R., «Shutdown of the Federal Government: causes, effects, and process», *CRS Report for Congress*, 20.09.2004 [consult. 15 dez. 2017], dispo-

nível em: http://assets.thefiscaltimes.com/TFT2_20101228/App_Data/MediaFiles/1/B/1/%7B1B124168-264B-4686-8E6F-DE0D5F0E097E%7DShutdown%20background.pdf.

LOCK, Tobias, «Brexit and the single market: you say Article 50, we say Article 127?», *Verfassungsblog on matters constitutional*, 12.12.2016 [consult. 01 dez. 2017], disponível em: http://verfassungsblog.de/brexit-and-the-single-market--you-say-article-50-we-say-article-127/.

LOUK, David Scott; GAMAGE, David, «Preventing government shutdowns: designing default rules for budgets», *University of Colorado Law Review*, vol. 86, 2015.

MADEIRA FROUFE, Pedro, «Editorial of May 2017», *UNIO-EU Law Journal The oficial blog*, 01.05.2017 [consult. 27 nov. 2017], disponível em: https://officialblogofunio.com/2017/05/01/europe-ceci-cest-pas-une-pipe/.

MADURO, Miguel Poiares, «A new governance for the European Union and the Euro: democracy and justice», *RSCAS Policy Papers 2012/11*, Florence, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2012 [consult. 05 fev. 2018], disponível em: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/24295/RSCAS_PP_2012_11rev.pdf?sequence=1.

MAGLIOCCA, Gerard N., «Reforming the filibuster», *Northwestern University Law Review*, vol. 105, n. 1, 2011.

MAIA, Sérgio, «State of the Union 2017 scenario: with full breath ahead», *UNIO-EU Law Journal The oficial blog*, 15.09.2017 [consult. 10 jan. 2018], disponível em: https://officialblogofunio.com/2017/09/15/state-of-the-union-2017-scenario-with-full-breath-ahead/.

MARTIN, Chris C.; ERIKSSON, Kimmo, *Who accurately predicted the end of the government shutdown?*, 2015 [consult. 15 dez. 2017], disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2609920.

MENON, Anand; FOWLER, Brigid, «Hard or soft? The politics of Brexit», *National Institute Economic Review*, vol. 238, nov., 2016.

MEYERS, Roy T., «Late appropriations and government shutdowns: frequency, causes, consequences, and remedies», *Public Budgeting & Finance*, vol. 17, n. 3, 1997.

MOTA, Pedro Infante, «Acordos mega-regionais», in *União Europeia – reforma ou declínio*, coord. Eduardo Paz Ferreira, Lisboa, Vega, 2016.

MÜLLER, Jan-Werner, «Populist constitutions – a contradiction in terms?», *Verfassungsblog on matters constitutional*, 23.04.2017 [consult. 1 dez. 2017], disponível em: http://verfassungsblog.de/populist-constitutions-a-contradiction--in-terms/.

OLIVER, Tim, «Fifty shades of Brexit: Britain's EU referendum and its implications for Europe and Britain», *Italian Journal of International Affairs* vol. 52, n. 1, 2017.

PAPADOPOULOS, Yannis, «Problems of democratic accountability in network and multilevel governance», *European Law Journal*, vol. 13, n. 4, 2007.

PEERS, Steve, «Article 50 TEU: the uses and abuses of the process of withdrawing from the EU», *EU Law Analysis*, 08.12.2014 [consult. 01 dez. 2017], disponível em: http://eulawanalysis.blogspot.pt/2014/12/article-50-teu-uses-and-abuses-of.html.

PEERS, Steve, «Who exactly will 'take back control'? Parliament vs executive after Brexit and the "Great Repeal Bill"», *EU Law Analysis*, 02.10.2016 [consult. 01 dez. 2017], disponível em: http://eulawanalysis.blogspot.pt/2016/10/who--exactly-will-take-back-control.html.

PEERS, Steve, *Guide to EU decision-making and justice and home affairs after the Treaty of Lisbon*, London, Statewatch, 2010 [consult. 05 dez. 2017], disponível em: http://www.statewatch.org/analyses/no-115-lisbon-treaty-decision-making.pdf.

PORTO, Manuel Lopes; ANASTÁCIO, Gonçalo (coords), *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, Coimbra, Almedina, 2012.

POSNER, Eric A., «Can it happen here?: Donald Trump and the paradox of populist government», in *Chicago Public Law And Legal Theory Working Paper*, n.º 605, Chicago, University of Chicago Law School, 2017.

RABINA, Debbie; COCCIOLO, Anthony, «US Government websites during the 2013 shutdown: lessons from the shutdown library», *Alexandria: The Journal of National and International Library and Information Issues*, vol. 25, n. 1-2, 2014.

SANDRO, Paolo, «Of course you can still turn back! On the revocability of the Article 50 notification and post-truth politics», *Verfassungsblog on matters constitutional*, 19.04.2017 [consult. 01 dez. 2017], disponível em: http://verfassungsblog.de/of-course-you-can-still-turn-back-on-the-revocability-of-the-article-50-notification-and-post-truth-politics/.

SCHIITZE, Robert, *European constitutional law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

SCHMIDT, Vivien A., «Democracy and legitimacy in the European Union revisited: input, output and "throughput"», *Political Studies*, vol. 61, n. 1, 2012.

SILVEIRA, Alessandra (coord.), *UNIO E-book Volume I: Workshops CEDU 2016*, Braga, CEDU, 2016.

SILVEIRA, Alessandra, «"Out is out" (including in relation to the Mediterranean diet…) On the Article 50 of the European Union Treaty in the light of the federative principle of European loyalty», *UNIO-EU Law Journal The oficial blog*, 07.07.2016 [consult. 30 nov. 2017], disponível em: https://officialblogofunio.com/2016/07/07/out-is-out-including-in-relation-to-the-mediterranean-diet--on-the-article-50-of-the-european-union-treaty-in-the-light-of-the-federative-principle-of-european-loyalty/.

SILVEIRA, Alessandra, «Brexit, The Supreme Court (UK) and the principle of loyalty: on the question of irrevocability of a withdrawal notice», *UNIO-EU Law Journal The oficial blog*, 26.01.2017 [consult. 30 nov. 2017], disponível em: https://officialblogofunio.com/2017/01/26/brexit-the-supreme-court-uk-and--the-principle-of-loyalty-on-the-question-of-irrevocability-of-a-withdrawal--notice/.

SILVEIRA, Alessandra, «Editorial of July 2016» *UNIO-EU Law Journal The oficial blog*, 29.06.2016 [consult. 30.11.2017], disponível em: https://officialblogofunio.com/2016/06/29/editorial-of-july-2016/.

SILVEIRA, Alessandra, «Sull'esercizio delle competenze dell'Unione europea: il Parlamento portoghese e il giudizio di conformità al principio di sussidiarietà», in *The role of national parliaments in the EU integration process*. Wolters Kluwer Italia/CEDAM, Milan, 2016.

SILVEIRA, Alessandra, «Teoría de la constitucionalidad: entre los procesos de constitucionalización y democratización de la UE», in *Interrelación filosófico--jurídico multinivel. Retos de um mundo global*, eds. Gonçal Mayos, Jose Carlos Remotti e Yanko Moyano, Linkgua, Barcelona, 2017.

SKOGSTAD, Grace, «Legitimacy and/or policy effectiveness?: network governance and GMO regulation in the European Union», *Journal of European Public Policy*, vol. 10, n. 3, 2003.

SMITH, Steven S.; PARK, Hong Min, «Americans' attitudes about the Senate filibuster», *American Politics Research*, vol. 41, n. 5, 2013.

UNIVERSITY OF PORTSMOUTH, «The special legislative procedures: consente», *European Studies Hub* [consult. 05 dez. 2017], disponível em: http://hum.port.ac.uk/europeanstudieshub/learning/module-2-understanding-eu-policy--making/the-special-legislative-procedures/.

VIEIRA, Rui Castro, «Reclaiming the truth: the role of European citizens on countering fake news», *UNIO-EU Law Journal The oficial blog*, 29.11.2017 [consult. 10 dez. 2017], disponível em: https://officialblogofunio.com/2017/11/29/reclaiming-the-truth-the-role-of-european-citizens-on-countering-fake-news/.

WIBLE, Brent, «Filibuster vs. supermajority rule: from polarization to a consensus – and moderation – forcing mechanism for judicial confirmations», *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 13, n. 3, 2005.

YOUNG, Katharine G., «American exceptionalism and government shutdowns: a comparative constitutional reflection on the 2013 lapse in appropriations», *Boston University Law Review*, vol. 94, n. 3, 2014.

O ATO ADMINISTRATIVO TRANSNACIONAL NO ÂMBITO DA UNIÃO EUROPEIA E MERCOSUL: A ABERTURA DE FRONTEIRAS ATRAVÉS DO RECONHECIMENTO MÚTUO DE DIPLOMAS E CERTIFICADOS PROFISSIONAIS

Rômulo BARRETO JR[1]

1. Nota Introdutória

O presente artigo tem o singelo objetivo de apresentar uma abordagem dogmática sobre o *ato administrativo transnacional*, iniciando com uma suscinta referência histórica relacionada ao fim da "Guerra Fria", passando por suas subespécies a supranacionalidade adotada pela comunidade da União Europeia e a intergovernamentabilidade pelo Mercosul.

Com a indicação dos principais instrumentos normativos que subsidiam os atos administrativos transnacionais da União Europeia e Mercosul, serão apresentadas particularidades sobre o *reconhecimento mútuo de diplomas, certi-*

[1] É licenciado em Tecnologia da Construção Civil pelo Instituto de Tecnologia da Amazônia – UTAM e em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (Brasil), obteve o grau de Mestre em Direito Administrativo pela Escola de Direito da Universidade do Minho em Braga (Portugal). Empregado Licenciado do Conselho de Engenharia e Agronomia do Estado do Amazonas - CREA-AM. Atualmente é Advogado e Consultor Jurídico no Brasil e em Portugal e Doutorando pela Universidade de Santiago de Compostela na Espanha.

ficados e outras qualificações; bem como os dispositivos legais que legitimam os profissionais nacionais atuarem em outros Estados Membros (União Europeia) e em outros Estados partes no caso dos países integrantes do Mercosul.

Posteriormente será apresentado um caso concreto de *ato administrativo internacional*, cujo objetivo finalístico foi o reconhecimento bilateral da qualificação profissional da engenharia entre um Estado Membro (União Europeia) e um Estado parte (Mercosul), denominado de *Termo de Reciprocidade celebrado entre a Ordem dos Engenheiros de Portugal (OEP) e o Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (CONFEA)*, órgãos estes responsáveis pela fiscalização do exercício profissional de engenheiros, respectivamente de Portugal e Brasil.

Tal instrumento, em decorrência da transnacionalidade, permite a atuação de engenheiros portugueses nos Estado partes do Mercosul, desde que se registrem no CONFEA, por consequência da celebração do acordo de vontades bilateral, o engenheiro brasileiro poderá atuar na União Europeia condicionado ao registro profissional junto à OEP.

2. Atos administrativos transnacionais

Com o anúncio do fim da União Soviética, em 1991, ocorreu o término da bipolaridade mundial, período histórico marcado pela disputa armamentista e política entre o bloco socialista liderado pela União Soviética e do outro lado os capitalistas americanos. A consequência foi a hegemonia do capitalismo no contexto mundial, o que provocou a adesão forçada por parte da maioria dos Estados como único meio de se equilibrar economicamente e atingir um mínimo de desenvolvimento.

Assim, com o fim do que se nomeou de "Guerra Fria", iniciou uma nova era mundial, caracterizada pelo que se batizou de **globalização** responsável pelo grande avanço na área da tecnologia e comunicação, em que uma nova ordem internacional passou a existir.

O objetivo comum passou a ser a integração econômica, na qual os países desenvolvidos procurando novos mercados, buscavam persuadir os países asiáticos, sul americanos e africanos, resultando em políticas de livre mercado, na imposição da cultura capitalista, provocando a redução do poder estatal dos Estados economicamente mais frágeis e elevando o poder privado e do capital dos Estados economicamente mais sólidos.

Nessa nova ordem internacional o mercado tornou-se extremamente competitivo. Os Estados procuraram adotar políticas semelhantes em busca do desenvolvimento econômico com predomínio de políticas governamentais inclinadas à valorização do capital.

A globalização também chamada de *processo de mundialização* por Dollfus[2], não se reflete singularmente como uma evolução natural. Mas da decorrência de decisões políticas que resultaram na ruptora de barreiras fronteiriças dos Estados, fusões e em algumas situações dispersões parciais, que converteram na "desnacionalização" de Estados e no surgimento de políticas públicas supranacionais.

Nesse diapasão, o cenário da política nacional passou a estar associado à multiplicidade de limitações jurídicas e fáticas, muitas das quais produzidas fora do Estado de origem, cujos reflexos passaram a ser sentidos por um número indeterminado de cidadãos dentro da União Europeia. Deste modo, a supranacionalidade adquiriu contornos relevantes no contexto jurídico-econômico mundial.

3. A supranacionalidade e a intergovernamentabilidade como subespécies dos atos administrativos transnacionais

A supranacionalidade, através de processos de integração regional, foi responsável pela criação de instituições com competência decisória capaz de atender os objetivos do processo integracionista, muitas vezes na contramão dos interesses de algum Estado Membro. Nesse aspecto, a supranacionalidade encontra-se respaldada pela delegação de determinadas competências soberanas, que em passado não tão distante eram indelegáveis, exclusivas e inalienáveis às instituições internacionais, forçando com que conceitos mais radicais de **soberania** sofressem profundas mutações para se adequarem ao novo cenário mundial.

Seguindo o entendimento da jurista Suzana Tavares da Silva que revela algumas características essenciais dos atos transnacionais cujos seus efeitos têm origem extraterritorial; os destinatários são de ampla abrangência e às autoridades administrativas chegam a ser de abrangência extra-estadual[3].

Ainda para a Tavares, o ato administrativo transnacional no contexto da União Europeia encontra-se balizado sob três pilares do direito da União Europeia: **a desativação das fronteiras internas; a descentralização na execução do direito da União Europeia e o princípio do reconhecimento mútuo entre**

---

[2] "*La mondialisation est une réalité contEstado-membroporaine qui dépasse les régimes et les idéologies, même si elle reflecte l´état des forces, des idées et des systèmes techniques à l´oeuvre et si, pour le moment, l´Estadomembroprise du capitalisme, du marché, du néoliberalisme et de systèmes technologiques recherchant la meilleure productivité des facteurs, marque notre monde.*" DOLLFUS, Olivier, *La mondialization*, 2 ed., Paris, Presses de Sciences Po, 2001, p. 08.

[3] SILVA, Suzana Tavares da, *Direito Administrativo Europeu*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 91.

os Estados Membros. Claramente se identifica este formato no bloco da União Europeia.

Portanto, na versão mais atualizada do Tratado da União Europeia consta como objetivo finalístico a criação de um espaço de livre circulação entre os Estados, sem controle fronteiriço no interior do espaço geográfico da União Europeia, adotando o modelo de execução descentralizado de repartições de competência decorrente da ideia de autonomia administrativa dos Estados Membros, com a incidência do princípio da subsidiariedade.

Assim, prevaleceu na União Europeia o respeito ao princípio do reconhecimento mútuo entre os Estados Membros, em que a confiança mútua é valorizada através da adoção de processos administrativos abertos ou não pormenorizados. Restando preservadas as especificidades dos Estados Membros, entretanto, estes legitimados a participar ativamente da elaboração de atos administrativos de outro Estado Membro com produção de efeitos transnacionais.

Tratando ainda de cenários integracionistas, a intergovernamentabilidade, diferentemente da supranacionalidade, tem como característica marcante a reunião de Estados em um bloco ou comunidade desprovida de autoridade central capaz de impor regras que deveriam ser adotadas por todos os Estado Membros.

Desse modo, resta aos Estados integrantes buscar soluções dos conflitos através dos meios diplomáticos (negociação direta, mediação, arbitragem), e, na hipótese da não observância de uma norma livremente acordada, resta ao Estado transgressor a responsabilidade internacional perante os demais Estados, sobre o qual será lícita a aplicação de medidas restritivas ou de efeito equivalente, ou, mesmo, a cessação da vigência ou suspensão do Tratado como medida sancionatória, conforme previsto no artigo 60 da Convenção de Viena[4].

4. O ato administrativo transnacional na União Europeia - reconhecimento de diplomas, certificados e outras qualificações

Sobre o tema específico do reconhecimento de diplomas, certificados e outras qualificações, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia -

[4] Convenção de Viena - Artigo 60º, n. 1- Uma violação substancial de um tratado bilateral, por uma das partes, autoriza a outra parte a invocar a violação como motivo para fazer cessar a vigência do tratado ou para suspender a sua aplicação, no todo ou em parte.

TFUE, em seu artigo 53º, n. 1[5], dispõe que o Parlamento Europeu e o Conselho têm a responsabilidade de elaborar diretivas que visem o reconhecimento mútuo de diplomas, certificados e outros títulos aos nacionais dos Estados Membros, e que tais diretivas contemplem a coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas para o fiel cumprimento do Tratado, tendo como alvo a desburocratização do acesso e exercício de atividades não assalariadas em qualquer Estado Membro.

Porém, em razão da demora na adoção das medidas de operacionalização da norma, refletida no artigo 53º, n. 1 do TFUE, os profissionais liberais da Comunidade Europeia titulares de diplomas e/ou outras certificações se viram impulsionados a recorrerem ao judiciário dos Estados Membros, pleiteando o reconhecimento de suas qualificações nacionais para o acesso e exercício de profissões regulamentadas em outros Estados Membros.

Assim, sob o argumento dos efeitos transnacionais, a base jurídica das diversas ações judiciais foi edificada no sentido de que os atos administrativos permissivos de acesso à uma categoria profissional pudessem produzir os mesmos efeitos habilitantes no território de outros Estados Membros.

As autoridades dos Estados Membros com o amparo em suas legislações nacionais contestaram, negando a produção dos efeitos e reconhecendo e admitindo, até então, diplomas e certificados emitidos apenas em seu próprio território.

Como a matéria tratava de interpretação do direito da União Europeia, muitos dos casos, após a análise dos tribunais nacionais, foram encaminhados ao Tribunal de Justiça União Europeia que sacramentou a discussão invocando os dispositivos previstos no Tratado de Roma, em que os atos administrativos permissivos deviam ser mutuamente reconhecidos entre os Estados membros, mesmo que ainda não houvesse legislação harmonizada[6].

---

[5] TFUE - Artigo 53º - n. 1 - A fim de facilitar o acesso às actividades não assalariadas e ao seu exercício, o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, adoptarão directivas que visem o reconhecimento mútuo de diplomas, certificados e outros títulos, bem como a coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados Membros respeitantes ao acesso às actividades não assalariadas e ao seu exercício.

[6] Refere o sumário do acórdão: "Desde o termo do período de transição, o artigo 52.° do Tratado CEE é uma disposição directamente aplicável, apesar da inexistência, num determinado domínio, das directivas previstas nos artigos 54.°, n.° 2, e 57.°, n.° 1, do Tratado" cf. TJCE. Ac. de 21.07.1974, Processo nº 2/74, *Jean Reyners contra Estado belga*, [consult. 12 abr. 2018], disponível em: http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d5f8f40dbd887849598c82e6a9ea0aed4a.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNbxr0?text=&docid=88733&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=49267.

No entanto, importa frisar que os efeitos produzidos no Estado Membro de incidência do diploma ou certificado obtido em outro não são, necessariamente, idênticos aos do Estado Membro originário. Pois, para que haja concretização do efeito transnacional, é necessário que se considere o grau dos conhecimentos e das habilitações que o referido diploma confere atendendo à natureza e ao tempo de duração dos estudos, bem como das formações práticas profissionais correspondentes.

A Comissão Europeia através das Diretivas 89/48 CEE e 92/51 CEE instituiu um sistema geral de reconhecimento dos diplomas, permitindo a qualquer profissional liberal, plenamente qualificado e habilitado, obter o reconhecimento das suas qualificações profissionais, adquiridas no país de que é oriundo, com o propósito de exercer a profissão regulamentada em outro Estado Membro. Ambas as diretivas não estabeleceram regime de reconhecimento automático dos diplomas.

Portanto, havendo diferenças substanciais constatadas entre a formação acadêmica adquirida e a exigida para poder exercer sua profissão no país de acolhimento, o migrante estará sujeito às "medidas compensatórias", como por exemplo provas de aptidão técnica e estágios profissionais.

Em seguida surgiu a Diretiva 2005/36/CE que além de dispor das medidas compensatórias (artigo 14º), estabeleceu dentre outras importantes medidas, o reconhecimento automático, nomeadamente, de algumas profissões como por exemplo: médico, enfermeiros, dentistas, farmacêuticos e arquitetos; bem como o procedimento de reconhecimento mútuo das qualificações profissionais, seguindo a linha da desburocratização dos procedimentos administrativos.

Nesse diapasão, surgiu a Diretiva 2013/55/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Novembro de 2013, alterando a Diretiva 2005/36/CE relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais e o Regulamento (UE) nº 1024/2012 relativo à cooperação administrativa através do Sistema de Informação do Mercado Interno «Regulamento IMI».

Assim, a Diretiva 2013/55/UE tratou de consolidar em definitivo as medidas previstas na Diretiva 2005/36/CE, introduzindo a emissão da carteira profissional europeia e ainda teve o condão de ampliar a aplicação dos princípios de formação comuns, com o reconhecimento mais automático das qualificações profissionais de profissões não abrangidas pela Diretiva 2005/36/CE. Devendo, para tanto, ser respeitada a competência dos Estados Membros para decidirem as qualificações profissionais exigidas para o exercício das profissões no seu território, bem como o conteúdo e a organização dos seus sistemas de ensino e formação.

Como destaque, frisa-se ainda a Diretiva 2006/123/CE que obriga os Estados Membros a facilitarem o acesso à informação e a possibilitar a conclusão

dos procedimentos através dos balcões únicos. Assim, os profissionais que requeiram o reconhecimento das suas qualificações profissionais nos termos da Diretiva 2005/36/CE podem utilizar os balcões únicos, desde que se encontrem abrangidos pela Diretiva 2006/123/CE.

5. O ato administrativo transnacional no Mercosul

No Mercosul, a pedra de toque do bloco sul-americano foi o Tratado de Assunção cujo objetivo finalístico é a integração econômica e social entre seus signatários, sendo o equilíbrio econômico um dos princípios mecanismos para atingir o desenvolvimento.

Assim, não há que se almejar desenvolvimento econômico entre os membros sem a existência de um mínimo de equilíbrio e interesses uniformes entre eles. Nesse sentido, o processo de integração faz com que determinadas regiões se especializem em produtos específicos, diminuindo a possibilidade de outras regiões concorrerem no mercado comum, com aqueles mesmos produtos.

Nesse contexto, surge o fator de produção humana que deve ser harmônico o suficiente para que a integração e o equilíbrio entre os Estados partes prosperem, sendo necessário a existência de padrões de formação e desimpedimento de circulação de profissionais para onde houver demanda.

5.1 O mútuo reconhecimento de diplomas e certificados no Mercosul.

O bloco do Mercosul, através do *Protocolo sobre integração educativa e reconhecimento de certificados, títulos e estudos de nível primário e médio não t*écnico – CMC/DEC. 04/94[7] garantiu o mútuo reconhecimento entre os Estados partes, dos certificados e graus concedidos no ensino primário e secundário, anteriores ao ingresso às universidades.

O ponto a ser destacado é que o mútuo reconhecimento ocorreu ainda que presentes acentuadas assimetrias entre os quatro sistemas de ensino, sendo compensadas com exigências de medidas compensatórias nos casos que extrapolem a previsão do Protocolo. Melhor dizendo, do mesmo modo que na União Europeia, os efeitos dos atos administrativos que emitem um diploma ou certificado poderão ultrapassar os limites fronteiriço de seu Estado parte emissor, produzindo efeitos noutro Estado parte inclusive de anulação do ato administrativo.

Em 1995, com a assinatura do *Protocolo de integração educativa sobre reconhecimento de títulos universitários para o prosseguimento de estudos de*

[7] Para consultar a íntegra do Protocolo ver: http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/dec494.asp.

pós-graduação nas universidades do Mercosul – DEC. Nº 04/95 passou a existir o mútuo reconhecimento de diplomas de graduação universitária, cujo objetivo finalístico foi o de possibilitar a continuação dos estudos em fase de pós-graduação em outro Estado parte.

Do mesmo modo que a Comunidade Europeia, o Mercosul seguiu a linha de integração com o objetivo de reduzir as assimetrias existentes entre os sistemas de ensino em todos os níveis de formação, dessa maneira, tornou a possível existência do mútuo reconhecimento de diplomas e certificados de ensino primário, secundário e técnico, bem como de ensino superior, e gradativamente foi tornando possível a circulação de profissionais no território dos Estados partes visando alcançar o objetivo do bloco, ou seja, a consecução do desenvolvimento econômico e social.

Deste modo, as decisões destacadas legitimaram a eficácia transnacional aos diplomas e certificados emitidos pela autoridade competente de um determinado Estado parte com a produção de idênticos efeitos aos demais Estados parte.

6. Reconhecimento mútuo em matéria das qualificações profissionais entre Estados Membros da União Europeia e países terceiros

Importa destacar que a Diretiva 2005/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de setembro de 2005, relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais, consolidou o regime do reconhecimento mútuo inicialmente baseado em 15 diretivas, em que estabeleceu o reconhecimento automático de um número limitado de profissões com base em requisitos mínimos de formação harmonizados, um regime geral de reconhecimento dos títulos de formação e o reconhecimento automático da experiência profissional.

A Diretiva 2005/36/CE estabeleceu também um novo regime de livre prestação de serviços. Prevendo, expressamente, a ampliação do direito ao reconhecimento de diplomas, certificados e outros títulos profissionais também aos nacionais de países terceiros, que em virtude de beneficiarem de igualdade de tratamento no que se refere ao reconhecimento de diplomas, certificados e outros títulos profissionais, devem seguir os procedimentos nacionais aplicáveis, ao abrigo de atos normativos específicos da União Europeia, especificamente em matéria de residência de longa duração, refugiados, titulares do Cartão Azul e investigadores científicos[8].

[8] Considerando n. 1 da Diretiva 2013/55/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de novembro de 2013.

6.1 Reconhecimento mútuo profissional em matéria de engenharia entre Portugal e Brasil

Em razão de tratados internacionais que garantem a reciprocidade de direito e deveres entre nações amigas, a transnacionalidade acaba por se fazer presente entre Estados Membros e Estados partes, como por exemplo entre Portugal e Brasil.

Dentro do contexto do reconhecimento mútuo em matéria das qualificações profissionais, há cerca de aproximadamente três anos e meio (setembro de 2015), as duas nações, através das suas entidades de fiscalização de exercício profissional, no caso particular das profissões de engenharia, Ordem dos Engenheiros de Portugal (OEP) e Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (CONFEA) do Brasil, firmaram o Termo de Reciprocidade[9] que em 2017 assumiu caráter efetivo e definitivo e sem limitar o universo de profissionais que possam por ele ser abrangidos, tendo como objetivo permitir aos profissionais de engenharia, fossem eles portugueses e brasileiros, a requererem o registro profissional recíproco.

O Termo de Reciprocidade aplica-se aos profissionais graduados que tenham cursado, no mínimo, 3.600 (três mil e seiscentas) horas no Brasil ou 5 (cinco) anos de estudos em Portugal. Dessa forma, os engenheiros de Portugal e Brasil dispõe de um instrumento jurídico transnacional que permite o exercício profissional com os mesmos direitos e deveres decorrentes do exercício profissional estabelecidos nos regulamentos do CONFEA para o exercício profissional no Brasil e da OEP para o exercício profissional em Portugal.

Desse modo, é bem verdade que as representações profissionais de ambos os países, com o tratado de reciprocidade, pretendiam apenas atingir os limites de suas fronteiras para o reconhecimento mútuo de qualificação profissional da engenharia.

Entretanto, em razão dos atos administrativos transnacionais, os engenheiros de Portugal passam a estar legitimados a atuar junto aos Estados partes do Mercosul. Por conseguinte, desde que preenchidas as exigências previstas no tratado em comento, os engenheiros do Brasil estão habilitados a atuar no bloco europeu passando a ter os direitos e obrigações recíprocos.

Assim, ao disciplinarem a prática regular da atividade profissional da engenharia em ambos os países, as Ordens profissionais deram um gigantesco passo visando a facilitação da absorção do engenheiro estrangeiro no mercado local. No entanto, cabe destacar que os países em causa possuem legislações rigorosas relativas à mobilidade de trabalhadores estrangeiros quanto à comprovação de

[9] Para consultar a íntegra o conteúdo do Termo de Responsabilidade ver: http://www.confea.org.br/media/Termo_Reciprocidade_Confea_OEP.pdf.

autorização de residência e vínculo empregatício, o que não desmerece o grandioso feito das entidades reguladoras da profissão de engenheiros.

7. Conclusão

A União Europeia e o Mercosul impulsionados pelo processo de globalização, resultou no surgimento de mecanismos *suis generis* com implicações inter e transnacionais nas políticas de reconhecimento mútuo de diplomas, certificados e outras qualificações. Do mesmo modo que aconteceu na Europa, no Mercosul passou a existir derivações comunitárias e transnacionais, provocando, situações que tradicionalmente não se observava, caso em que os profissionais estavam restritos à em sua área de atuação ao território onde adquiriu a referida qualificação, contudo, tal situação não se faz mais presente no mundo atual resultado da amplitude de área de atuação e horizontalização do direito.

Desse modo, decorrente da transnacionalidade dos atos administrativos, com a permeabilização das fronteiras internas, sobressai a descentralização na execução do direito da União Europeia e a forte presença do princípio do reconhecimento mútuo entre os Estados Membros; elementos caracterizadores da desburocratização no contexto da comunidade europeia, somados a busca incessante pelo desenvolvimento econômico e social, tornam possível o deslocamento de mão de obra especializada e qualificada pelo mundo a fora, não havendo barreiras para progresso.

Referências Bibliográficas

DOLLFUS, Olivier, *La mondialization*, 2. ed., Paris, Presses de Sciences Po, 2001.

GRANDO, Artur Antônio, *O Acto Administrativo Transnacional na Supranacionalidade da União Europeia e na Intergovernamentabilidade do Mercosul*, Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2013, Dissertação de Mestrado.

MARINELA, Fernanda, *Direito Administrativo*, 5. ed., Niterói, Editora Impetus, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 28. ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

OTERO, Paulo, «Normas administrativas de conflitos: as situações jurídico-administrativas transnacionais», in *Estudos em memória do Professor Dou-*

tor António Marques Santos, Luís de Lima Pinheiro (coord.), Coimbra, Almedina, 2005, vol. II.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, «Constituição, soberania e Mercosul»**,** *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 2, 1999, p. 13-60.

SILVA, Suzana Tavares da, *Um novo Direito Administrativo?* Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

_____, *Direito Administrativo Europeu*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

SILVEIRA, Alessandra (coord.), *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*, Lisboa, Quid Juris, 2010.

VENTURA, Deisy, *As assimetrias entre o Mercosul e a União Europeia*, Barueri, Manole, 2003.

INTERPRETAÇÃO E DECISÃO EM NIKLAS LUHMANN: TRANSMODERNIDADE E DESCOLONIZAÇÃO

Heroana Letícia PEREIRA[1]
Rafael Lazzarotto SIMIONI[2]

A interpretação jurídica brasileira, por muito tempo, tem levado em conta um ideário descontextualizado da sua própria identidade e da própria ideia de modernidade, até porque existe uma clara discrepância entre o ideal de modernidade europeu e o dos demais locais do globo, como é o caso da América Latina. Valendo-se de princípios e procedimentos advindos da Europa, ainda se decide os problemas periféricos com base em um direito vindo do centro, razão pela qual a interpretação se encontra a uma distância crítica da realidade cultural. Contudo, é preciso se atentar a outras possibilidades de interpretação. Uma

[1] Mestranda em Direito, área de concentração em Constitucionalismo e Democracia, pela Faculdade de Direito do Sul de Minas; bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, CAPES, Brasil, graduada em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, Graduada em Letras pela Universidade do Vale do Sapucaí, pesquisadora integrante dos grupos de pesquisa Margens do Direito e Paradoxos do Direito Global (PPGD/FDSM), vinculados ao CNPq. E-mail: heroana.pereira@gmail.com.

[2] Pós-Doutor em Filosofia e Teoria do Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Doutor em Direito Público pela Unisinos, Mestre em Direito pela UCS, graduado em Direito pela UCS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas e do Programa de Programa de Pós-Graduação em Bioética Univás, professor convidado do Programa de Programa de Pós Graduação em Educação da Universidade Estadual de Campinas-Unicamp. Editor-Chefe da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pesquisador líder do Grupo de Pesquisa Margens do Direito (PPGD/FDSM). E-mail: simioni2010@gmail.com.

delas é a necessidade de um conceito de argumentação que possa perguntar pelas condições de possibilidade e pela função da fundamentação, e que seja capaz de dar conta de uma visão da interpretação baseada nos problemas da periferia para a periferia.

Ao analisarmos a decisão jurídica, vislumbramos um apanhado de situações que merecem destaque no panorama da atividade de decidir. Sinaliza-se, aqui, a relação centro-periferia no imaginário ocidental, tanto pela relação América Latina e Europa, como pela gradação de funções no sistema do direito, na perspectiva da teoria dos sistemas autopoiéticos de Niklas Luhmann. Por outro lado, ao analisar a interpretação do direito tomando por base distinções como centro/periferia, bem como os sistemas de funções na organização do direito, nos deparamos com a necessidade de reavaliarmos em que ponto está inscrita a modernidade em uma perspectiva latino-americana. Para tanto, mostra-se necessária a realização de, em um primeiro percurso, um levantamento de indagações e pressupostos teóricos a fim de compreender em que ponto se insere a distinção centro/periferia na interpretação do direito, em um viés voltado para a história latino-americana.

Como aportes paradigmáticos nos estruturamos em Enrique Dussel, aliado à teoria dos sistemas autopoiéticos de Niklas Luhmann, para compreender a interpretação do direito pelo viés da distinção entre centro e periferia. Para tanto, nos valemos da concepção de que, para que se construa uma teoria da interpretação e da decisão da periferia para a periferia é preciso que se realize um diálogo intercultural transversal entre aqueles que estão na fronteira entre o centro e a periferia, um diálogo da periferia para a periferia, não da periferia para o centro.

No interior dos sistemas de organização do direito facilmente se conclui que lidamos com distinções internas ao sistema tais como organização forma/informal ou fins/meios, o que se relaciona à produção de hierarquias. Contudo, esclarecer tais distinções dentro do sistemas das organizações não é suficiente para afirmar que a sua essência consiste na sua estrutura hierárquica ou em orientações para o cumprimento de objetivos previamente postos.

Em uma concepção pré-moderna da sociedade, facilmente se pode estruturá-la levando em consideração suas desigualdades, realizando uma diferenciação estratificada e entre centro e periferia, que é uma forma elementar de sociedades segmentadas, especialmente no tocante à divisão de papéis sociais e do trabalho. Tal diferenciação provém dos centros, pois eles dependem dela para continuarem sendo centros, enquanto isso a periferia ainda se mantém em uma diferenciação interna segmentar (LUHMANN, 2006, p. 525). Destaque-se que pode haver uma multiplicidade de centros e de periferias, com diferentes graus de aproximação entre si e que realizam maiores ou menores diferenciações. Contudo, é preciso elencar outros importantes elementos para além da diferenciação

centro/periferia, pois ela ultrapassa fatores geográficos e possui alto número de complexidades e sensibilidade às comunicações. Falamos de uma nova forma de diferenciação somente quando certas peculiaridades estruturais dos centros estão condicionadas pela manutenção da diferença centro /periferia (LUHMANN, 2006, p. 525).

O aumento da complexidade da comunicação, justamente por exceder fronteiras, tem importantes efeitos, com destaque para o surgimento de formas de diferenciação territorial, a capacidade de reflexão em relação à própria identidade e diversidade e o interesse no controle efetivo do que acontece fora das fronteiras; ou seja, tendências à expansão do domínio territorial. Do mesmo modo, existem centros que processam sua prioridade de ser um centro com doação de símbolos e significados, de lá eventualmente para perseguir fins missionários e outros que se limitam à organização de poder e recursos para a exploração da periferia (LUHMANN, 2006, p. 525). Tais resultados são vistos em larga escala quando se analisa as grandes expansões territoriais de países europeus sobre o globo que, para além de demarcações geográficas, também constroem extensões de seus territórios, instituindo saberes e culturas. Contudo, não se pretende selecionar os limites lineares do espaço identificáveis entre o centro e a periferia. Centro e periferia continuam sendo uma forma de diferença (LUHMANN, 2006, p. 525). Do alargamento das possibilidades de comunicação além das fronteiras do reino surge a necessidade de distinguir os seres humanos de acordo com sua pertença ao próprio espaço da ordem ou se eles vivem além das fronteiras (LUHMANN, 2006, p. 525).

Uma estratégia de crescimento libertador transmoderno pressupõe a criação de um projeto transmoderno. Trata-se de um projeto que vise valorizar a cultura negada, relegada a segundo plano por uma concepção de que uma cultura eurocêntrica, dita universal, é a que trata do conhecimento verdadeiro. Contudo, não basta simplesmente valorizar a cultura periférica de modo combativo em relação à cultura do centro, pois isto significaria seguir um percurso pelo fanatismo. É preciso, também, partir de uma crítica interna a partir de uma hermenêutica própria, na medida em que a valorização da cultura periférica não pode partir de premissas cegas, precisa, antes de tudo, partir de premissas críticas sobre sua própria cultura. Em terceiro lugar, os críticos, para serem críticos, devem viver o biculturalismo das fronteiras e então criar um pensamento verdadeiramente crítico (DUSSEL, 2016, p.59). A partir destes pressupostos, segundo Dussel, é possível realizar um projeto descolonial no caminho para a transmodernidade visando o desenvolvimento da valorização de uma tradição cultural própria.

A ideia de transmodernidade é trazer à baila o surgimento da alteridade de culturas universais, que respondem aos desafios da modernidade a partir de outro lugar, do ponto de vista de sua própria experiência cultural, que não é a

mesma da euro-americana. Portanto, que podem responder às suas questões de forma única e em um movimento transversal, isto é, de periferia para periferia. O diálogo intercultural deve partir de outro lugar, para além do mero diálogo entre eruditos do mundo acadêmico ou institucionalmente dominante (DUSSEL, 2016, pp. 63-64) e que não parte do pressuposto da existência de uma simetria entre culturas que, sabe-se, não existe, o intelectual crítico deverá ser aquele que se encontra na fronteira entre duas culturas, do centro e da periferia, mas que dialoga da periferia para a periferia.

Para as culturas ocidentais, a invasão da América pelos espanhóis foi um marco da construção da Modernidade. A abertura geopolítica da Europa para o Atlântico, o início da implantação do sistema-mundo e criação do sistema colonial se deram a partir deste marco histórico. Também pode-se falar que a plenitude da modernidade somente ocorreu em função da existência do colonialismo, pois a partir dele floresceu a revolução industrial. E justamente assim a Europa tornou-se o centro do sistema-mundo, enquanto a América Latina tornou-se uma periferia deste sistema, assim como o continente africano.

A partir deste contexto é que se torna necessário estabelecer uma crítica a uma visão ingênua que pressupõe a possibilidade da realização de um diálogo entre culturas como possibilidade multicultural simétrica. Tal diálogo não pode ser simétrico quando se realiza entre culturas de centro e culturas de periferia, pois o eurocentrismo enraizou a produção de conhecimento e cultura civilizados como sendo os seus, enquanto o que vem da periferia é conhecimento selvagem. Há um abismo cultural intransponível neste contexto. As culturas periféricas foram, em parte, colonizadas, mas a maior parte de suas estruturas de valores foram excluídas, negadas ou aniquiladas.

O propósito do uso da filosofia da libertação, como crítica cultural, e da teoria dos sistemas como crítica estrutural, é gerar uma nova elite cuja ilustração não se articule ao centro, mas sim à periferia, aos oprimidos. Essa cultura periférica oprimida pela cultura imperial deve ser o ponto de partida para o diálogo intercultural (DUSSEL, 2016, P. 53) para, a partir dele, em um diálogo da periferia para a periferia realizar a construção de conhecimento liberta do centro.

Referências

BARALDI, Claudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena, *Luhmann in Glossario: I Conceti de Fondamentali dela Teoria Dei Sistemi Sociali*, Parma, Franco Angeli, 1996.

DUSSEL, Enrique, *Filosofia da Libertação na América Latina*, 2ª Ed., Trad. Luiz João Gaio, São Paulo, Loyola/UNIMEP, 1977.

DUSSEL, Enrique, *Para uma ética da Libertação Latino Americana, Erótica e Pedagógica*, Trad. Luiz João Gaio, São Paulo, Loyola/UNIMEP, 1977.

DUSSEL, Enrique, «Transmodernidade e interculturalidade: interpretação a partir da filosofia da libertação», *Revista Sociedade e Estado*, Brasília, volume 31, número 1, p. 51-73, abril de 2016, disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-

69922016000100051&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 02 de janeiro de 2018. http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69922016000100004.

LUHMANN, Niklas, *Introdução à Teoria dos Sistemas*, 3ª ed., Petrópolis, Vozes, 2011.

LUHMANN, Niklas, *La Sociedad de la Sociedad*, Ciudad de México, Universidad Iberoamericana, 2006.

LUHMANN, Niklas, *O Direito da Sociedade*, São Paulo, Martins Fontes- selo Martins, 2016.

LUHMANN, Niklas, *Organizzazione e Decisione*, traduzione di Giancarlo Corsi, Milano, Paravia Bruno Mondadori Editori, 2005.

LUHMANN, Niklas, *Sistemas Sociais: esboço de uma teoria geral*, Petrópolis, Vozes, 2016.

MIGNOLO, Walter, «A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade», in *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas*, Edgardo Lander (org), Colecciôn Sur Sur, Ciudad Autônoma de Buenos Aires, CLACSO, 2005.

QUIJANO, Aníbal, «Colonialidade, poder, globalização e democracia», in *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas*. Edgardo Lander (org). Colecciôn Sur Sur, Ciudad Autônoma de Buenos Aires, CLACSO, 2005.

SEGATO, Rita, «Raça é signo», in *Inclusão social, Identidade e diferença: perspectivas pós-estruturalistas de análise social*, Aécio Amaral Jr. e Joanildo Burity (org.), São Paulo, Annablume, 2006.

TUTELA INTERNACIONAL DE ALIMENTOS: UMA ANÁLISE DA EFICÁCIA DA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS NO ESTRANGEIRO

Luís Henrique GONÇALVES DE AZEVEDO PINTO[1]

1. Introdução

Com o advento da globalização, é inequívoco que o deslocamento internacional tornou-se mais evidente. Viagens internacionais ou transferências estrangeiras a trabalho tornaram-se muito mais frequentes que os índices conhecidos do século anterior. Tal fato também alterou significativamente a construção familiar, visto que pessoas de nacionalidades diferentes passaram a se relacionar com uma maior frequência, tendo por consequência, o nascimento de filhos com pais de nacionalidades distintas.

Nesse ínterim, os estudos acerca da proteção dos direitos dos filhos avançaram consideravelmente. Enquanto no modelo familiar brasileiro anterior, os filhos e esposas figuravam como meros coadjuvantes, ou ainda, auxiliares, que tinham como objetivo promover o conforto e enaltecer a figura do *pai*, o modelo familiar atual procura conceder um maior zelo para com os filhos, por serem os seres ainda em construção moral, devendo ser protegidos acima de qualquer prerrogativa paternal.

[1] Advogado no Brasil atuante na Área Cível com ênfase em Família e Sucessões. Graduado pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) onde foi Monitor da Disciplina Direito Processual Civil II e Pesquisador Voluntário (PIBIC) em Mediação Extrajudicial. E-mail: luis_henrique_gap@hotmail.com

Além dessa proteção à integridade moral dos filhos, o direito das famílias contemporâneo também reconhece e preza pela proteção material destes. Os pais possuem o dever de sustento para com os filhos, decorrente do exercício da parentalidade responsável. Enquanto ainda juntos conviverem, os pais têm o dever solidário de promover o sustento de sua prole, principalmente com relação à educação, cultura, esporte, saúde e lazer.

A partir da ruptura da relação entre os pais, seja matrimonial ou por meio de uma união estável, surge a obrigação de alimentos ao genitor que não residir com o filho. Devendo-se ressaltar que, em razão da obrigação de sustento possuir o caráter solidário, ambos os pais devem suportar as despesas na proporção de suas possibilidades econômicas.

Quando do não provimento desses alimentos de forma voluntária, o cônjuge que detiver a guarda – caso seja unilateral -, ou residir com o filho, terá a legitimidade para representá-lo ou assisti-lo em juízo para requerer a chancela judicial a fim de que seja o outro genitor, condenado ao pagamento de pensão alimentícia.

A partir desse momento, seja por decisão interlocutória ou sentença judicial, o devedor é obrigado a proceder ao pagamento dos alimentos. Ocorre que, em muitos casos, o genitor devedor não promove o pagamento de forma voluntária, ainda que após a condenação ao pagamento, não restando outra forma de garantir o sustento do filho a não ser pela execução deste ato judicial.

Sendo assim, o Código de Processo Civil de 2015 elenca alguns caminhos a serem percorridos para que seja garantida a obrigação constante na decisão. Dentre eles, há a possibilidade de se requerer a penhora de bens do executado, ou o desconto em folha de pagamento, podendo estas ser requeridas a partir da primeira parcela em atraso. Há também a possibilidade de se requerer a prisão do devedor, na situação em que se verificar o inadimplemento total ou parcial, das últimas 3 (três) prestações anteriores à data do ajuizamento da execução.

Devendo-se frisar que a execução pelo rito da prisão civil não irá garantir o sustento do filho diretamente, percebendo-se mais como uma medida de coação pessoal que visa amedrontar o devedor para que este não seja condenado à prisão.

2. A globalização e a atenuação das fronteiras

Em templos de concreta globalização, não há como negar que as fronteiras nacionais estão cada vez mais representando uma demarcação exclusivamente geográfica, visto que percebe-se claramente a difusão exacerbada das culturas, principalmente dos países desenvolvidos como Estados Unidos e os da União Europeia.

Os costumes, que antes eram tidos como fatores determinantes e distintivos de cada cultura, na qual a população era reconhecida desde logo pela cor de pele, fala e vestimentas, sofreram uma intensa miscigenação, onde verifica-se uma verdadeira aglutinação cultural.

Os países mais desenvolvidos passaram então a ditar o modo de vestir, agir e ser aos em desenvolvimento ou subdesenvolvidos. Acontece que essa difusão cultural não se deu única e exclusivamente com relação à cultura, mas também aos relacionamentos interpessoais.

Cidadãos de diferentes países passaram a imigrar, buscando estabelecer-se profissionalmente, encontrar uma melhor qualidade de vida, ou ainda, constituir família, em países estrangeiros.

Esses relacionamentos afetivos entre cidadãos de nacionalidades distintas, muitas vezes, vêm a gerar filhos, que enquanto durar tal união serão sustentados pelos pais na forma de obrigação de fazer, como já anteriormente mencionado.

Todavia, quando da dissolução do relacionamento de seus genitores, os menores vêm a necessitar do amparo dos pais para proverem seu sustento, o que muitas vezes torna-se um grande problema pois, no momento futuro ao rompimento afetivo dos genitores, é comum que o genitor imigrante retorne ao seu país, dificultando os mecanismos judiciais para coagir o devedor a realizar o pagamento da obrigação alimentar.

Ou ainda em situação diversa, na qual ambos os genitores residem em território nacional, vindo um dos pais a ser transferido ao exterior por motivos de trabalho, este torna-se quase inacessível à cobrança judicial de alimentos, pelos motivos discutidos em momento futuro.

Nesse sentido, acompanhando o fluxo migratório, crescem também os litígios em que figuram como partes, cidadãos de nacionalidades distintas ou residentes em países diferentes.

Deve, portanto, o Estado brasileiro, preocupar-se com a *cooperação jurídica internacional* pois o número de brasileiros residentes no exterior cresce paulatinamente, devendo nosso Estado Pátrio buscar atualizar seus mecanismos judiciais internacionais para atender e satisfazer os direitos reconhecidos por sentença brasileira.

3. Evolução histórica e os princípios do direito das famílias

Antes de adentrar na discussão principiológica acerca do direito das famílias, é necessário elucidar a evolução histórica nas entidades familiares. A família, em seu formato patriarcal, era compreendida como uma estrutura triangular, na qual o pai era o detentor máximo de direitos sendo, portanto, o único membro portador de cidadania plena, enquanto a mãe e os filhos localizavam-se

na base dessa estrutura, não sendo-lhes conferidos a igualdade com relação ao respeito e autonomia, além de serem tolerados os abusos daqueles contra estes.

A estrutura familiar contemporânea diverge da anterior uma vez que esta revela-se numa estrutura igualitária entre seus membros, nos quais os pais possuem o dever de assistência para com seus filhos, sendo todos os membros da entidade familiar, detentores de igual cidadania e dignidade. Importante frisar também que a Constituição Federal de 1988 inovou ao introduzir uma ideia de igualdade entre os filhos, ou seja, todo e qualquer filho deverá receber igual tratamento independentemente de sua origem, esta mudança interferiu completamente no relacionamento com os filhos advindos de uma união não matrimonial ou ainda, com os provenientes de adoção.

Dos princípios constitucionais relacionados com o direito das famílias, em especial, com a obrigação alimentar, pode-se elencar o da dignidade da pessoa humana e o da solidariedade familiar. Pablo Stolze se esforça em definir o princípio da dignidade da pessoa humana e, para tanto, explora que:

> *Dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade. Mais do que garantir a simples sobrevivência, esse princípio assegura o direito de se viver plenamente, sem quaisquer intervenções espúrias - estatais ou particulares - na realização dessa finalidade*[2].

Diante disso, depreende-se que a dignidade da pessoa humana é elemento intrínseco e obrigatório nas subjetividades de cada membro da família, pois a família tornou-se o centro de realização existencial de seus membros, onde suas dignidades deverão ser respeitadas, não podendo estes serem submetidos a tratamentos que os "coisifiquem", ou seja, que possam levá-los a ser comparados a objetos.

Já o princípio da solidariedade familiar resulta da evolução dos direitos humanos, pois os interesses coletivos tomaram lugar aos interesses pessoais, verificando-se uma maior empatia dentre os membros da família. Esta solidariedade é percebida na relação conjugal e também na parental. A solidariedade para com os filhos reflete no dever de cuidado, ou seja, quanto à assistência moral e material. A assistência moral é aquela que os pais se incumbem no desenvolvimento intelectual e ético de seus filhos, possuindo a tarefa de prepará-los para que possam exprimir suas vontades em comunidade. Já a assistência material diz respeito ao amparo patrimonial devido aos filhos, pelos seus pais, ou ainda,

---

[2] GAGLIANO, Pablo Stolze, *Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família*, 4 ed., São Paulo, 2014, p. 76.

entre cônjuges e companheiros, sendo esta a justificativa para a concessão de alimentos.

4. O dever de sustento dos filhos

Presente como um dos efeitos patrimoniais decorrentes da sociedade conjugal e, extensivamente, da união estável, o dever de sustento dos filhos, presente no art. 1.566, IV, do Código Civil Brasileiro, é um efeito que possui duas facetas, pois na medida que representa um dever aos pais, torna-se um direito dos filhos.

A relação parental que elevou as figuras familiares a sujeitos detentores de direitos e deveres tem origem na *autoridade parental*. Este instituto foi alvo de reformas quanto à nomenclatura, anteriormente chamado de *poder familiar*, passou por uma evolução gradativa, transformando o poder – e disponibilidade – dos pais para com os filhos numa relação natural de autoridade, onde verifica-se um tratamento com maior respeito à dignidade da pessoa do filho, assim como os atos dos pais levarem em consideração o melhor interesse destes, bem como o zelo por uma melhor convivência familiar.

Desta forma, incumbe aos genitores, solidariamente em razão de suas possibilidades, o dever do sustento dos filhos, abrangendo assim alimentação, vestuário, abrigo, entre todas as outras necessidades que se façam necessárias para conceder não só uma mera sobrevivência, mas uma vida dotada sobretudo de dignidade.

Enquanto os genitores mantêm uma vida em comum, seja pelo casamento ou qualquer outra espécie de entidade familiar, visto que nosso ordenamento jurídico baseia-se no princípio do pluralismo familiar, buscando reconhecer todo e qualquer vínculo socioafetivo existente, o dever de sustento dos filhos comuns representam uma obrigação de fazer[3], pois como é fundada na afetividade, os membros da família investem seus esforços uns para os outros.

Todavia, quando da ruptura das relações afetivas entre os genitores, e, por conseguinte, de seu convívio, a obrigação que antes era de fazer, passa a ser de dar, de pagar quantia certa, por meio da obrigação alimentar. Para tanto, deve-se ressaltar que o desfazimento do relacionamento entre os pais não altera os direitos e deveres com relação aos filhos, conforme ilustra o art. 1579 do Código Civil Brasileiro:

---

[3] DIAS, Maria Berenice, «Alimentos e Poder Familiar», *Conteúdo Jurídico*, 21 set. 2008 [consult. 30 mai. 2017], disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=152_&-ver=35.

> *Art. 1.579: O divórcio não alterará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.*

O divórcio, como forma de dissolução da sociedade conjugal gera efeitos pessoais e patrimoniais que envolvem apenas os divorciandos, mantendo-se, contudo, os deveres de guarda, sustento e educação dos pais para com os filhos.

Diante do afastamento de um dos genitores do seio familiar, percebe-se a presença da guarda dos filhos nas modalidades unilateral ou compartilhada. Na guarda unilateral, a criança permanece residindo com um dos pais, tendo o outro o direito de visitas.

Já a guarda compartilhada busca minimizar os efeitos de um divórcio desgastante sobre os filhos do casal, procurando conferir a ambos os genitores as responsabilidades quanto às decisões da vida do filho menor.

De todo modo, verifica-se a transformação do dever de sustento sob a forma de obrigação de fazer para obrigação de dar.

Com a praxe judiciária na seara da família, é fatídica a tentativa do genitor detentor do direito de visitas em se eximir ou esquivar de suas obrigações de sustento para com seu filho.

Percebe-se, na realidade, que muitos pais não conseguem distinguir o relacionamento parental do conjugal, transferindo suas desilusões amorosas para o relacionamento com seu filho.

E, com isso, passam a levantarem justificativas insubsistentes para não cumprirem com suas obrigações decorrentes da autoridade parental.

A obrigação alimentar possui algumas modalidades, como os provisórios, provisionais e definitivos, devendo-se alertar que tal distinção refere-se ao momento da definição da obrigação no processo.

A grande confusão, na verdade, é quando se busca distinguir os provisórios dos provisionais, todavia não devem ser confundidos pois estão previstos em estatutos legislativos distintos, sendo semelhantes por pertencerem à categoria de alimentos antecipados.

É de suma importância tratar da conceituação sobre alimentos provisórios ilustrada por Maria Berenice Dias:

> *Os alimentos provisórios, previstos no Código Civil e na Lei de Alimentos, têm natureza material. Trata-se de tutela antecipada de caráter satisfatório. Para sua concessão é exigida prova pré-constituída da obrigação (LA 4º.). São estabelecidos liminarmente na ação de alimentos, nem precisam ser pedidos. Podem ser deferidos tanto na ação de alimentos quanto nas revisionais ou exoneratórias*[4].

[4] DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. 9.ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Diante disso, percebe-se que os alimentos provisórios visam garantir a subsistência do alimentando desde o despacho inicial, quando houver a juntada de prova inequívoca de direito, no caso dos alimentos parentais, a Certidão de Nascimento.

Já os provisionais, são, para parte da doutrina, como uma espécie de cautelar, pois são requeridos como medida antecedente à ação que efetivamente se pretende ajuizar, logo, objetivam garantir recursos para que a parte necessitada tenha possibilidades financeiras para exercer seu direito público, subjetivo e incondicionado de ação.

Ainda sobre essa distinção técnica, novamente a respeitada jurista Maria Berenice Dias adverte sobre a prática forense:

> *Ainda que a doutrina insista em diferenciar alimentos provisórios e provisionais, os juízes os tratam de maneira indistinta. A diferenciação, em essência, é apenas terminológica e procedimental – em substância, significam o mesmo instituto. (...) Provisórios ou provisionais, seu ponto em comum é a possibilidade de ambos preverem a expedição de mandado liminar, deferindo o adiantamento dos alimentos fixados em caráter temporário, para garantir a subsistência do credor durante a tramitação do processo. São devidos desde logo, e imediatamente, devem ser pagos*[5].

Sendo fixados liminarmente ou no curso do processo, os alimentos tornam definitivos quando a sentença que os definir transitar em julgado. Todavia, percebe-se uma relativização da coisa julgada ao tratar de alimentos, pois estes podem ser revistos a qualquer tempo, desde que haja alteração no binômio necessidade/possibilidade.

Valendo-se ressaltar que o *quantum* alimentar definido em sentença detém efeito retroativo à data da citação, conforme o art.13º, §2º da Lei de Alimentos

> **Art. 13** *O disposto nesta lei aplica-se igualmente, no que couber, às ações ordinárias de desquite, nulidade e anulação de casamento, à revisão de sentenças proferidas em pedidos de alimentos e respectivas execuções.*
>
> **§ 2º**. *Em qualquer caso, os alimentos fixados retroagem à data da citação*[6].

Destarte, caso o valor fixado em sentença seja superior ao deferido liminarmente, é cabível o efeito retroativo à data da citação, não ocorrendo o mesmo

---

[5] DIAS, *Manual de Direito das Famílias*, op. cit.

[6] Lei nº 5.478/1968 – *Lei de Alimentos*.

quando estipulados definitivamente em montante inferior, em face do princípio da irrepetibilidade da obrigação alimentar.

5. Da execução de alimentos

Inicialmente, deve-se esclarecer o tratamento nominal dado pelo Novo Código de Processo Civil para as espécies de satisfação da sentença. Embora constem as formas de cumprimento de sentença ou decisão interlocutória e execução autônoma, o instrumento processual não diferencia tais formas em seu tratamento, referindo-se apenas à *exequente* e *executado* em ambas as modalidades.

De acordo com o entendimento de Daniel Amorim Assumpção Neves, a execução da prestação de alimentos é uma execução de pagar quantia certa sob rito especial pela natureza do direito titulado.

Pela análise dos artigos relativos ao tema, percebe-se que ao exequente, a escolha dentre os meios executórios previstos no Novo Código de Processo Civil é sempre livre, conforme o art. 528, §8º do CPC/2015:

> **Art. 528** *No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.*
>
> **§ 8º** *O exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do disposto neste Livro, Título II, Capítulo III, caso em que não será admissível a prisão do executado, e, recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.*

Logo, percebe-se que o exequente, para atingir a satisfação de sua pretensão, tem a opção de promover a execução pelo rito da *prisão civil* do devedor – abrangendo apenas os 3 (três) meses que antecedem a data da distribuição e os meses subsequentes – e pelo rito patrimonial, abrangendo os últimos 2 (dois) anos da data da distribuição e os meses que se sucederem com inadimplemento.

O cumprimento de sentença que reconhece a obrigação de prestar alimentos, encontrado nos arts. 528 a 533 do CPC/2015 e o processo de execução de alimentos, presente nos arts. 911 a 913 do CPC/2015 são, em sua essência, idênticos, divergindo apenas quanto ao procedimento a ser utilizado, mas visam tão somente o cumprimento da obrigação contida num título judicial ou extrajudicial.

Partindo da ideia dos alimentos terem sido fixados numa sentença, deve ser requerido o cumprimento deste ato por um dos ritos elencados no Novo Código de Processo Civil.

Caso o credor opte por satisfazer a obrigação alimentar pelo rito da sub-rogação, o procedimento será o de execução de pagar quantia certa, devendo-se ressaltar a questão da impenhorabilidade do salário e remunerações em geral.

De acordo com o art. 833, IV, do CPC/2015, são considerados impenhoráveis os vencimentos, subsídios, soldos, dentre outras formas de remuneração. Todavia o art. 529 do texto processual possibilita ao credor, requerer ao juiz da causa que seja descontado na folha de pagamento o valor da pensão.

Neste caso, deparamos com duas verbas de caráter alimentar que, até então eram impenhoráveis, o salário e a pensão alimentícia. Todavia, caso o devedor não cumpra sua obrigação alimentar, abrirá ao credor a possibilidade de realizar tal requerimento, por se presumir que a pensão que lhe é de direito possui um maior índice de urgência, premência e necessidade.

Deve-se ressaltar também que o art. 833, §2º do Novo Código de Processo Civil, alterou significativamente a questão da impenhorabilidade dessas verbas:

> **Art. 833**. *São impenhoráveis:*
>
> **§2º.** *O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, §8º, e no art. 529, §3º.*

Portanto, depreende-se que a impenhorabilidade dos salários e pensões tornou-se relativa, considerando-se como fator principal o valor percebido ou contido na conta bancária.

Para alguns juristas, esta alteração também alcança as pensões alimentícias, nas palavras de Flávio Tartuce:

> *Outra conclusão extraída desse art. 833, §2º, do Novo Estatuto Processual é que os próprios alimentos podem ser penhorados, naquilo que exceder o montante de cinquenta salários mínimos mensais, valor considerado para manter o mínimo vital ou o patrimônio mínimo do devedor*[7].

Ou seja, no entendimento de Flávio Tartuce, tanto as pensões quanto os alimentos não possuem mais uma impenhorabilidade absoluta como no CPC/1973, provavelmente pela razão de ambas as verbas possuírem caráter de

[7] TARTUCE, Flávio, *O Novo CPC e o Direito Civil*, 2. ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro, Forense; São Paulo, MÉTODO, 2016, p. 443.

subsistência, um valor tão elevado não representaria sua essência, abrindo-se a possibilidade de penhora para o que se exceder ao limite estabelecido na lei processual.

Para que seja procedido o desconto do salário do devedor na folha de pagamento, o credor deverá requerer ao juiz que envie um ofício ao empregador daquele, ordenando que se proceda o desconto previsto na decisão ou sentença, sob pena de desobediência e responsabilidade civil.

Percebe-se, portanto, que o cumprimento da sentença por meio da sub-rogação, é medida de responsabilidade de terceiro estranho ao processo, que é o empregador do devedor. Logo, verifica-se que o inadimplemento de obrigação alimentar por parte do devedor, gera uma obrigação ao seu empregador, que atua como responsável pelo desconto salarial.

Há também a figura da *execução por protesto*, presente no art. 528, §1º do CPC/2015:

> *Art.528, §1º. Caso o executado não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuá-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial.*

Verifica-se que a execução por protesto consiste numa forma indireta, vez que o protesto judicial da sentença não procederá a transferência de qualquer valor para o exequente.

O *protesto judicial da sentenç*a objetiva pressionar psicologicamente o executado para que este venha a cumprir a obrigação, por isso que é considerada um mecanismo indireto de execução.

A regra geral da realização do protesto judicial está contida no art. 517 do CPC/2015 que aduz que, transcorrido o prazo quinzenal da intimação do executado para satisfazer voluntariamente a obrigação, sem ter ocorrido o pagamento, será realizado o protesto. Ou seja, caso a obrigação seja satisfeita no tempo hábil da intimação, não será realizado o protesto da sentença.

É interessante ressaltar que alguns Tribunais de Justiça já estão aceitando a inscrição do devedor no *cadastro negativo*, após o protesto da sentença, percebendo-se assim, mais um mecanismo com bastante utilidade para buscar inibir os devedores de pensão alimentícia a descumprirem a obrigação.

Acontece que, diferentemente do esperado, o novo aparato processual traz uma hipótese de protesto que contraria a ideia de proteção máxima do credor de alimentos.

É a hipótese trazida no art. 528, §1º do Novo CPC, que prevê o impedimento do protesto quando o devedor apresentar justificativa ao não pagamento.

Todavia, consoante o parágrafo 3º desse mesmo artigo, caso não seja admitida tal justificativa, por não ser plausível, o juiz determinará o protesto da sentença.

Com isso, percebe-se que a nova norma processual só trouxe um procedimento mais burocrático ao credor que almeja receber o que lhe foi declarado ser de direito por sentença judicial, contrariando a premissa de proteção ao alimentando, pois trouxe ao devedor executado uma alternativa para postergar o pagamento de sua obrigação.

Na verdade, partindo de uma análise minuciosa, verifica-se que o §1º do art. 528 concede uma possibilidade ao executado de evitar sua prisão imediata, enquanto o §3º desse mesmo artigo entrega ao juiz o discernimento subjetivo de julgar se a justificativa é admissível ou não.

Por fim, existe a execução pelo rito da prisão civil, presente no art. 528, §3º do CPC/2015:

> *§3º. Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do §1º, decertar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.*

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a prisão civil, por restringir a liberdade do devedor, representa uma sanção de natureza personalíssima que não pode recair sobre terceiro, de forma que não pode ser preso o inventariante diante de dívida alimentar do espólio[8].

Em caso de não ser acolhida a justificativa ao inadimplemento da obrigação alimentícia, os Tribunais Superiores também possuem entendimento consolidado quanto ao não cabimento de *habeas corpus* objetivando convencer o tribunal das razões que levaram ao inadimplemente, principalmente por conta da limitação probatória deste tipo de ação.

Seguindo o raciocínio do rito anteriormente mencionado, a prisão civil do devedor de alimentos também consiste numa forma de execução indireta, vez que a prisão do devedor não proverá a subsistência do alimentando, mas provocará tamanho transtorno e amedrontamento ao devedor que esse, teoricamente, procuraria adimplir seus débitos alimentares o quanto antes no intuito de evitar a prisão.

Importante frisar que no momento das discussões do projeto do Novo Código de Processo Civil, algumas convenções internacionais de direitos humanos incentivaram a retirada da prisão civil por dívida alimentar do Novo Código, ou ainda o abrandamento do tipo do regime para o semiaberto, o que não veio a prosperar.

---

[8] Informativo 531/STJ, 4ª Turma, HC 256.793/RN, rel. Min Luis Felipe Salomão, j. 1º.10.2013.

Pelo contrário, passou a estabelecer, em certo sentido, maior rigidez, quando estabelece que a prisão deverá ser cumprida em regime fechado. Ao mesmo tempo, procurou balancear tamanha rigidez quando adverte que o devedor preso deverá permanecer separado dos presos comuns (presos pelo cometimento de ato ilícito penal), em seu art. 528, §4º do CPC/2015.

Acontece que a prisão civil do devedor de alimentos não é o objetivo fim da execução, mas tão somente um meio de coação ao pagamento, que não fora realizado de forma voluntária.

Desse modo, verifica-se que a possibilidade da prisão do devedor em regime fechado, principalmente nas condições dos presídios do Brasil, é o modo mais radical e amedrontador para se conseguir satisfazer a obrigação alimentar, provavelmente por essa razão que a opção de requerimento do cumprimento de sentença por esse rito só é possível quando do inadimplemento da pensão por 3 (três) meses.

6. A carta rogatória como instrumento de cooperação jurídica internacional

Inicialmente, cumpre discutir o significado do termo *cooperação jurídica internacional*. Sabe-se que cada país, como Estado soberano, detém autonomia absoluta no seu próprio território, todavia, quando as questões decididas por um órgão jurisdicional tiverem de serem cumpridas em território estrangeiro, deve-se proceder um dos procedimentos de convalidação internacional, a homologação de sentença estrangeira ou concessão do exequátur à carta rogatória.

O site da Procuradoria-Geral da República define *cartas rogatórias* como:

> *Comunicações entre Juízos de nacionalidades diferentes para realização de diligências no território do país receptor, com a finalidade de instruir feitos que tramitam no país emissor. Ocorrem em cooperação e desde que as diligências estejam de acordo com a ordem pública (ordenamento) e a soberania do país receptor da rogatória. É de responsabilidade da PGR a transmissão dos pedidos rogatórios originados no Brasil e direcionados aos países signatários da Convenção de Nova Iorque*[9].

A Constituição Federal de 1988 prevê a competência privativa do Superior Tribunal de Justiça para conhecer e julgar os procedimentos de homologação de sentença estrangeira e carta rogatória.

---

[9] Informação disponível na página oficial do Ministério Público Federal, disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/alimentos-internacionais-convencao-de-nova-iorque-1/3-cartas-rogatorias.

Diante dessa situação, diferenciamos a cooperação internacional ativa e passiva. A ativa é quando o Estado brasileiro envia documento judicial para cumprimento em Estado estrangeiro, enquanto a cooperação passiva ocorre quando o Estado Brasileiro recebe documento judicial estrangeiro para que cumprir em seu território.

Podemos elucidar como objeto das *cartas rogat*órias os atos de comunicação, como a citação e intimação, e também os de instrução processual, como inquirição de testemunhas, depoimentos, perícias etc.

O grande impasse encontrado nesse instrumento de cooperação é quando da necessidade de atos de natureza executiva, principalmente de constrição e coação pessoal da pessoa do executado.

Grande parte das ações judiciais tramitadas em território nacional, contaram com citações e intimações do réu em território nacional, todavia, quando da fase da execução, o executado não mais reside no Brasil, encontrando o exequente, uma grande dificuldade em intimá-lo da execução instaurada.

Vale ressaltar que nas ações de alimentos são onde se encontram a maior dificuldade, pois o CPC/2015 dispõe que o executado deverá ser intimado pessoalmente na ação.

Diante disso, não é difícil imaginarmos o grande acervo de desculpas escorregadias utilizadas para frustrar este mecanismo de cooperação. Deve-se analisar inicialmente a duração comum do procedimento da carta rogatória para, em seguida, problematizarmos a questão em eventuais intimações frustradas.

Seguindo a discussão acerca da intimação pessoal do executado nas ações de alimentos, Maria Berenice Dias entende que a expressão "pessoalmente" contida na legislação processual não significa que a intimação deva ser levada unicamente por oficial de justiça, podendo ser realizada por vias postais, bastando que a carta com "AR" seja na modalidade mão própria, garantindo assim a pessoalidade da intimação.

O Novo Código de Processo Civil possibilita ao exequente algumas medidas que visam satisfazer a obrigação alimentar, tais como: a expropriação, a prisão, o desconto na folha de salário, etc.

Caso o exequente requeira alguma dessas medidas que não esteja prevista na legislação do país demandado, ela será declarada ineficaz por ausência de previsão legal no ordenamento estrangeiro, situação em que o executado será citado/intimado, devendo prestar esclarecimentos acerca do descumprimento da obrigação.

Percebe-se, portanto, que os pedidos de execução de alimentos no estrangeiro possuem um grande risco ao resultado útil do procedimento executório, vez que os mecanismos coercitivos previstos no ordenamento pátrio não podem

ser promovidos em território estrangeiro quando da ausência de previsão legal neste país.

Fazendo uma análise com o direito espanhol, percebe-se a semelhança com os mecanismos de coação pátrios, oferecendo as possibilidades de prosseguimento com demandas cíveis ou penais.

A demanda civil consiste num procedimento mais rápido e se realiza por meio de uma execução de sentença, na qual é concedido um prazo de 10 dias para a quitação total do débito.

Caso o débito não seja pago no prazo supracitado, proceder-se-á a constrição de bens, apreendendo-se os bens designados pelo exequente, podendo ser dinheiro em espécie ou em contas bancárias, joias e peças de arte, bens imóveis, veículos, planos de investimento, pensões, etc.

Já a demanda penal consiste num procedimento mais vagaroso, fundamentado no art. 227 do Código Penal Espanhol, tipificado como crime de abandono familiar, podendo o executado ser mantido em estabelecimento prisional pelo prazo de 3 (três) meses à 1 (um) ano.

Contudo, diferente do procedimento cível, que pode ser proposto desde o primeiro mês de inadimplemento, a demanda penal exige como requisito para sua propositura, haver o inadimplemento por 2 (dois) meses consecutivos ou 4 (quatro) meses não consecutivos.

Logo, por haver compatibilidade entre as normas jurídicas brasileira e espanhola, o procedimento dá-se da seguinte forma: o exequente pleiteia a penhora de bens do executado, a *autoridade central brasileira* verificará o enquadramento na norma jurídica nacional e enviará o pedido à *instituição intermediária espanhola*, que, após a constatação de previsão legal nacional no mesmo sentido, promoverá a intimação do executado para realizar o pagamento ou justificar a impossibilidade sob pena de penhora dos bens.

7. Considerações finais

Diante de tudo o que foi elucidado no presente artigo, percebe-se que o aumento do fluxo migratório populacional, terminou, por consequência, ampliando as relações interpessoais de cunho afetivo, nas quais, em sua grande maioria, desencadearam o nascimento de alguns filhos, que, por consequência lógica, possuem genitores de nacionalidades distintas.

Em razão da frustração emocional e a impossibilidade de permanecer em alguns desses relacionamentos, ocasionaram a ruptura dessas uniões, sejam elas de fato ou matrimoniais, o que fez surgir a obrigação alimentar.

Após a definição do valor dos alimentos - seja por decisão, sentença ou acordo entre os genitores -, levando-se em consideração a necessidade, possibili-

dade e razoabilidade, o devedor é obrigado a realizar o pagamento da prestação de forma mensal.

Contudo, caso não adimplida voluntariamente, o credor dos alimentos possui a faculdade de executar o ato que condenou o devedor ao pagamento da verba alimentar, possuindo, como já visto anteriormente, a possibilidade de promover a execução pelos ritos previstos na legislação processual brasileira.

A execução de alimentos por meio de Código de Processo Civil de 2015, conta com a figura da *carta rogatória* como instrumento de cooperação jurídica internacional, todavia, tal instrumento é, em parte, ineficaz, pelo motivo de não possuir força executória.

Logo, na situação em análise, a *carta rogatória* funcionaria mais como um meio de citar ou intimar o executado para que este venha a se manifestar no processo, não sendo esta, conferida de competência para penhorar bens no estrangeiro.

Portanto, quando da incompatibilidade entre as normas jurídicas nacional e estrangeira, é certo que a força coercitiva, promovida pelas normas da execução nacional, será ineficaz.

Devendo, pois, o exequente, aguardar o longo prazo da tramitação das cartas rogatórias, que muitas vezes são infrutíferas, ou ainda, procurar um Advogado no país estrangeiro em que se pretenda executar a decisão para, promover uma homologação de sentença estrangeira.

Referências bibliográficas

BONET RAMÓN, Francisco, *Compedio de derecho civil - Derecho de família*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1960. t. IV.

BRASIL, Ministério Público Federal, Secretaria de Cooperação Internacional, *Alimentos Internacionais. Convenção de Nova Iorque. Cartas Rogatórias*. [consult. 22 set. 2017], disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/alimentos-internacionais-convencao-de-nova-iorque-1/3-cartas-rogatorias.

BRASIL, Ministério Público Federal, Secretaria de Cooperação Internacional, *Convenção de Nova York sobre presta*ção de alimentos no estrangeiro*: o que é e como funciona* / *Secretaria de Cooperação Internacional*, 2. ed., rev. e atual., Brasília, MPF, 2016.

CAHALI, Yussef Said, *Dos alimentos*, 6. ed., rev. atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice, «Alimentos e Poder Familiar», *Conteúdo Jurídico*, 21 set. 2008 [consult. 30 mai. 2017], disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=152_&ver=35.

DIAS, Maria Berenice, *Termo inicial da obrigação alimentar*. [consult. 15 mai. 2017], disponível em:

http://mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13042)Termo_inicial_da_obrigacao_alimentar.pdf>. Acesso em: 15 maio 2017.

DIAS, Maria Berenice, *Dívida de alimentos um crédito de amor*, [consult. 15 mai. 2017], disponível em:

http://mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_535)5__divida_de_alimento_um_credito_de_amor.pdf.

DIAS, Maria Berenice, *Alimentos desde e até quando*. [consult. 15 mai. 2017], disponível em: http://mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_536)4__alimentos_desde_e_ate_quando.pdf.

DIAS, Maria Berenice, *A cobrança dos alimentos no novo CPC*, [consult. 15 mai. 2017], disponível em:

http://mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13004)A_cobranca_dos_alimentos_no_novo_CPC.pdf.

DIAS, Maria Berenice, *A citação do devedor de alimentos no novo CPC*, [15 mai. 2017], disponível em:

http://mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13005)A_citacao_do_devedor_de_alimentos_no_novo_CPC__S.pdf.

DIAS, Maria Berenice, *A lei de alimentos ou o que sobrou dela*, [consult. 15 mai. 2017], disponível em:

http://mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13035)A_Lei_de_Alimentos_ou_o_que_sobrou_dela.pdf.

DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 9.ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze, *Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de família*, 4 ed., São Paulo, 2014.

GOMES, Orlando, *Direito de família*, Rio de Janeiro, Forense, 1968; 3 ed., 1978.

LÔBO, Paulo, *Direito civil: famílias*, 5. ed., São Paulo, Saraiva, 2014.

MENEZES, Hudson Garcia, COSTA, Renato Lopes, RIBEIRO, Wesley Augusto Dias, BRAGANÇA, Ester de Moura, «Prestação de alimentos no estrangeiro», *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*, vol. 1, n. 2, 2013 [consult. 15 set. 2017], disponível em: fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/download/143/pdf.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de direito processual civil*, Volume único, 8. ed., Salvador, Ed. JusPodivm, 2016.

TARTUCE, Flávio, *O Novo CPC e o Direito Civil*, 2. ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro, Forense; São Paulo, Método, 2016.

VALUAS ADVOCATS, *Impago de pensión alimentícia. Denuncia penal o civil* [consult. 23 set. 2017], disponível em: http://www.advocatsvalua.com/impago-pension-alimenticia/.

WALD, Arnold, *Direito de família*, 4. ed., São Paulo, RT, 1981.

REFLEXÕES SOBRE A POLÍTICA E SUAS IMPLICAÇÕES NA TEORIA DA INTERCONSTITUCIONALIDADE

Larissa A. COELHO[1]

Neste início do século XXI, o constitucionalismo relaciona-se com a implementação dos processos de integração regionais, no qual a União Europeia (UE) é o exemplo mais expoente. No entanto, neste cenário integrativo a figura do Estado perde a centralidade e a vigência da constituição dissocia-se de certos elementos considerados basilares, chegando ao ponto de correntes sociológicas como a desenvolvida por Zygmunt Bauman dissertar que a soberania e a independência do Estado têm se reduzido a ponto de restar apenas a sua capacidade de repressão (BAUMAN, 1999, p. 72). Os Estados deixam de ser um Estado-Nação e tornam-se um Estado-Membro.

Este é o contexto no qual se vem desenvolvendo a atualização da teoria da constituição, a que a doutrina portuguesa designa por *teoria da interconstitucionalidade*, termo este preferente à designação *constitucionalismo multinível*, e que motiva a escrita do presente artigo, que corresponde a parte das inquietações que se encontram no seio dos estudos doutorais da autora, sobretudo na primeira fase da investigação, na qual se dedicou à caracterização da teoria da constituição delimitando-se assim à construção histórica do constitucionalismo.

[1] Doutoranda em Ciências Jurídicas Públicas pela Universidade do Minho e Investigadora do Centro de Investigação em Justiça e Governação – JusGov. Bolseira pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia – FCT.

Este artigo serviu de base para a comunicação apresentada pela autora no *I Encontro de Professores de Direito da União Europeia*, que decorreu em 15 de dezembro de 2017, na Universidade Católica Portuguesa (UCP-Porto).

Porém, uma vez que a pesquisa se desenvolve no campo da atualização da teoria da constituição, a abordagem histórica se faz não apenas no intuito de se compreender a evolução do constitucionalismo ao longo do tempo, mas sobretudo verificar se a ideia de Constituição permanece constante em sede da teoria da interconstitucionalidade. Para tanto, visto que a doutrina jurídica conceitua a teoria da constituição como a teoria normativa da política (MIRANDA, 2013, p. 70), somos levados a questionar de que política falamos em sede da teoria da interconstitucionalidade. Deste modo primeiro procuraremos entender a teoria da interconstitucionalidade para a seguir compreender se existe uma teoria política que a sustente.

Sendo certo que muito se tem escrito acerca da teoria da constituição, sobretudo a partir do século XVIII com os movimentos liberais, entender a natureza da Constituição é determinar a essência do constitucional. Sob a ótica da história, o desenvolvimento do constitucionalismo pode ser observado em três momentos: a) na sequência e desencadeada pelas revoluções oitocentistas; b) a produzida no pós Primeira Guerra Mundial e c) a desenvolvida com o fim da Segunda Guerra e os processos de descolonização (BARACHO, 1986, p. 30-39).

É, portanto, no século XVIII que temos a consolidação do constitucionalismo. Assim, o entendimento do constitucionalismo vinculava-se à compreensão do Estado Moderno, impregnado dos ideais político-filosóficos do século anterior, reagindo à "[…] estratificação e fragmentação medieval do poder político" (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 11), enquanto em paralelo se consolidava o regime capitalista como estrutura económica deste Estado, baseado na troca de mercadorias e venda da força de trabalho. A Constituição era entendida como "[…] um sistema de princípios estabelecidos para garantir ao súdito a posse e o gozo de seus direitos e privilégios contra quaisquer usurpações por parte do governo" (GRIMM, 2012, p. 154), deste modo, compreende as formas de governo, mas sobretudo as leis fundamentais, destacando-se quanto ao seu conteúdo a implementação das instituições políticas, o sufrágio universal, a separação de poderes, a proteção aos direitos individuais e às liberdades públicas e a soberania popular (BARROSO, 2015, p. 47–52), características ainda presentes nos atuais textos constitucionais. A Constituição passa a ser compreendida como um "texto normativo regulador da relação entre o Estado e os indivíduos" (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 11).

Contudo, atualmente nos encontramos perante a chamada crise do Estado, estando assim também em crise "[…] um conceito de constituição referido exclusivamente ao estado", pois que em cenários integrativos, como o é a União Europeia, a abolição das fronteiras não abrange apenas a circulação de pessoas, mas cria institucional e dogmaticamente um novo fenómeno, que possui por prefixo o termo *inter* que pretende indicar a presença de um diálogo entre culturas

jurídicas, a ideia de partilha, de troca[2]. De acordo com a doutrina, os fenómenos *inter* são impulsionados por processos provenientes da sociedade pós-industrial que têm levado a novos conflitos no campo do direito constitucional, podendo os mesmos serem explicados em função da economia, geopolítica, demografia e razões socioculturais (MAYOS SOLSONA, 2015, p. 6 e ss.).

Nesta sequência, a teoria da interconstitucionalidade tem sido definida como o diálogo constitucional, ou ainda como a "[…] influência recíproca de certas Constituições ou das jurisprudências constitucionais de uns países sobre as de outros países" (MIRANDA, 2013, p. 69). Segundo Gomes Canotilho esta teoria dedica-se ao estudo das relações "[…] da concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político" (CANOTILHO, 2008, p. 266; 2003, p. 1425). E, o fenómeno começa a ser observado quando os elementos essenciais do Estado desenvolvidos por Georg Jellinek – território, população e soberania – sofrem flexibilizações[3], situação designada por Gomes Canotilho (2003, p. 1350) como o problema da reinvenção do território, em que "[o] velho ´direito nas fronteiras` é ´dissolvido` pelas quatro liberdades fundamentais do direito comunitário […]"[4].

Esta ideia foi cunhada por Francisco Lucas Pires na obra *Introdução ao Direito Constitucional Europeu* (1997), mas seu maior desenvolvimento se deve a Gomes Canotilho na obra *"Brancosos" e Interconstitucionalidade: intinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional* (2008). Mas é preciso ter ciência de que o quadro da teoria da interconstitucionalidade não pretende criar um novo constitucionalismo, apenas adequar "[…] a correlação entre várias Constituições" (PIRES, 1997, p. 18), pois não estamos diante da criação de um novo direito constitucional fruto do desenvolvimento da sociedade pós-moderna.

O termo interconstitucionalidade corresponde a "[…] uma proposta teorética a partir da qual *pode e deve* estudar-se o processo de integração europeia, ocupando-se, pois, do enquadramento/tratamento da fenomenologia do ´pluralismo constitucional` ou das ´constituições em rede`" (SILVEIRA, 2016, p. 73).

---

[2] Além da teoria da interconstitucionalidade compreendem o fenônemo *inter*, interculturalidade, interjusfundamentalidade, internormatividade, interjurisdicionalidade e interoperatividade, para mais ver SILVEIRA, 2015, p. 27.

[3] O Tratado de Schengen tem sido apontando como sendo o responsável pela relativização dos elementos território e soberania, associando-se aos direitos fundamentais que primeiramente presentes nas constituições nacionais também têm valor enquanto princípios gerais do direito comunitário

[4] Os temas aqui tratados pela autora, sobretudo acerca da teoria da interconstitucionalidade, foram também desenvolvidos em: «Para onde caminha a Constituição? (2018); «A teoria da constituição na era global: para uma historicidade da essência do constitucionalismo» (2018) e «O ideal constitucional: das origens à teoria da interconstitucionalidade» (2018).

Deste modo, a teoria da interconstitucionalidade traduz-se na fusão do patrimônio jurídico comum, ou seja, existe uma aproximação conceitual e interpretativa para os conteúdos que compõem as constituições ocidentais em matérias como direitos fundamentais, separação de poderes, princípio da legalidade e controle da constitucionalidade (PIRES, 1997, p. 19). Abrange, portanto, um diálogo entre textos constitucionais, essencialmente entre as constituições dos Estados-Membros e a Constituição Europeia[5].

Por isso, Daniela Ribeiro e Malu Romancini (2015, p. 75) argumentam que as constituições "supranacionalizaram-se ou internacionalizaram-se" quando os Estados se integraram em comunidades políticas supranacionais, forçando suas constituições a se adaptarem e flexibilizaram-se à nova realidade. Em razão dessas alterações a teoria da interconstitucionalidade busca construir uma doutrina atualizada para a teoria da constituição.

A razão subjacente para a criação desta teoria segundo Alessandra Silveira (2015, *in* RIBEIRO; ROMANCINI, 2015, p. 11) "[…] surgiu da necessidade de captar o fenómeno da interação reflexiva entre normas constitucionais de distintas fontes que convivem no mesmo espaço político […]", assim, esta teoria baseia-se na convivência de normas constitucionais no mesmo espaço político, tendo por fundamento o fenómeno da pluralidade de fontes constitucionais, embora esteja diante de um contexto jurídico-constitucional não hierarquizado, a teoria apresenta como um dos problemas centrais a conceitualização de um poder constituinte cujas fontes e seus legitimadores são diferentes (CANOTILHO, 2008, p. 267–268; SILVEIRA, 2015, p. 23). Observado sob uma ótica alargada, a constituição na teoria da interconstitucionalidade pode ser entendida à luz dos estudos desenvolvidos por Peter Häberle (2002a) de constituição aberta, integrando um fenómeno que embora ainda levante dúvidas quanto à sua fundamentação, tem ganho adeptos em todo o globo, sendo designado de constitucionalismo global.

Nesta senda corrobora com nossa argumentação a conclusão apresentada por Rui Cunha Martins (2012, p. 504), que afirma tratar-se a interconstitucionalidade de uma plataforma que procura responder "[…] aos desafios trazidos […] pelos processos de reconfiguração político-institucional das últimas décadas, em

[5] Sobre os debates acerta da concepção de uma Constituição Europeia, ressaltamos que diante da controvérsia teórico-constitucional, aproveitemo-nos dos ensinamentos de Peter Häberle (2002b, p. 184) para quem não podemos ter em mente ao tratar de uma constituição neste contexto o seu sentido clássico, relacionado ao Estado, pois que a Europa não é um Estado, deste modo, concordamos com Habermas (2001, p. 12), para quem a Constituição Europeia é uma via para a intensificação das capacidades de os Estados-Membros atuarem de forma conjunta, sendo possível, como afirma Häberle (2002b, p. 185), observar o desenvolvimento de elementos e estruturas constitucionais concluindo que assim passamos a estar diante de uma comunidade constitucional *sui generis*.

particular, à normatividade *em rede* daí resultante" (itálico no original). Entretanto este autor também tece críticas à teoria ao questionar como se constrói este diálogo multidirecionado, perguntando em quais termos se conecta essa rede, administrando pontos divergentes entre os vários textos em contato ou pelo contrário, esta união se dá na anulação da divergência? Alegando que a interconstitucionalidade ainda fornece respostas parciais e localizadas a problemas específicos (MARTINS, 2012, p. 505–506), sendo o autor de opinião que a interconstitucionalidade não ultrapassa por exemplo o aspecto dirigente das constituições, antes o transporta, o desloca a uma escala supranacional, que traduz na seguinte expressão "[a] constituição dirigente não apenas não-morreu--mantendo-se; também não-morreu-deslocando-se" (MARTINS, 2012, p. 502). Na linha deste pensamento a teoria da interconstitucionalidade não atualizaria a teoria da constituição com a criação de um novíssimo paradigma, antes serve apenas para deslocar o paradigma constitucional para uma realidade multinível.

Corrobora com este pensamento a constatação de que o constitucionalismo na Europa toma por empréstimo conceitos constitucionais clássicos como de direitos fundamentais, separação de poderes, Estado de Direito para poder formar o seu corpo jurídico e legitimar a sua autoridade normativa e política (MADURO, 2006, p. 345), o que nos leva a afirmar que a essência da constituição permanece imutável quando analisada à luz da teoria da interconstitucionalidade.

Em razão desta perspectiva, de que a essência do constitucionalismo permanece inalterada em sede da teoria da interconstitucionalidade, pretende-se saber qual a noção de política normatiza esta teoria, visto que como afirmamos supra, a teoria da constituição refere-se à teoria normativa da política, portanto, permanece esse conceito presente no âmbito supranacional?

Não possuindo a pretensão de esgotar toda a discussão doutrinal sobre o que é política, uma vez que este termo é muitas vezes utilizado de forma vaga e imprecisa, a "[…] política surge junto com a própria história, com o dinamismo de uma realidade em constante transformação […] [que] resulta da atividade dos próprios homens vivendo em sociedade" (MAAR, 1982, p. 8). A sua primeira utilização remete-nos à Grécia Clássica em que o termo política se referia a "[…] atividade social desenvolvida pelos homens da *pólis* – a ´cidade-Estado` grega" (MAAR, 1982, p. 30, itálico no original), tornando-os em cidadãos. Em outras regiões como o Egito também correspondia à atividade do governante. Em Roma sua ligação ao Estado torna-se, mas estreita, sendo realizada através do direito romano (MAAR, 1982, p. 33).

Conforme elucida Norberto Bobbio (1998, p. 954) através dos ensinamentos de Aristóteles, o termo relaciona-se às funções e divisões do Estado e às formas de governo, sendo o seu uso mais habitual ligado às atividades humanas que se referem às coisas do Estado. Perde seu sentido original com a época

moderna, se assumindo como "ciência do Estado", em que é entendida como as atividades do Estado.

A percepção mais visível da política relaciona-se à política institucional compreendendo os órgãos da administração pública, os partidos políticos, os governos e ao poder, mas também a construção do Estado, do Direito e a democracia (FUKUYAMA 2012, p. 686). Em razão disso, a cultura anglo-saxônica utiliza dois termos distintos para especificar do que se fala consoante a finalidade: *policy* e *politics*. Ao nos referirmos à administração dos negócios públicos, ou seja, à prossecução dos interesses sociais em matérias como educação e saúde, estamos perante a *policy*, ao passo que, os processos eleitorais, os debates parlamentares, os acordos entre Estados nos colocam diante da *politics* (MAAR, 1982, p. 15). Entretanto, neste estudo o termo política relaciona-se mais ao seu entendimento enquanto atividade que observa "[…] o estudo e a transformação das condições objetivas na sociedade que permitissem renová-la estruturalmente, com novas relações sociais […] [visando a] realização de interesses humanos" (MAAR, 1982, p. 17-21), neste sentido, a finalidade da política seria a ordem pública em nível nacional e a defesa nacional na relação entre os Estados (BOBBIO, 1998, p. 958). Entretanto, observa Pereira Menaut (2008, p. 6) que a política não deve ser vista como uma coisa material, um conjunto de teorias, instituição, sistema ou mesmo um fenômeno, apesar destes termos relacionarem-se com a política através da atividade humana.

Contudo, diante do avanço da globalização e dos processos de integração regional, "[p]ensar a política atualmente já não significa limitar-se ao estudo do Estado ou dos partidos […]" (MAAR, 1982, p. 29), a própria redefinição da Europa enquanto União Europeia é um objetivo político (BOBBIO, 1998, p. 1269), que exige uma integração política. "La Política requiere sociedades con un mínimo de complejidad, heterogenidad, orden y *consensus*, y que hajan superado el nivel de la subsistência" (PEREIRA MENAUT, 2008, p. 26, itálico no original), cenário que se configura com o da UE. Entretanto, a expectativa gerada ao redor do processo integrativo, inspirada na transferência de competências que partem dos Estados-Membros para o plano europeu criou a ideia de "[…] uma politização com participação em massa da população […]" assim "[a] construção da *polity* europeia seguiria a lógica de criação de um Estado com pressões populares a favor da integração política, o que por sua vez contribuiria para uma centralização de competências" (CONCEIÇÃO, 2016, p. 33–34), adjudicando as ideias da escola da governança multinível.

Porém, esta transição não tem seguido os parâmetros da integração económica, antes pelo contrário, é conflituosa, segundo Ulrich Beck (2017). Dissertando sobre o processo de transformação contínua da Europa, Beck afirma que a política nacional funciona de modo obediente às regras, ou seja, encontra-se subjugada ou de acordo com o direito, remetendo-nos assim à concepção ro-

mana, enquanto que a *nova política*, a que designa o autor de política mundial cosmopolita, funciona com base numa alteração às regras (BECK, 2017, p. 189).

Especificamente sobre a existência de uma teoria política para a UE argumenta Beck que "[…] o processo de integração *não* segue nenhum plano geral [...]", sendo assim o processo de europeização durante muito tempo "[…] não parecia exigir um programa político independente […]", deste modo, conclui "[a] Europa é o produto da *praxis* política sem teoria política" (itálicos no original), visto que o constitucionalismo europeu é construído a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE, o que na opinião do autor se configura como um constitucionalismo de base autoritária, sem a presença de uma constituição formal, mas antes baseada na pratica processual legislativa, ou seja, sua formação decorre da prática do direito europeu (BECK, 2017, p. 192–193). Deste modo, a teoria da interconstitucionalidade não teria subjacente uma teoria política. O diálogo entre as constituições não abrange a teoria política, ou melhor, as ideologias políticas presentes nas constituições dos Estados-Membros, tampouco nos tratados que justamente com a jurisprudência do TJUE compreendem o constitucionalismo europeu.

Diante das conclusões de Beck, questionamos; a que política se referem os doutrinadores e cientistas quando afirmam que o processo de integração europeia deve *dar um salto* político? Não estaríamos diante do momento em que a Europa para prosseguir na sua integração necessita de uma teoria política? Peter Sloterdijk ao longo de seu livro *Se a Europa Acordar* comenta sobre um momento de viragem, em que a política passaria de pequena a grande, na expressão do autor a uma "política de máximos" (SLOTERDIJK, 2008, p. 28), afirmando que "[a] inteligência europeia está agora perante o desafio de transformar a sua máquina de fabricar sonhos", a política do futuro para Sloterdijk "[…] depende em larga medida de uma modernização da função visionária ou profética da inteligência" (SLOTERDIJK, 2008, p. 47-51), o que nos coloca mais uma questão em aberto, como se fará isso (?), afinal, estamos em busca de qual política?

Em sede de conclusão, sabemos que a teoria da interconstitucionalidade não pretende responder ao desafio se existe ou não uma Constituição formal para a União Europeia (PIRES, 1997, p. 23) mas sim qual a teoria da constituição se adequa a esta realidade, uma vez que como explica Silveira (2015, *in* RIBEIRO; ROMANCINI, 2015, p. 12) não se trata "[…] de teorizar uma Constituição que admita o pluralismo de ordenamentos […] mas de teorizar o próprio ´pluralismo de constituições`".

Neste sentido de colocar em contato as Constituições dos Estados-Membros, a jurisprudência do TJUE e os tratados europeus, mas mantendo os instrumentos tradicionais do constitucionalismo, questionamos qual teoria política estaria relacionada à teoria da interconstitucionalidade, visto que o constitucionalismo busca normatizar a política. Diante dos estudos realizados até ao mo-

mento mais questões são levantadas ao invés de uma resposta conclusiva, pois que nos deparamos constantemente na literatura específica com as preocupações acerca de um aprofundamento na integração política e em oposição vemos afirmações como a de Beck de que a Europa não possui uma teoria política. Deste modo, para onde vai a Europa? Andamos em busca de que política? Nesta "Europa, esse enigma sem solução" (SLOTERDIJK, 2008, p. 33) …

Referências bibliográficas

BARACHO, José Alfredo de Oliveira, «Teoria geral do constitucionalismo», *Revista de Informação Legislativa Brasileira* 23, n.º 91, Jul./Set., 1986, p. 5 – 62.

BARROSO, Luís Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo mundo*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015.

BAUMAN, Zygmunt, *Globalização: as consequências humanas*, Traduzido por Marcus Penchel, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed., 1999.

BECK, Ulrich, *A metamorfose do mundo*, Traduzido por Pedro Elói Duarte, Lisboa, Edições 70, 2017.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, *Dicionário de política*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1998.

COELHO, Larissa A., «Para onde caminha a Constituição?», in *Encontro de Investigadores EDUM 2017*, org. Larissa Coelho, Ana Carolina Cohen, Raphaela Toledo, Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2018, p. 109-119.

COELHO, Larissa A., «A teoria da constituição na era global: para uma historicidade da essência do constitucionalismo», in *UNIO/CONPEDI E-book 2017. Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial. Atualização e Perspetivas Vol. I*, coord, Alessandra Silveira, Sophie Perez Fernandez, Sérgio Maia Tavares Marques, Braga, CEDU, 2018, p. 237 – 256.

COELHO, Larissa A., «O ideal constitucional: das origens à teoria da interconstitucionalidade», in *UNIO/CONPEDI E-book 2017: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspetivas, Vol. 2*, coord. Alessandra Silveira, Braga, CEDU, 2018, p. 203 – 216.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *"Brancosos" e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., 15ª reimp., Coimbra, Almedina, 2003.

CONCEIÇÃO, Eugénia da, *O futuro da União Europeia*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, 5ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Atlas, 2014.

FUKUYAMA, Francis, *As origens da ordem política*, Traduzido por Ricardo Noronha, Alfragide, Dom Quixote, 2012.

GRIMM, Dieter, «Constituição, lei fundamental (leis fundamentais) da Ilustração até os dias atuais», in *Constituição: história do conceito da antiguidade aos nossos dias*, org. Heinz Mohnhaupt e Dieter Grimm, Belo Horizonte, Livraria Tempus, 2012.

HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*, Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2002a.

HÄBERLE, Peter, «La Constitución como cultura», *Anuário ibero-americano de justicia constitucional*, n.º 6, 2002b, p. 177 – 198.

HABERMAS, Jürgen, «Por qué Europa necesita una Constitución», *NLR*, n.º 11, September-October, 2001, p. 5–25 [consul. 30 nov. 2017], disponível em: http://newleftreview.es/article/download_pdf?id=2343&language=es

MAAR, Wolfgang Leo, *O que é política*, São Paulo, Brasiliense, 1982.

MADURO, Miguel Poiares, *A Constituição Plural: constitucionalismo e União Europeia*, Cascais, Principia, 2006.

MARTINS, Rui Cunha, «Interconstitucionalidade e historicidade», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, vol. III: direitos e interconstitucionalidade entre dignidade e comospolitismo*, orgs. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado e João Carlos Loureiro, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

MAYOS SOLSONA, Gonçal, «Interconstitucionalidad e interculturalidad como modelos de ´fenómenos inter`», in *Interconstitucionalidade e interdisciplinariedade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*, coords. Alexandre Walmott e Saulo Pinto Coelho, Uberlândia, Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado – LAECC, 2015.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, 7ª ed., rev. e actual., Coimbra, Coimbra Editora, 2013, Tomo II.

PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Doce tesis sobre la politica*, Ciudad del México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

PIRES, Francisco Lucas, *Introdução ao direito constitucional europeu: seu sentido, problemas e limites*, Coimbra, Almedina, 1997.

RIBEIRO, Daniela Menengoti; ROMANCINI, Malu, *Sistema interamericano de direitos humanos*: *a efetivação dos direitos da personalidade pela interconstitucionalidade*, Maringá, PR, Vivens, 2015 [consult. 30 nov. 2017], disponível em: http://www.humanitasvivens.com.br/livro.php?id=285.

SILVEIRA, Alessandra, «Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial», in *Interconstitucionalidade e interdisciplinariedade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*, coords. Alexandre Walmott e Saulo Pinto Coelho, Uberlândia, Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado – LAECC, 2015.

SILVEIRA, Alessandra, «International Constitutional Court e integração (constitucional) europeia», *International Studies on Law and Education*, 24, CEMOrOC-Feusp/IJI – Universidade do Porto, set. – dez. 2016, p. 71-76.

SLOTERDIJK, Peter, *Se a Europa Acordar: reflexões sobre o programa duma potência mundial no termo da sua ausência política*, Traduzido por Manuel Resende, Lisboa, Relógio D´Água, 2008.

PARTE II

A igualdade em questão: os desafios para a educação, multiculturalismo e o género

DIREITO E DESENVOLVIMENTO: OS DESAFIOS DO DIREITO À EDUCAÇÃO SUPERIOR

Fábio S. SANTOS[1]
Edivaldo M. BOAVENTURA[2]

1. Considerações preliminares: o direito à educação

A educação de nível superior é um dos pressupostos do desenvolvimento, além de se configurar como um instrumento necessário na vida dos cidadãos por ser capaz de transmitir conhecimentos, de experiência cultural e científica acumulada pela humanidade. De acordo com o *Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI* a globalização contemporânea apresenta uma sociedade cujos recursos cognitivos são considerados, em certa medida, como mais importantes do que os recursos materiais, exigindo maior valorização do ensino e das instituições de ensino superior para habilitar profissionais competentes exigidos pelas novas economias (DELORS *et al.*, 2012).

[1] Mestre e Doutorando pela Universidade Salvador (UNIFACS). Bolsista CAPES. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC). Especialista em Direito Público e Docência do Ensino Superior. Membro do Grupo de Pesquisa em Educação e Desenvolvimento. E-mail: fabiosantosdireito@gmail.com.

[2] Mestre e PHD em Administração Educacional pela The Pennsylvania State University, Estados Unidos. Doutor e Docente Livre em Direito (UFBA). Líder e Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Educação e Desenvolvimento. Professor Titular (Mestrado e Doutorado) da Universidade Salvador (UNIFACS). E-mail: edivaldoboaventura@gmail.com.

Dentre muitos autores que conceituam a educação no Brasil, destaca-se na presente pesquisa os ensinamentos do educador baiano, Anísio Teixeira. Da infância em Caetité, cidade do sudeste baiano onde nasceu em 1900 e teve o início de sua trajetória em um colégio de jesuítas, à vida adulta no Rio de Janeiro, onde cursou a faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Anísio Spínola Teixeira[3] se dedicou aos estudos da educação. Estudou também na Universidade de Columbia, Estados Unidos da América, quando conviveu com o pedagogo John Dewey e conheceu as teses do pragmatismo norte-americano - corrente de ideias que prega a validade de uma doutrina determinada pelo seu bom êxito prático (TEIXEIRA, 1969).

Durante uma vida dedicada à educação, apresentou ao mundo que a mesma era o maior bem de um povo e que por ela deve-se lutar seja no modo de educar ou pelos empreendimentos para que esse modo seja aplicado com sucesso. Em 1931, quando Secretário de Educação no governo do Estado do Rio de Janeiro, criou um tipo de ensino, ou seja, um programa chamado *Rede Municipal de Ensino Completa* que ia da escola primária à universidade. Como um dos responsáveis pela fundação da Universidade de Brasília – UnB, em 1961, quando reitor desta instituição de ensino superior aderiu rapidamente às ideias de democracia e de ciência, que apontavam a educação como o canal capaz de gerar as transformações necessárias para a realidade brasileira e sua modernização (TEIXEIRA, 1969).

Para Teixeira (1998), a universidade deve ser um centro de saber, destinado a aumentar o conhecimento humano, e por meio de uma cultura capaz de alargar a mente e amadurecer a imaginação dos jovens para a aventura do conhecimento. Além de funcionar como uma escola de formação de profissionais e instrumento mais amplo e profundo de elaboração e transmissão da cultura comum brasileira, destacava que as instituições de ensino superior deviam ser profundamente nacionais, mas intimamente ligada, por esse amplo conceito de suas finalidades, às universidades de todo o mundo, à grande fraternidade internacional do conhecimento e do saber.

Nesse contexto, o direito à educação, compreendido como direito fundamental social, conforme previsto no art. 6º da Constituição Federal Brasileira de 1988, deve se voltar à concretização do acesso à educação, atendendo a preceituação constitucional de desenvolver a pessoa, prepará-la para o exercício da cidadania e a qualificar para o trabalho. Decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB), o direito à educação volta-se à garantia de um mínimo existencial conferido a todas as pessoas. Consiste em bem comum a

[3] O educador Anísio Spínola Teixeira foi também Secretário-geral da Campanha de Aperfeiçoamento do Pessoal do Ensino Superior (Capes) e Diretor do Instituto Nacional de Estudos Pedagógicos (Inep), onde ficou até 1964 (TEIXEIRA, 1969).

toda a sociedade, na medida em que possibilita a imersão do indivíduo no contexto social, de forma capacitada e ativa.

O direito à educação é simultaneamente formal e material, devido ao seu conteúdo e importância. Também possui a aplicabilidade imediata a que se refere o art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988, ensejando uma prestação estatal positiva e imediata para a sua concretização no plano fático, conferindo a todos o direito de acesso ao ensino, principalmente àqueles que não possuam meios de custear o ensino particular.

2. Direito e educação: evolução legislativa

A análise da evolução do direito à educação no processo constitucional brasileiro apresenta um histórico de mudanças significativas desde as diretrizes estabelecidas pela primeira Constituição Federal brasileira de 1824 até a atual Carta de 1988. A Constituição Imperial de 1824, marcando o início do processo constitucional, estabeleceu, dentre os direitos civis e políticos, a gratuidade da instrução primária como direito de todos. Na mesma linha formal, a Constituição Republicana de 1891 teve foco na preocupação de estabelecer a competência legislativa referente à matéria educacional. Esta foi responsável pela laicização da educação, decorrência do regime republicano inaugurado em 1889.

Pode-se observar que em ambas Cartas Políticas, acima mencionadas, o direito à educação não era tão evidenciado. Neste sentido, o jurista e educador Edivaldo Boaventura destaca:

> *Tanto a Constituição de 1824, como a sua co-irmã, a Carta Constitucional da Monarquia Portuguesa, ambas outorgadas por Dom Pedro I, e do mesmo modo a Carta de 1891, são documentos políticos típicos do século XIX. As constituições tomaram o conteúdo mais real quando os direitos sociais passam a ser incorporados. No particular, a Constituição de Weimar foi modelo para a Carta de 1934 (BOAVENTURA, 1997, p. 49).*

Na Constituição de 1934, a educação possuiu maior importância e sistematização, tendo sido dedicado no texto constitucional um capítulo próprio e instituído um plano nacional de educação. Pela primeira vez se observou a determinação constitucional de aplicação de índices orçamentários de recursos tributários para a educação.

Importante foi a contribuição do jurista e educador Renato Alberto Teodoro de Dio, precursor do Direito Educacional brasileiro, sobre a Constituição de 1934, quando aponta o reconhecimento expresso da educação e admite a tendência do Estado brasileiro se revelar discrepante no que respeita os objetivos fixados em nível constitucional e a prática:

> *Mas uma cousa é reconhecer direitos em tese e bem outra é garantir que tais direitos sejam respeitados. O país que pode realiza, implementa, executa. O que não pode idealiza, planeja, legisla. E, à falta de recursos que nos permitam executar, nossos governos tem-se limitado a legislar. Assim, no Brasil, o direito à educação vem sendo expressamente reconhecido desde a Constituição de 1934. Só que a proclamação desse direito tem correspondido mais a um anseio do que a uma garantia (DI DIO, 1982, p. 26).*

O período de existência da Constituição de 1934 foi curto, seguido pela Constituição de 1937, base do Estado Novo, outorgada pelo então presidente Getúlio Vargas. Não houve menção ao sistema de ensino federal, tampouco estadual, e passou a atribuir à família a responsabilidade primeira pela educação integral da prole e ao Estado, o dever de colaborar para a execução dessa responsabilidade.

A Constituição de 1946 marcou o retorno à democracia rompida com a Carta Política de 1937. Apresentou normas programáticas que possibilitaram a descentralização dos encargos educacionais da esfera da União para os Estados e Distrito Federal, pelo reconhecimento explícito dos sistemas estaduais de ensino. Foi iniciado o ciclo das leis de diretrizes e bases da educação.

A Constituição de 1967 manteve a estrutura organizacional estabelecida pela Carta de 1946, confirmando a sistemática dual, envolvendo as esferas estadual e federal. A vinculação de recursos foi retirada durante a vigência desta Carta; porém, o seu retorno se deu com a Emenda Constitucional nº 24 de 1983.

Com a Constituição Federal de 1988, o sistema dual passa a ser tríplice em regime de colaboração, englobando a esfera municipal, conforme se depreende da leitura do artigo 211 da Carta Política. A atual Carta Magna ordenou a matéria referente à educação em capítulo específico, qual seja o Capítulo III – Da Educação, da Cultura e do Desporto, concentrando as disposições relativas ao tema, e outros dispositivos dispersos no texto constitucional.

Os direitos fundamentais sociais ensejam atuação estatal no sentido de realizar a igualdade material onde a situação social se mostra desigual, privilegiando uns em detrimento de outros. Dentre os direitos sociais elencados no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, encontra-se o direito à educação. O artigo 205 da Carta Política traz a finalidade básica de educação, que envolve o desenvolvimento da pessoa em relação a si própria, ao trabalho e à sociedade:

> *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.*

> *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 do ensino, garantidos, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos;

VI- gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII- garantia de padrão de qualidade.

Observa-se que o Art. 205 da Constituição Federal de 1988 define a educação e seus objetivos. Forma-se uma concepção ampla de educação como direito de todos e dever do Estado. A igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola deve ser compreendida como direito público subjetivo ao ensino obrigatório e gratuito. A liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber deve ser observada em função da investigação e pesquisa promovida pelas universidades (BOAVENTURA, 1997).

Torna-se imperioso destacar o artigo 208 da atual Constituição Federal de 1988 pela importância de suas disposições no que diz respeito à afirmação do direito à educação enquanto dever do Estado e direito de todos:

Art. 208 – O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I – ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II- progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III- atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

> *V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;*
>
> *VI- oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;*
>
> *VII- atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.*
>
> *§ 1º- O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo*
>
> *§ 2º- O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.*
>
> *§ 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.*

O §1º afirma que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. Neste sentido:

> *O direito ao ensino fundamental gratuito é repetidamente referido pela Constituição, que chega a afirmar tratar-se de um direito público subjetivo. Observe-se que o objetivo pretendido pelo dispositivo não é apenas assegurar que seja oferecido o ensino fundamental, mas que (i) todos tenham efetivamente acesso a ele – por isso a referência no dispositivo à obrigatoriedade e, com o mesmo propósito, ao oferecimento obrigatório em horário noturno e sob a forma didática adequada, a fim de que também os adultos não alfabetizados tenham oportunidade de obter ao menos essa formação básica –; e (ii) todos tenham condições reais de apreender os conteúdos ensinados, daí a garantia de programas suplementares de material didático, transporte, alimentação e assistência à saúde, no âmbito da própria escola (BARCELLOS, 2007, p. 47).*

O §2º, por sua vez, traz a possibilidade de responsabilização, pessoal e direta, da autoridade a quem compete prover o direito ao ensino obrigatório, e não apenas do Estado como um todo. E o §3º estabelece a competência do Poder Público para recensear os educandos no ensino fundamental e para zelar pela frequência à escola.

O artigo 227 da CF estabelece a garantia do direito à educação à criança, ao adolescente e ao jovem "com absoluta prioridade" como dever da família, da sociedade e do Estado. O que também é assegurado nos artigos 53 a 59 do Estatuto da Criança e do Adolescente / ECA (Lei nº 8.069/90). O ECA não aborda o

ensino superior por se tratar de uma carta jurídica que visa tutelar a criança e ao adolescente, via de regra, participantes da educação básica.

A Constituição estabelece o direito à educação como direito fundamental social e tem seu conteúdo mínimo também versado nos diplomas legais, a exemplo do que ocorre no ECA e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB, em seu Artigo 4º, bem como nas Constituições Estaduais, e nas legislações municipais, como as leis orgânicas e os planos diretores.

A Constituição ainda aponta que os entes federativos invistam percentuais mínimos das receitas de impostos na prestação de serviços educacionais, já que é dever de todos os entes a sua concretização. A aplicação dos percentuais de receitas na manutenção e desenvolvimento do ensino é o alvo da previsão contida no artigo 212 da CRFB.

O Brasil possui sistemas de ensino por meio de uma organização educacional que se relaciona com os entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), onde cada um deles tem suas atribuições e competências específicas no que toca aos sistemas de ensino, entendido como um conjunto de instituições educacionais e de normas vinculadas a determinada esfera da administração, seja a União, estados e ou municípios. (BOAVENTURA, 1997).

Considerando os sistemas educativos, esferas federal, estadual e municipal, se destaca o sistema federal de ensino que é composto, precipuamente, pela educação superior, objeto desta pesquisa. O artigo 16 da LDB regulamenta que tal sistema de ensino é integrado pelas instituições de ensino mantidas pela União, pelas instituições de educação superior criadas e mantidas pela iniciativa privada e pelos órgãos federais de educação. Além das instituições de ensino e dos componentes materiais do sistema federal, este também é composto por um conjunto de normas, visto sua competência privativa e não exclusiva da União legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional, bem como fixar o plano nacional de educação, o que será feito em colaboração com os demais entes federados.

A União tem a competência para traçar as diretrizes e bases da educação nacional, elaborar o plano nacional de educação e as leis gerais de ensino. Destacam-se ainda outras atribuições: a) organizar o sistema federal de ensino; b) financiar as instituições de ensino públicas federais; c) exercer, no que diz respeito à organização, manutenção e desenvolvimento do ensino, função redistributiva e supletiva; d) garantir equalização de oportunidades educacionais; e) garantir padrão mínimo de qualidade do ensino; f) prestar assessoramento técnico e assistência financeira aos demais sistemas de ensino (BOAVENTURA, 1997).

Enquanto o sistema estadual de ensino é responsável por assumir maior incumbência em relação ao ensino fundamental e médio, o sistema municipal de ensino, é composto pelos blocos da educação rural e urbana, com dedicação ao

ensino fundamental e educação infantil. A composição e a definição de um sistema educacional de competência municipal foram inovações do constitucional de 1988. Pois, anteriormente, a educação municipal se encontrava presa ao sistema estadual, sendo vedado aos municípios o estabelecimento de normas e diretrizes pedagógicas. Entretanto, o *caput* do artigo 211 da Constituição Federal, atribuiu aos municípios a organização de seu sistema de ensino em colaboração com a União, estados e o Distrito Federal.

Neste sentido, o sistema estadual serve de equilíbrio dinâmico do próprio sistema:

> *Segundo tal ponto de vista, nada impede, muito pelo contrário, tudo enseja, que o sistema estadual possa atender desde a procura de creches, pré-escolas, escolas fundamentais, colégios de ensino médio, faculdades e universidades, ensino pós-graduado e diversificados programas de educação extra-escolar. Dessa forma, os sistemas estaduais são completos ou integrais. Tudo indica ser essa uma função importante dos sistemas estaduais: servir de equilíbrio dinâmico do próprio sistema de educação como um todo (BOAVENTURA, 1997, p. 204).*

Assim, compreende-se o direito à educação, bem como os sistemas e a descentralização do ensino. O sistema federal de ensino se representa pelo conjunto de estabelecimentos e normas que gravitam em torno da União, cujo objetivo principal consiste no oferecimento da educação superior, embora estejam incluídas as escolas técnicas e os centros de formação tecnológica. Já os estados e o Distrito Federal compõem o sistema estadual de ensino, com a atribuição de organizar a educação fundamental e média. Por último, os municípios, institucionalizados pela Constituição Federal de 1988, atuam no ensino pré-escolar e fundamental.

3. A educação como processo de desenvolvimento

É de fundamental importância o papel da educação na formação do sujeito e na sua atuação positiva perante a sociedade. Por sua importância, a educação é considerada como elemento do chamado mínimo existencial que, por seu turno, é formado pelas condições materiais básicas para a existência digna de um indivíduo. Assim, pode-se afirmar que a educação cumpre o propósito de tornar o indivíduo socialmente diligente e independente, existindo como um legítimo cidadão economicamente capaz e politicamente ativo.

O direito à educação, enquanto direito social, além de funcionar como garantia de um mínimo existencial, é também norteador da atividade interpretativa e das medidas adotadas para atender aos fins relacionados à ordem social de um Estado Democrático de Direito. Neste cenário, surgem as políticas públicas

educacionais, enquanto planejamento e atuação estatal no sentido de implementar os fins constitucionais para um desenvolvimento local e regional.

Compreende-se que as políticas públicas não consistem em categorias definidas e instituídas pelo Direito, não podem ser enquadradas num só ramo do conhecimento, tendo em vista seu caráter multifacetado e sua interferência nas mais variadas esferas atinentes à sociedade e sua relação com o Estado. Nesse sentido:

> *O conceito de política pública é um conceito que partiu da Ciência Política e da Administração Pública, mas que hoje encontra importante espaço de reflexão no campo jurídico. Assim, a definição apresentada na ciência política é a dimensão normativa ou moral do Estado, que perpassa a filosofia política ocidental e objetiva garantir uma vida feliz ao cidadão. A questão da política pública apresenta um núcleo com intersecção na organização do sistema internacional, de organização na sociedade e da organização do Estado. Não se apresenta como algo isolado, mas que deve dialogar tendo em conta os três vértices: internacional, estatal e social (LIMBERGER, 2009, p. 15).*

Verifica-se que as políticas públicas não são consideradas estritamente políticas, administrativas ou jurídicas. Isto porque são dispostas de modo complexo, por mais de uma ciência. Assim, a ciência jurídica deve ser capaz de compreender e inserir as políticas públicas em seu próprio contexto, de modo a somar às dimensões política e administrativa, a carga axiológica e jurídica que lhe é inerente.

A relação entre o campo jurídico e as políticas públicas se dá com a adoção do modelo de Estado Social e Democrático de Direito, pela Constituição Cidadã de 1988. É exatamente com o constitucionalismo social que se inaugura a preocupação com a efetividade dos direitos de cunho social que demandam prestações positivas por parte do Estado. O próprio desenvolvimento da sociedade devido ao crescimento das atividades industriais e econômicas, bem como a aglomeração da população nos centros urbanos, resulta no aumento das necessidades sociais. O que reclama uma atuação estatal para a concretização dos direitos sociais e para a satisfação das necessidades básicas. Não devendo acontecer de forma desorganizada.

Assim, o planejamento com os gastos, alocações de recursos, prioridades e possibilidades estruturais, passou a ser atividade do Estado Social e Democrático de Direito. O Professor de Direito Constitucional, Jean Carlos Dias, afirma que nesse contexto surgem as políticas públicas enquanto forma de planejamento e coordenação do quanto disponível ao Estado para que se produzam os resultados esperados na direção desejada através do emprego da racionalidade das decisões e escolhas político-administrativas e jurídicas (DIAS, 2003).

Ainda na análise do estabelecimento dos meios para a consecução de um fim determinado, destaca-se o conceito de política pública para o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello. Enfatiza em sua obra que política pública deve ser compreendida como um conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o país (MELLO, 2009).

Observa-se que o direito à educação, enquanto direito fundamental social de aplicabilidade imediata, demanda uma atuação positiva do Estado com vistas à sua implementação. O poder público fica obrigado a executar tal garantia por meio de políticas públicas educacionais. Estas atuarão como meio de efetivação do direito à educação e um instrumento de atendimento às necessidades sociais. As políticas públicas passam a ser compreendidas como diretrizes de ação do Estado no sentido de garantir à sociedade a efetividade de seus direitos, principalmente àqueles cidadãos mais carentes.

O direito à educação foi preterido para a realização de outras prioridades do Estado, mais importantes em nível econômico que social, o que contribuiu para uma qualidade do ensino público pendente de muitas melhorias. Importante destacar que a promoção de uma educação de qualidade por parte do poder público tem papel fundamental no desenvolvimento da pessoa, na sua preparação para o exercício da cidadania e na qualificação para o trabalho, conforme dispõe a Constituição. Mais que isso, a missão do Estado é favorecer o desenvolvimento de todos e de cada um dos seres humanos, em seus aspectos físicos, intelectuais e morais, com pleno reconhecimento de sua dignidade de pessoa.

Dentre alguns aspectos da educação no Brasil, destaca-se o avanço relacionado ao financiamento da creche ao ensino médio resultante da criação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb) através da Lei nº 11.494/2007, que consistiu na continuidade da política pública construída pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef) (INEP/ MEC).

Outro destaque das políticas educacionais é o Sistema de Avaliação da Educação Básica (SAEB) com a implantação do Prova Brasil, que permite uma avaliação universal, possibilitando transparência quanto à qualidade de ensino nas escolas brasileiras. E ainda o novo indicador, o Índice de Desenvolvimento da Educação – IDEB, instituído através do Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE) lançado pelo Ministério da Educação e Cultura (MEC).

Em 2006, foi iniciado o movimento *Todos Pela Educação*, chamado de TOPA, com o objetivo de ampliação da cultura e estabelecimentos de metas a serem alcançadas a nível educacional. Os resultados são avaliados pelo Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB) com o objetivo de apurar com

exatidão os rumos da qualidade educacional até o ano de 2021. Assim, de acordo com as divulgações do Ministério da Educação, pode-se observar que o Brasil possui uma série de programas e projetos que visam a consecução de um mínimo de qualidade e abrangência em relação à oferta pública do direito à educação (MEC/ INEP/ Preparação Todos pela Educação).

No entendimento de Ramos (2011), a revolução da educação de base e o equilíbrio social interno parecem não acompanhar o desenvolvimento econômico do país e o aumento da credibilidade no cenário internacional. Tal discrepância se dá principalmente pela maior importância dada à economia, em detrimento de outros setores. Assim, o mencionado autor comenta:

> *Em primeiro lugar, porque na educação a descontinuidade dos programas e do corpo técnico tem se constituído num dos principais entraves ao avanço da área na velocidade desejável. Enquanto isso, ao longo dos três últimos governos, a economia foi tratada como assunto de Estado, e não apenas como uma questão programática de governo (RAMOS, 2011, p. 5).*

Ramos (2011) ainda comenta que o descompasso do crescimento entre economia e educação decorre da ausência de um Sistema Nacional de Educação que integre planos estaduais e municipais de educação, que firme um regime de verdadeira colaboração entre os entes federativos e que defina com clareza solar as responsabilidades referentes às questões educacionais. E ainda o gasto anual despendido por aluno na educação básica, apesar do aumento observado nos últimos anos, é ainda muito baixo e inferior ao de países como Chile, Argentina e México, chegando a ser cinco vezes menor que o de países europeus.

Os custos com a educação devem ser alvo de políticas públicas planejadas com a máxima racionalidade e precisão, de modo a empregar adequadamente os recursos disponíveis na consecução de uma educação de qualidade que alcance os objetivos esperados, tornando eficiente a gestão educacional e conferindo um nível de aprendizagem aceitável, diferente do que se visualiza atualmente.

As políticas educacionais não devem se restringir à construção de escolas, embora não se possa negar a relevância prática de tal execução. Sobretudo, é necessária a observância, junto à possibilidade física e estrutural de aprendizagem, do adequado funcionamento dos centros escolares, de modo a proporcionar as melhores condições possíveis aos estudantes, melhorando e potencializando o processo de aprendizagem.

Freitas (2011) propõe quatro premissas para uma educação exitosa. Em seus estudos, comenta a necessidade de priorização da implementação de um direito à educação de forma constitucionalmente adequada. Até mesmo na garantia do desenvolvimento sustentável, quando destaca a necessidade de uma campanha contínua pela melhora nas áreas de ciência e tecnologia, com alfabe-

tização funcional e com a implantação de medidores de qualidade, como mais relevante do que inaugurar escolas.

Dentre as premissas de educação exitosa, apontadas por Freitas (2011), destaca-se: a visão da causalidade a longo prazo, consistente no entendimento de que todas as condutas têm efeitos para além da vida de um sujeito. As consequências se propagam no tempo e atingem a todos. A educação de qualidade, assim, deve se conectar com a perspectiva da causalidade e pluridimensionalidade do desenvolvimento, donde a educação deve preparar o indivíduo para o desenvolvimento em suas mais variadas dimensões (social, ética, ambiental, econômica e jurídico-política).

As outras premissas também devem ser observadas quando se analisa a educação e as políticas públicas educacionais como parte do processo de desenvolvimento. Destaca-se a visão da sustentabilidade como causa poderosa, vista na sua inteireza e importância como força motriz para a modificação dos vícios e para a internalização dos valores constitucionais. A visão da sustentabilidade deve ser compreendida como a capacidade biológica e institucional de promover o reequilíbrio dinâmico e propício ao bem-estar no presente e no futuro (FREITAS, 2011).

As políticas de educação do nível superior no Brasil ganham um principal destaque na década de 1990, principalmente com o advento da Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB, nº 9.394/96 de 20/12/1996. A LDB estabelece um conjunto de princípios que reorientam o ensino superior em sintonia com as indicações dos organismos internacionais. Como destaque, apresenta-se a defesa de processos de descentralização, flexibilização e expansão das oportunidades educacionais, por meio da abertura de instituições privadas de ensino superior em todas as regiões brasileiras. Constata-se uma indução à privatização desse nível de ensino.

Importante destacar o papel delineado pelo Plano Nacional de Educação (PNE) de 2001, no tocante as diretrizes e metas, o que visa garantir um padrão básico de qualidade nas políticas de expansão da educação superior. Restando uma melhor visão por parte do governo federal, que vem diminuindo os investimentos na Pesquisa e na Educação, em todos os níveis.

4. Considerações finais

Destarte, a educação superior é fundamental para o crescimento do país e da sociedade e para o desenvolvimento nacional sustentável. Permite a concretização da dignidade da pessoa humana, valorizando o cidadão do ponto de vista individual. A partir da análise do direito à educação e das políticas públicas educacionais, é possível compreender a organização do ensino superior, e sua importância como um grande desafio a ser efetivado.

Desde as primeiras legislações brasileiras, envolvendo as constituições e outras legislações, constatam-se alguns desafios do direito à educação superior. Pode-se destacar a necessidade de uma maior ampliação, melhor interiorização, amplo acesso e investimento na pesquisa, ensino e extensão.

Considerando a Educação como pressuposto para o Desenvolvimento, torna-se imperiosa a compreensão da educação de qualidade como prioridade para os novos desafios do Direito no século XXI. A educação deve ser prioridade, assim como tantos outros direitos sociais que são marginalizados por conta da sobreposição de valores econômicos e capitalistas. O Direito à Educação Superior é um grande desafio a ser efetivado para o desenvolvimento social, além de se configurar como um instrumento necessário na vida dos cidadãos por ser capaz de transmitir conhecimentos, de experiência cultural e científica acumulada pela humanidade.

Referências

BAHIA, Lei nº 13.559 de 11 de maio de 2016, *Plano Estadual de Educação* [consult. 25 jul. 2015], disponível em: http://diarios.egba.ba.gov.br.

BARCELLOS, Ana Paula de, «Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas», in *Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais*, Marcelo Novelino Camargo (org.), 2 ed., Salvador, JusPodivm, 2007.

BOAVENTURA, Edivaldo M., *Metodologia da pesquisa: monografia, dissertação, tese*, São Paulo, Atlas, 2007.

_____, *A Educação Brasileira e o Direito*, Belo Horizonte, Nova Alvorada, 1997.

BRASIL, Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. *Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional* [consult. 25 out. 2015], disponível em: http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=75723.

_____, *Plano Nacional de Educação - Lei nº 13.055, de 25 de junho de 2014*, Brasília, MEC, 2014.

_____, *O Plano de Desenvolvimento da Educação: razões, princípios e programas*, Brasília, MEC, 2007.

CAMPOS, M. M.; FÜLLGRAF, J.; WIGGERS, V., «A qualidade da Educação Infantil brasileira: alguns resultados de pesquisa», *Cadernos de Pesquisa*, v. 36, n. 127, p.87-128, jan/abr., 2007.

DELORS, Jacques (org.), *Educação: um tesouro a descobrir*, 7 ed., São Paulo, Cortez, 2012 (Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI).

DIAS, Jean Carlos, «Políticas públicas e questão ambiental», *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, Ano 8, n. 13, jul./set. 2003.

DI DIO, Renato Alberto Teodoro, *Contribuição à sistematização do Direito Educacional*, Taubaté, Universitária, 1982.

DOURADO, Luiz Fernando (org), *Plano Nacional de Educação (2011-2012): avaliação e perspectivas*, Goiás, Editora UFG, 2011.

FREITAS, Juarez, *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*, Belo Horizonte, Fórum, 2011.

GADOTTI, Moacir, *Qualidade na Educação: uma nova abordagem*, São Paulo, COEB, 2013.

GIL, Antônio Carlos, *Como elaborar projetos de pesquisa*, 6 ed., São Paulo, Atlas, 2002.

LIMBERGER, Têmis, «O dogma da discricionariedade administrativa: a tensão instaurada entre os poderes Judiciário e Executivo devido às políticas públicas de saúde no Brasil», *Revista Interesse Público*, n. 57, Ano 11, set./out., 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 26 ed. São Paulo, Malheiros, 2009.

RAMOS, Mozart Neves, «Panorama da Educação: avanços e desafios», in *A Urgência da Educação*, Mozart Neves Ramos; Isaac Roitman, São Paulo, Moderna, 2011.

SECRETARIA DA EDUCAÇÃO DO ESTADO DA BAHIA, *O que é o pacto?* [consult. 23 jul. 2016], disponível em: http://educar.sec.ba.gov.br/todospelaescola/?page_id=21.

_____, *Revista da Secretaria de Educação do Estado da Bahia*, ano II, n. 2, set., 2011.

_____, *Todos pela Escola: o que é o programa?* [consult. 23 jul. 2016], disponível em: http://educar.sec.ba.gov.br/todospelaescola/?page_id=12.

TEIXEIRA, Anísio, *Educação e universidade*, Rio de Janeiro, Editora UFRJ, 1998.

_____, *Educação no Brasil*, São Paulo, Cia. Editora Nacional, 1969.

DEMOCRACIA E EDUCAÇÃO DEMOCRÁTICA: NARRATIVAS PARA O BRASIL

Guilherme PEREZ CABRAL[1]

1. Introdução

Saramago inicia a *História do Cerco de Lisboa* com o diálogo entre o historiador, autor de mais uma repetição da "mil vezes contada" história do cerco, e o revisor, Raimundo, autor do "não" que, acrescido à obra, muda os rumos da história. Ressaltava este último que "[t]udo que não for vida, é literatura (...) A história sobretudo, sem querer ofender"[2]. A autoria da história, mostra-nos que Saramago está menos com os "reais" protagonistas e, mais, com os seus narradores.

[1] Doutor em Direito (área de concentração: Filosofia e Teoria Geral do Direito) pela Universidade de São Paulo (USP). Professor pesquisador da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas).

[2] SARAMAGO, José, *História do cerco de Lisboa*, São Paulo, Cia das Letras, 2010.

Acrescenta-se, aqui, um ponto importante. Baseado nosso *mundo da vida*[3] nas narrativas que fizemos sobre nós mesmos, também a "vida real" é "literatura". As narrativas – em permanente conflito, em busca de hegemonia – intermediam nosso contato com a "realidade". São nosso horizonte experiencial, o que dispomos para interpretar e experimentar a vida. A vida, a que podemos experimentar, espreme-se entre elas.

António Hespanha, fala-nos, nessa linha, das "versões discursivas" dos objetos com os quais nos deparamos. Em alguns campos – como o das versões científicas da natureza –, é verdade, os limites da interpretação são maiores. A possibilidade, a liberdade de se atribuir sentidos pessoais e contextuais às palavras e objetos experimentados, mais restrita[4]. Espaço, contudo, sempre há algum[5]. Num ciclo hermenêutico, que se retroalimenta, os fatos da vida acabam transformados "naquilo que fizer sentido que sejam"[6], na perspectiva do discurso assumido, corroborando-o.

De dentro do nosso *mundo da vida*, pretendo, na presente comunicação, tratar de narrativas sobre a democracia e sobre a educação para sua consolidação, em sua aplicação ao contexto brasileiro.

Primeiro, a democracia é apresentada dentro de uma perspectiva emancipatória, no contexto da modernidade, destacando-se, neste universo, dentre tantas versões discursivas que disputam hegemonia, a visão da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO (1). A entidade especializada vinculada à Organização das Nações Unidas (ONU) que, na

---

[3] Tomo por *mundo da vida*, acompanhando as lições de Jürgen Habermas, como o *contexto* existencial no qual estamos inseridos, formado por um reservatório de evidências, convicções, imagens, interpretações do mundo e das coisas, que delimitam nosso horizonte experiencial, fornecendo os *recursos* para a compreensão de nossa vida, para a comunicação e a convivência (CABRAL, Guilherme Perez, *Educação para a democracia no Brasil: fundamentação filosófica a partir de John Dewey e Jürgen Habermas*, São Paulo, Alameda, 2017, p. 206).

[4] HESPANHA, António Manuel, *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 654 e 657.

[5] Nesse sentido, vale mencionar o Projeto de Lei de autoria do Deputado Pastor Marcos Feliciano, que tramita no Congresso nacional brasileiro. Prevê que devem fazer parte da "grade curricular", conteúdos sobre o criacionismo, incluindo "noções de que a vida tem sua origem em Deus, como criador supremo de todo universo e de todas as coisas que o compõe". Justifica: "[o] que se requer não é a supressão da teoria evolucionista dos currículos escolares, mas a inclusão da doutrina criacionista, tendo em alta conta que esse é o ensino adotado pela maioria das religiões. Como vivemos numa sociedade democrática cujo direito fundamental se constitui na livre escolha, que cada um tenha o direito de escolher em que acreditar" (BRASIL, Congresso Nacional, *Projeto de lei da Câmara dos Deputados nº 8099 de 13 de novembro de 2014*. Ficam inseridos na grade curricular das Redes Pública e Privada de Ensino, conteúdos sobre Criacionismo, 2014 [consult. 12 mai. 2018], disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=777616).

[6] HESPANHA, *O caleidoscópio do direito*, 2009, p. 664.

década de 1990, produziu importantes documentos tratando da educação para a democracia[7], amplia, agora, o âmbito desse escopo educacional, para além da participação política nos limites do Estado-nação, debruçando-se sobre a temática da *cidadania global* e da educação para sua consolidação.

Tal discurso é, então, contraposto com o cenário brasileiro de inexperiência democrática (2). Nele, depois de um período breve de hegemonia de um discurso entusiasmado em relação às possibilidades da democracia (3), esta se torna, no presente momento marcado por forte oposição política no espaço público – do tipo *amigo-inimigo* – um significante vazio, interpretada e preenchida de conteúdo, conforme os interesses em conflito, conforme o lado em que se está. Como adjetivo (democrático), é uma qualidade do "nós", inexistente no *outro* (o inimigo), que, entretanto, não nos define (4).

Finalmente, passando à temática da educação para a democracia, o trabalho centra atenção, dentre suas versões emancipatórias – passando, aqui, brevemente, pela proposta da UNESCO –, na que propugna uma experiência além das narrativas e repertórios antidemocráticos em que estamos imersos e que nos conformam (5).

2. Narrativas democráticas emancipatórias e a proposta de cidadania global da UNESCO

A narrativa democrática da modernidade segue ideias antigas. Remete a um regime de governo, em que o povo governa a si mesmo[8]. O governo, em síntese, não de um, nem de poucos, mas da maioria, em vista do bem comum[9].

Assentada a legitimidade do Estado moderno num acordo racional, a democracia passa, então, pela participação social de um número cada vez maior de

[7] Nesse sentido, "Plano de Ação Mundial em favor da Educação para os Direitos Humanos e a Democracia" (1993), "Declaração e Plano de Ação Integrado sobre a Educação para a Paz, os Direitos Humanos e a Democracia" (1995).

[8] MARKOFF, John, «Democracia: transformações passadas, desafios presentes e perspectivas futura», *Sociologias*, Ano 15, nº 32, 2013, p. 22-23 [consult. 05 jun. 2018], disponível em: http://www.scielo.br/pdf/soc/v15n32/03.pdf.

[9] ARISTÓTELES, *Política*, Coleção Os Pensadores, São Paulo, Nova cultural, 2005, p. 224.

pessoas (cidadãos), na formação discursiva[10] da vontade estatal soberana. Isso, sobre a base do reconhecimento dos direitos humanos fundamentais, ligados às propriedades, aos atributos necessários para aludida participação[11].

A democracia, destarte, envolve a ideia de autonomia, de autolegislação, a exigir que "os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquanto autores do direito"[12].

Exige, para tanto, a *emancipação*, propugnada pelo Iluminismo: a saída da menoridade, superando a incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação, sem a tutela de outrem[13]. Na tradição filosófica da Escola de Frankfurt, diz Adorno: "[a] democracia com o dever de não apenas funcionar, mas operar conforme seu conceito, demanda pessoas emancipadas. Uma democracia efetiva só pode ser imaginada enquanto uma sociedade de quem é emancipado"[14].

Tudo isso, de qualquer forma, concebido no âmbito de determinado Estado soberano, de um determinado território geográfico nacional. É em torno do Estado-nação que se consolida a noção de cidadania, de par com a construção da democracia e a luta pelos direitos humanos.

Acontece que, em paralelo, temos a globalização do capital, tomada como configuração cosmopolita da produção e do consumo, a partir da exploração burguesa do mercado mundial[15], e a movimentação descomprometida do capital financeiro. Com ela, o poder soberano estatal – e a participação social em sua formação e exercício – tão reverenciado em discursos políticos e pela dogmática jurídica, é muito enfraquecido, esvaziado de conteúdo. Afinal, o Estado:

---

[10] Por discurso entendo, também com Habermas, a práxis da argumentação racional orientada ao entendimento. Quanto à racionalidade, aqui, está relacionada à disposição do sujeito à crítica de suas falas e a capacidade de fundamentá-las. Com isso, a prática da argumentação compõe uma "instância de apelação que possibilita dar prosseguimento ao agir comunicativo com outros meios, quando não se pode mais abrandar um dissenso por meio das rotinas do dia a dia, mas ainda se deve, não obstante, decidir sobre ele sem o emprego imediato ou estratégico da violência (HABERMAS, Jürgen, *Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social*, Tomo 01, Trad. Paulo Astor Soethe, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 48).

[11] HONNETH, Axel, *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, Trad. Luiz Repa, São Paulo, Ed. 34, 2009, p. 188.

[12] HABERMAS, Jürgen, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Vol. 01, Trad. Flavio Beno Siebeneichler, 2012, p. 157-158.

[13] KANT, Immanuel, «Resposta à pergunta: que é iluminismo?», in *A paz perpétua e outros opúsculos*, Immanuel Kant, Trad. Artur Mourão, Lisboa, Edições 70, 2004, p. 11.

[14] ADORNO, Theodor, *Educação e emancipação*, 4ª ed., Trad. Wolfgang Leo Maar, Rio de Janeiro, Paz e terra, 1995, p. 141-142.

[15] MARX, Karl; ENGELS, Friedrich, *O Manifesto Comunista*, Trad. Álvaro Pina, São Paulo, Boitempo Editorial, 2005, p. 43.

> *(...) se transforma em mera província do capitalismo mundial, sem condições de realizar sua soberania (...) Um Estado-Nação em crise, amplamente determinado pelo jogo das forças produtivas predominantes em escala mundial, dispõe de escassas ou nulas condições para manifestar ou conquistar soberania*[16].

Tal fragilização do Estado-nação traz consigo a fragilização das instituições desenvolvidas sobre sua constituição. Falo dos direitos humanos[17], da democracia e, enfim, a cidadania, em sua construção estatal.

Nesse cenário, no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, temos estudado, dentre tantos candidatos a intérpretes "autênticos" dos sentidos próprios da democracia e da educação para sua consolidação, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO).

O organismo especializado da ONU coloca o debate, hoje, em termos de *cidadania global*, propugnando, assim, uma compreensão ampliada da cidadania, para além dos limites do território nacional. Afirma: "não implica uma situação legal", mas "um sentimento de pertencer a uma comunidade mais ampla e à humanidade comum, bem como de promover um 'olhar global', que vincula o local ao global" [18]. Enfatiza, assim, "a interdependência e a interconexão política, econômica, social e cultural entre os níveis local, nacional e global"[19].

Com tal perspectiva ampliada, o discurso da UNESCO se revela bastante coerente no aludido contexto globalizado, de mitigação do poder soberano de autodeterminação do Estado. E mais, coloca-se como importante contraposição à sempre presente pretensão da afirmação de povos, culturas e democracias em prejuízo do *outro*, perdendo-se de vista a dimensão global dos problemas vividos localmente e a necessidade de sua consideração, de modo cooperativo, em vista de uma solução mais adequada.

---

[16] IANNI, Octávio, «Globalização e crise do Estado-Nação». *Revista estudos de sociologia*, v. 4, nº 6, 1999, p. 130 [consult. 05 jun. 2018], disponível em: https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/view/753/618.

[17] SOUSA SANTOS, Boaventura de, *A gramática do tempo. Para uma nova cultura política*, São Paulo, Cortez, 2006, p. 436.

[18] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO), *Educação para a cidadania global: preparando alunos para os desafios do Século XXI*, Brasília, UNESCO, 2015, p. 14.

[19] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO), *Educação para a cidadania global: tópicos e objetivos de aprendizagem*, Brasília, UNESCO, 2016, p. 14.

Com a noção de cidadania global, pretende superar a perspectiva reducionista circunscrita à *minha* comunidade, o *meu* Estado, em detrimento dos excluídos do "nós", alvos de nossa propensão agressiva e elemento facilitador da coesão de nosso agrupamento social[20].

A construção da cidadania não pode mais, pois, ser pensada, no âmbito de unidade política estatal, concebida a *política*, conforme o modelo de Carl Schmmit, como ambiência da diferenciação/contraposição mais extremada que pode existir, a do tipo *amigo-inimigo*. Dentro da unidade (o Estado-nação), o cidadão, amigo. Fora dela, o inimigo:

> *Ele é precisamente o outro, o desconhecido e, para sua essência, basta que ele seja, em um sentido especialmente intenso, existencialmente algo diferente e desconhecido, de modo que, em caso extremo, sejam possíveis conflitos com ele, os quais não podem ser decididos nem através de uma normalização geral empreendida antecipadamente, nem através da sentença de um terceiro "não envolvido" e, destarte "imparcial"*[21].

3. A inexperiência da democracia. Uma narrativa histórica brasileira

Trazida ao contexto brasileiro, o coerente debate da UNESCO, no sentido da construção de uma cidadania global, é facilmente identificado com idealismo ingênuo.

Afinal, como tratar de cidadania ampliada, para além dos limites territoriais, pensando globalmente os problemas locais, num país em que a inexperiência da democracia e a cultura de desrespeito aos direitos humanos é, ainda, um dado que inibe a percepção e vivência mínima da cidadania "nacional"?

Estamos, em termos freudianos, muito mais, para uma "horda conduzida por um chefe" do que para uma "sociedade sem pai", referida por Kelsen[22].

A história do Brasil vem marcada por autoritarismos e violências. Num país que "nasceu e cresceu dentro de condições negativas à experiência democrática"[23], não havíamos vivido, até a Constituição de 1988, mais do que sessenta

---

[20] FREUD, Sigmund, *O mal-estar na civilização*, trad. Paulo César de Souza, São Paulo, Cia das Letras, 2011, p. 60.

[21] SCHIMITT, Carl, *O conceito de político*, Trad. Geraldo de Carvalho, Belo Horizonte, Del Rey, 2008, p. 27-28.

[22] CABRAL, *Educação para a democracia no Brasil*, 2017, p. 18.

[23] FREIRE, Paulo, *Educação como prática de liberdade*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2011, p. 90.

anos de democracia formal, entrecortada por golpes de Estado e regimes autoritários.

Conformamos uma tradição política autoritária, habituada muito mais à usurpação do poder pelo golpe (*tradição golpista*) e à manipulação instrumental do conceito de democracia do que ao entendimento por meio do diálogo[24].

Por aqui, ditadores e governantes antipáticos ao diálogo, à participação popular praticam, usurpam para si o discurso em defesa da democracia e dos direitos humanos[25].

Por exemplo, a Constituição de 1937, foi imposta por Vargas, visando, de acordo com seu texto, a atender às "legitimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social". Na Emenda Constitucional nº 01/69, por meio da qual os militares reescrevem a Constituição de 1967, também por eles outorgada, a preservação da democracia serve de justificativa da Ditadura para a exclusão de direitos individuais e políticos[26].

E, assim, sob a forma jurídica democrática (mero *dever ser*), governantes atuam, em nome próprio, servidos de "instrumentos políticos derivados de sua posse do aparelhamento estatal". Marcadamente fluídos e amorfos, conseguem preservar o poder e seus privilégios, resistindo e compatibilizando-se, na medida do possível, em mudanças de acomodação (jamais estruturais), com o avanço da modernidade[27]. Ao lado do não-diálogo e do autoritarismo, o patrimonialismo, com a apropriação privada do espaço público.

---

[24] WEFFORT, Francisco C., *Por que democracia?*, 2ª Ed., São Paulo, Brasiliense, 1984, p. 34; 40-46.

[25] VIOLA, Sólon Eduardo Annes, «Direitos humanos no Brasil: abrindo portas sob neblina», in *Educação em direitos humanos: Fundamentos teórico-metodológicos*, Rosa Maria Godoy Silveira e outros (org.), João Pessoa, Editora Universitária, 2007, p. 126.

[26] Estabelecia o Art. 154: "O abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa".

Destaca-se, nela, ainda, o *véu de legalidade* que se pretende atribuir ao texto imposto: os Ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica "promulgam" a Constituição, fazendo referência a atribuições "legalmente" conferidas por dispositivos de Atos Institucionais (nºs 05 e 16). O fazem, ademais, considerando, entre outros pontos, o decreto de "recesso" do Congresso Nacional, diante do que, conforme o referido Ato Institucional nº 05, o "Poder Executivo fica autorizado a legislar sobre todas as matérias", inclusive elaborar emendas à Constituição, medida "compreendida no processo legislativo".

[27] FAORO, Raymundo, *Os donos do poder. Formação do patronato político brasileiro*, Volume 02, 11ª Ed., São Paulo, Globo, 1995, p. 736, 737, 739 e 745.

Nesse processo histórico, a construção da democracia e da cidadania no Brasil permanece um desafio ingente[28], um projeto incipiente e inacabado, inserido na retalhada Constituição Federal de 1988 (foram 99 Emendas Constitucionais, até dezembro/2017), repetidamente relida, em novos termos, pelo Supremo Tribunal Federal[29].

Não pode ser empreendida sem essa visão do ontem e, destarte, "Sem a apreensão, em suas raízes, no caso brasileiro, de uma de suas mais fortes marcas, sempre presente e sempre disposta a florescer, nas idas e vindas do processo: *a nossa inexperiência democrática*"[30].

4. Um breve discurso entusiasmado

É verdade, acreditamos, por um momento, que seria diferente. Contamos para nós mesmos uma história com um final feliz.

A redemocratização brasileira ocorre em momento histórico de disseminação de governos democráticos, ao menos no nível formal, em países de todos os continentes, na "onda multicontinental de democratização do final do Século XX"[31]. Foi, para nós, uma fase de ingênua euforia:

> *O esforço de reconstrução, melhor dito, de construção da democracia no Brasil, ganhou ímpeto após o fim da ditadura militar em 1985. Umas das marcas desse esforço é a voga que assumiu a palavra cidadania (...) literalmente, caiu na boca do povo. Mais ainda, ela substituiu o próprio povo na retórica política (...) No*

---

[28] CABRAL, Guilherme Perez, «Educação na e para a democracia no Brasil: considerações a partir de J. Dewey e J. Habermas», *Educação & Sociedade*, v. 37, n. 136, 2016, p. 875.

[29] Destaca-se, nesse sentido, o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Habeas Corpus nº 152752. Tinha por objeto impedir a execução provisória da pena do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, diante da confirmação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) de sua condenação pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Debatia-se, em síntese, o conteúdo normativo do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, de acordo com o qual: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Em seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso defende a ocorrência, na hipótese (execução da pena de prisão após a condenação em segunda instância), do fenômeno da *mutação constitucional* "a alteração do sentido e alcance de uma norma, tal como interpretada pela Suprema Corte", em relação ao direito fundamental mencionado. Ressalta, para tanto, "impactos negativos" da posição contrária à sua, entre os quais: "Poderoso incentivo à infindável interposição de recursos protelatórios" e o "Descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade, pela demora na punição e pelas frequentes prescrições, gerando enorme sensação de impunidade" (Fonte: https://www.conjur.com.br/dl/anotacoes-manifestacao-oral-barroso.pdf). Enfim, a morosidade do Judiciário e sua incapacidade de administrar adequadamente o sistema penal, justificaria mitigar um direito fundamental, cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, Constituição Federal brasileira.

[30] FREIRE, *Educação como prática de liberdade*, 2011, p. 89.

[31] MARKOFF, *Democracia: transformações passadas, desafios presentes e perspectivas futura*, 2013, p. 18.

> *auge do entusiasmo cívico, chamamos a Constituição de 1988 de Constituição Cidadã. Havia ingenuidade no entusiasmo. Havia a crença de que a democratização das instituições traria rapidamente a felicidade nacional*[32].

Na sequência, com Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), o Brasil do "Real" se "modernizava" e se "liberalizava", com estabilidade monetária[33]. Depois, com Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010), o Brasil tornava-se materialmente mais justo, como "nunca antes na história deste país", conforme frase repetidamente exclamada pelo ex-presidente.

Na disputa presidencial ocorrida em 2010 – momento em que o Presidente Lula deixava o governo e que tinha sua gestão avaliada como boa/ótima por 83%[34] – o principal partido da oposição, da "socialdemocracia" burguesa (PSDB), elaborou propaganda eleitoral em que tentava vincular o candidato José Serra a um "homem do povo". Conforme notícia veiculada em jornal da época:

> *O programa do candidato do PSDB à Presidência, José Serra (PSDB), apostou na imagem de um homem comum, que estudou em escola pública e venceu na vida, usando a frase "sai o Silva e entra o Zé", em referência à saída do presidente Luiz Inácio Lula da Silva.*
>
> *Durante todo o programa do PSDB, Serra foi identificado como um homem do povo, estudante de escola pública e filho de feirante que "carregou caixas de frutas para que ele [Serra] um dia pudesse carregar caixas de livros"*[35].

Ser do "povo", preocupar-se com as desigualdades sociais, dar atenção aos mais necessitados, constituía a melhor narrativa para ganhar a eleição presidencial.

Todavia, diferentemente de leis, hábitos democráticos não se promulgam. O texto constitucional fora arremessado no curso de um processo histórico em que a população não havia internalizado tais concepções, nem poderia, como vivência própria.

---

[32] CARVALHO, José Murilo de, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Civilização brasileira, 2010, p. 07.

[33] IANONI, Marcus, «Políticas Públicas e Estado: o Plano Real», *Lua Nova*, n. 78, 2009 [consult. 05 jun. 2018], disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452009000300009&lng=en&nrm=iso.

[34] DATAFOLHA, Instituto de pesquisa, *Avaliação Lula 17 a 19/11/2010*, 2010 [consult. 12 mai. 2018], disponível em: http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2013/05/02/aval_pres_20122010.pdf.

[35] UOL Educação, *Sai o Silva e entra o Zé, diz programa de Serra; Dilma dá destaque a Lula*, 17/08/2010 [consult. 13 mai. 2018], disponível em: https://eleicoes.uol.com.br/2010/ultimas-noticias/2010/08/17/sai-o-silva-e-entra-o-ze-diz-programa-de-serra-dilma-da-destaque-a-lula.jhtm.

Dentro da nova situação política, reviveram e ainda revivem nossos velhos hábitos, instituições e práticas[36], o não-diálogo, o autoritarismo, o patrimonialismo.

A euforia não afastou as continuidades que caracterizam nossa história e se enraizaram, naturalizaram-se no pano de fundo das relações sociais. A Constituição democrática, a possibilidade democrática de alternância de poder não alterou, profundamente, o sistema político-governamental nacional. Não alterou de forma profunda nossa constituição fática (*ser*) antidemocrática.

Segue chamando a atenção, no Brasil, "a mesmice histórica das elites (...) Há famílias reais na política, governadores quase vitalícios, congressistas cativos"[37].

Seguimos, enfim, exigindo pouco para nos adjetivarmos "democráticos": bastam algumas liberdades formais, partidos sem representatividade, eleições periódicas, o exercício isolado do voto, a escolha entre opções que o cidadão não formulou.

Passados trinta anos da Constituição de 1988, numa análise geral, problemas foram sanados, outros mitigados. Graves problemas sociais persistiram e se revigoram.

E outras versões da história e dos fatos rondam. Pretendem afirmar-se ou reafirmar-se hegemonicamente. Algumas, reprimidas, diante do "politicamente correto" de outrora, vêm agora potencializadas, raivosas, violentas, como a água represada que se liberta, depois que o dique rompe.

Afundamos num momento de descontentamento e questionamentos em relação às possibilidades e limites das práticas e instituições democráticas. Narrativa que, destaca-se, ganha força também em democracias "maduras"[38].

Não se tem mais a crença de que a democracia vá resolver, de forma eficiente, todos os nossos problemas. O discurso de amadurecimento das instituições democráticas tem sido alvo de críticas. Aparece como mais uma, dentre outras tantas versões discursivas do Brasil a nos espremer.

---

[36] MOISÉS, José Álvaro, Os brasileiros e a democracia. Bases sócio-políticas da legitimidade democrática, São Paulo, Ática, 1995, p. 27.

[37] DEMO, Pedro, *Cidadania menor. Algumas indicações quantitativas de nossa pobreza política*, Petrópolis, Vozes, 1992, p. 103.

[38] MARKOFF, *Democracia: transformações passadas, desafios presentes e perspectivas futura*, 2013, p. 20.

5. Narrativas democráticas em tempos de política schimittiana

A democracia, vimos em nossa narrativa emancipatória, remete à participação social efetiva nos processos de formação da vontade soberana do Estado. Envolve discurso, entendimentos e acordos racionais.

Os procedimentos, instituições, mecanismos e direitos democráticos reproduzem a estrutura discursiva e seus requisitos: liberdade de expressão, direito de participação e outros direitos humanos fundamentais, regra da maioria, eleições periódicas, representação, etc.

Hoje, porém, o Brasil vive, de forma acentuada, uma oposição política próxima à do tipo *amigo-inimigo*, impassível de diálogo e entendimento. Antagonismo que, portanto, exclui as possibilidades da democracia no sentido narrado.

Nesse antagonismo extremado, contudo, as ideias de democracia e de cidadania não são rechaçadas. Perdem-se, apenas, em significantes vazios. Podendo significar qualquer coisa, não significam nada.

Funcionam, nos enfrentamentos políticos atuais, mais como dados, atributos do nosso grupo. Desconsideram qualquer conteúdo próprio substancial, a partir de uma hermenêutica jurídico-constitucional. Em tempos de não reconhecimento do outro, democrático é concordar conosco.

Servem inclusive para localizar o que, noutro momento, seria seu oposto: "a democracia permanece, não mais com um conteúdo substancial e vinculante, mas como mero simulacro"[39]. É um atributo do "nós" que, contudo, não ajuda a nos definir.

Nesse sentido, o Estado democrático de direito brasileiro só permanece assim a partir de leituras bastante extensivas, flexíveis de suas regras e institutos, constitucionalmente estabelecidos. Dois exemplos recentes corroboram isso.

| O Brasil passou, recentemente, por um processo de *Impeachment* da então Presidente da República.

O *impeachment*, explica Dallari, instrumento geralmente previsto em sistemas presidencialistas, é "uma figura penal, que só permite o afastamento do presidente se ele cometer um crime. E é perfeitamente possível que o presiden-

[39] CASARA, Rubens, *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2017, p. 23.

te, adotando uma política inadequada, mas sem praticar qualquer ato delituoso, cause graves prejuízos ao Estado"[40].

A despeito disso, e do regime presidencialista, previsto pelo Estado brasileiro, o instituto de direito penal foi utilizado para um procedimento tipicamente parlamentarista: "demissão" da chefe do executivo, decidida politicamente pelo Congresso Nacional, após a perda da maioria "parlamentar".

Voltamos, assim, ao passado do parlamentarismo inglês em construção. Especificamente, ao momento em que, afirma Dallari, o Parlamento "sentindo-se forte, começou a pressionar os ministros a se demitirem, quando discordavam de sua política". Continua:

> *De início foi utilizado o impeachment (instituto de direito penal) para afastar os ministros indesejáveis. Fazia-se a acusação perante a Câmara dos Comuns, alegando-se a prática de um delito. Reconhecida a culpa, declarava-se o impeachment, com a consequência de perda do ministério e imposição de uma pena. Aos poucos os ministros perceberam ser mais conveniente deixar o cargo logo que se manifestasse o descontentamento do Parlamento em relação à política que estivessem adotando. Nasceu, assim, a responsabilidade política, com a obrigatoriedade da demissão do Gabinete sempre que receber um voto de desconfiança"*[41].

No caso da Presidente Dilma, pouco importou se houve ou não ato delituoso. A vontade política, então majoritária, de chegar à decisão antecipadamente conhecida (destituição da Presidente) presidiu – valendo-me das palavras de Flavius, citado por Larenz – "a escolha dos lugares da lei que permitem fundamentar essa decisão"[42]. O raciocínio jurídico da subsunção do fato à norma (crime de responsabilidade) já tinha resultado predeterminado. Estava a serviço do interesse prevalecente.

Quanto à resposta a pergunta se o processo foi (ou não) democrático, se foi (ou não) golpe, depende do lado em que se está.

II Julgamento do processo administrativo disciplinar, movido contra o Juiz Sérgio Moro, da Operação "Lava Jato", diante do levantamento do sigilo de conversa telefônica, em março/2016, interceptada judicialmente, entre o ex-presidente Lula e a então Presidente Dilma Rousseff.

---

[40] DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de teoria geral do estado*, 33ª ed., São Paulo, Saraiva, 2016, p. 241.

[41] DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*, 2016, p. 230.

[42] LARENZ, Karl, *Metodologia de aplicação do direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1969, p. 71.

O que chamo atenção, aqui, na decisão do Tribunal Regional Federal, é o argumento da excepcionalidade (Estado de exceção) dos processos e investigações criminais da "Lava Jato", sob a direção do magistrado representado:

> *(...) constituem caso inédito (único, excepcional) no direito brasileiro. Em tais condições, neles haverá situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns. Assim, tendo o levantamento do sigilo das comunicações telefônicas de investigados na referida operação servido para preservá-la das sucessivas e notórias tentativas de obstrução, por parte daqueles, garantindo-se assim a futura aplicação da lei penal, é correto entender que o sigilo das comunicações telefônicas (*Constituição, art. 5º, XII) pode, em casos excepcionais, ser suplantado pelo interesse geral na administração da justiça e na aplicação da lei penal. A ameaça permanente à continuidade das investigações da Operação Lava-Jato, inclusive mediante sugestões de alterações na legislação, constitui, sem dúvida, uma situação inédita, a merecer um tratamento excepcional[43].

O *inimigo*, que, alguns anos antes, servira de modelo nacional, paradigma para se ganhar eleição, justificava, agora, o estado de exceção – aquele que, consequentemente, não é democrático de direito. E isso pode ser feito, na narrativa do Tribunal, sem afronta à democracia. Fez-se *democraticamente* estado de exceção à democracia. Sem precisar retirar o adjetivo democrático dos *amigos* que praticaram e concordaram com a excepcionalidade.

6. Versões emancipatórias da educação para a democracia. A possibilidade de uma experiência além do discurso antidemocrático

Se a democracia passa por participação social efetiva, discurso, diálogo, respeito aos direitos humanos, a educação para sua consolidação deve *capacitar* e *habituar* o cidadão a isso.

Valendo-nos da ideia de educação ética aristotélica, é somente a partir de nossas vivências e práticas reiteradas que nos constituímos com hábitos num determinado sentido – aqui, o da democracia. A ética democrática, nessa linha, tem como ambiência a práxis, não bastando boas lições teóricas.

Esta é, diga-se a propósito, a proposta da UNESCO, em documento que trata da *Educação para a cidadania global*. Fala em três dimensões conceituais

---

[43] BRASIL, Tribunal Regional Federal, 4ª Região, Corte Especial (Relator Desembargador Federal Rômulo Pizzolati), *Processo Administrativo nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS*, 23/09/2016 [consult. 12 mai. 2018], disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf.

básicas, tendo em vista a formação para a cidadania ampliada para além da "soberania", dos limites territoriais estatais e dos problemas locais: i) *cognitiva*, no sentido da aquisição de conhecimento e pensamento crítico sobre questões globais, regionais, nacionais e locais; ii) *socioemocional*, a consolidar um "[s] entimento de pertencer a uma humanidade comum, que compartilha valores, responsabilidades, empatia, solidariedade e respeito às diferenças e à diversidade"; e, finalmente, iii) a *comportamental*, no sentido da "[a]tuação efetiva e responsável, em âmbito local, nacional e global, por um mundo mais pacífico e sustentável"[44].

Todavia, o que dissemos sobre a pretensão de trazer para o cenário brasileiro os conceitos (narrativas) de democracia e cidadania global, propugnados em foros internacionais, vale, também, para a educação democrática. Ganha, entre nós, ares de idealismo ingênuo. Afinal, como aplicar tais ideias em nosso país?

Somos, vimos, inexperientes em termos de democracia. Esta não constitui um dado do qual possamos partir[45]. Nossa inexperiência, legada do passado, é o que temos para começar. A aprendizagem da democracia será a partir dessa nossa inexperiência[46].

A dificuldade é evidente. O repertório de hábitos, práticas, convicções, compondo nosso *mundo da vida*, dificulta o olhar para além de suas limitações experienciais. Restringe nosso horizonte de possibilidades.

Se nosso limite experiencial é o nosso *mundo da vida*, nossa linguagem, nosso discurso, tal limite é, no fim das contas, muito pouco propenso à democracia. Um beco sem saída, nas palavras de Paulo Freire: "se a realidade, criada pelos homens, dificulta-lhes objetivamente seu atuar e seu pensar autênticos, como podem, então, transformá-la para que possam pensar e atuar verdadeiramente?"[47].

Nesse contexto, no âmbito de narrativas educacionais e democráticas "emancipatórias", sublinho a pretensão uma experiência mais "autêntica", de nós mesmos e do mundo. Novamente com Adorno: "[o] defeito mais grave com que nos defrontamos atualmente consiste em que os homens não são mais aptos à ex-

---

[44] UNESCO, *Educação para a cidadania global: tópicos e objetivos de aprendizagem*, 2016, p. 16.

[45] SAVIANI, Dermeval, *Escola e democracia*, Edição comemorativa, Campinas, Autores associados, 2008, p. 62.

[46] CABRAL, Guilherme Perez; PERUZZO, Pedro Pulzatto; OLIVEIRA, Thiago Silva Freitas, «Educação jurídica como formação para a promoção dos direitos humanos», *Revista Videre*, v. 09, nº 17, 2017, p. 35.

[47] FREIRE, Paulo, *Educação e mudança*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1979, p. 18.

periência, mas interpõem entre si mesmos e aquilo a ser experimentado aquela camada estereotipada a que é preciso se opor"[48].

Um grave problema aqui – não ignorado por Adorno, registra-se – é que o *eu* (e o nós) só existe a partir e na linguagem, no discurso (e suas versões). Afirma Agamben, "é na linguagem que o sujeito tem sua origem e o seu lugar próprio (...) é na linguagem e através da linguagem que o homem se constitui como sujeito"[49]. Citando Benveniste:

> *A que coisa então se refere eu? A algo assaz singular, que é exclusivamente linguístico: eu se refere ao ato de discurso individual no qual é pronunciado, e designa o seu locutor. É um termo que não pode ser identificado senão em uma instância de discurso... A realidade à qual ele remete é uma realidade de discurso*[50].

A uma educação para a democracia – para a autonomia, portanto – caberia superar os repertórios antidemocráticos do *mundo da vida* em que se insere. E, para tanto, haveria, nesse sentido, de encontrar as brechas, lacunas, contradições, na linguagem e no discurso que nos forma.

O ambiente para tanto, descreve Paulo Freire, é a *práxis*. Mais especificamente, os problemas, os obstáculos dela oriundos: "é atuando ou não podendo atuar que se lhes aclaram os obstáculos da ação, a qual não se dicotomiza da reflexão"[51].

A partir daí, baseados naquele *repertório de narrativas* de cujas lacunas, falhas nos conscientizamos, poderíamos revê-lo, superá-lo e, destarte, formar-nos mais e mais democráticos. Poderíamos (poderíamos?) superar esse *mundo da vida* do qual não podemos nos *catapultar*.

Nesse ponto, a ideia de *pânico*, trazida por Adorno, baseando-se em Freud, é interessante.

Define-a como "o estado no qual as poderosas identificações coletivas se desintegram e a energia pulsional liberada transforma-se em angústia repentina". O olhar de *pânico* estilhaça, então, "a ilusão do cotidiano inofensivo". Com ele, exemplifica, "[o] sorriso venal das modelos transforma-se naquilo que realmente é: o desfigurado arreganhar de dentes da vítima"[52].

---

[48] ADORNO, *Educação e emancipação*, 1995, p. 149.

[49] AGAMBEN, Giorgio, *Infância e história. Destruição da experiência e origem da história*, Belo Horizonte, UFMG, 2008, p. 56.

[50] AGAMBEN, *Infância e história*, 2008, p. 57.

[51] FREIRE, *Educação e mudança*, 1979, p. 18.

[52] ADORNO, Theodor, «W. Aldous Huxley e a utopia», in *Prismas*: crítica cultural e sociedade, Theodor Adorno, Trad. Augutin Wernet e Jorge Mattos Brito de Almeida, São Paulo, Ática, 1998, p. 93.

O ponto chave, aqui, está na fala de Freud de que, compreendido que cessaram as ligações afetivas com o grupo – nas quais o elemento *racional* é colocado em segundo plano – que até então minoravam para ele o perigo, agora o sujeito "se defronta sozinho com ele"[53].

Tal *perplexidade*, que desintegra as identidades e padrões coletivos, leva, com frequência, à superestimação do perigo, irrompendo um *medo* injustificado. Contudo, pode também conduzir ao contato mais *direto*, mais *espontâneo* com o real. *Pivô* do derretimento da visão distorcida da realidade, pode conduzir, também, a *outro olhar* sobre ela, *angustiante*, sim, talvez até mesmo perigoso; mas, sem dúvida, mais *honesto* com o *Eu* que almeja consciência e autonomia.

7. Considerações finais

A narrativa emancipatória da educação para a democracia tem de encontrar, nessa linha, metodologicamente, estímulos, abordagens, choques, quebras na linha de raciocínio, para acessar a vida real, a experiência mais "crua", espremida entre tantas narrativas antidemocráticas que nos constituem.

Com isso, permitiria, pelo menos, a *conscientização* dos discursos, práticas e hábitos que nos conformaram antidemocraticamente, em vista de experiências mais críticas, participativas, dialógicas, autônomas. Democráticas, portanto.

Eis um caminho estreito aqui vislumbrado uma sociedade democrática, de quem é emancipado.

Isso, sabendo que, no fim, a experiência democrática nunca poderá ser "vida real", de forma plena, sem literatura. Sabendo, ainda, que democracia, diálogo e participação são, também, narrativas, literatura.

Isso tudo, enfim, correndo o risco de, no olhar para nós – na "dificílima dangerosíssima viagem de si a si mesmo"[54] – enxergar que somos isso mesmo, os discursos autoritários que nos formaram. Nada mais. Antes ou além deles, não resta nada. Só uma experiência muda sem sujeito (anterior, portanto, ao sujeito cognoscente). O *não Eu*.

E, dessa forma, por meio da educação para a democracia, podemos chegar a trágica conclusão de que todo nosso discurso democrático – como típica narrativa burguesa – só toca o periférico, para manter o essencial. Autoritário.

---

[53] FREUD, Sigmund, «Psicologia das massas e análise do eu», in *Obras completas. Volume 15, Psicologia das massas e análise do eu e outros textos (1920-1923)*, Sigmund Freud, Trad. Paulo César de Souza, São Paulo, Cia das Letras, 2011, p. 50.

[54] ANDRADE, Carlos Drummond de, «O homem; as viagens», in *As impurezas do branco*, Carlos Drummond de Andrade, São Paulo, Cia das Letras, 2012, p. 29.

Referências bibliográficas

ADORNO, Theodor, *Educação e emancipação*, 4ª ed., Trad. Wolfgang Leo Maar, Rio de Janeiro, Paz e terra, 1995.

_____ «Aldous Huxley e a utopia». In *Prismas: crítica cultural e sociedade*, Theodor Adorno, Trad. Augutin Wernet e Jorge Mattos Brito de Almeida, São Paulo, Ática, 1998.

AGAMBEN, Giorgio, *Infância e história. Destruição da experiência e origem da história*, Belo Horizonte, UFMG, 2008.

ANDRADE, Carlos Drummond de, *As impurezas do branco*, São Paulo, Cia das Letras, 2012.

ARISTÓTELES, *Política*, Coleção Os Pensadores, São Paulo, Nova Cultural, 2005.

BRASIL, Congresso Nacional, *Projeto de lei da Câmara dos Deputados nº 8099 de 13 de novembro de 2014*, Ficam inseridos na grade curricular das Redes Pública e Privada de Ensino, conteúdos sobre Criacionismo, 2014 [consult. 12 mai. 2018], disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=777616.

BRASIL, Tribunal Regional Federal, 4ª Região, Corte Especial (Relator Desembargador Federal Rômulo Pizzolati), *Processo Administrativo nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS*, 23/09/2016 [consult. 12 mai. 2018], disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>.

CABRAL, Guilherme Perez, «Educação na e para a democracia no Brasil: considerações a partir de J. Dewey e J. Habermas», *Educação & Sociedade*, v. 37, n. 136, 2016.

_____, *Educação para a democracia no Brasil: fundamentação filosófica a partir de John Dewey e Jürgen Habermas*, São Paulo, Alameda, 2017.

CABRAL, Guilherme Perez; PERUZZO, Pedro Pulzatto; OLIVEIRA, Thiago Silva Freitas, «Educação jurídica como formação para a promoção dos direitos humanos», *Revista Videre*, v. 09, nº 17, 2017.

CARVALHO, José Murilo de, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Civilização brasileira, 2010.

CASARA, Rubens, *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de teoria geral do estado*, 33ª ed., São Paulo, Saraiva, 2016.

DATAFOLHA, Instituto de pesquisa, *Avaliação Lula 17 a 19/11/2010*, 2010 [consult. 12 mai. 2018], disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2013/05/02/aval_pres_20122010.pdf>.

DEMO, Pedro, *Cidadania menor. Algumas indicações quantitativas de nossa pobreza política*, Petrópolis, Vozes, 1992.

FAORO, Raymundo, *Os donos do poder. Formação do patronato político brasileiro*, Volume 02, 11ª Ed., São Paulo, Globo, 1995.

FREIRE, Paulo, *Educação e mudança*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1979.

_____, *Educação como prática de liberdade*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2011.

FREUD, Sigmund, «Psicologia das massas e análise do eu», in *Obras completas. Volume 15. Psicologia das massas e análise do eu e outros textos (1920-1923)*, Sigmund Freud, Trad. Paulo César de Souza, São Paulo, Cia das Letras, 2011.

_____, *O mal-estar na civilização*, trad. Paulo César de Souza, São Paulo, Cia das Letras, 2011.

HABERMAS, Jürgen, *Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social*, Tomo 01, Trad. Paulo Astor Soethe, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2012.

_____, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Vol. 01, Trad. Flavio Beno Siebeneichler, 2012.

HESPANHA, António Manuel, *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*, Coimbra, Almedina, 2009.

HONNETH, Axel, *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, Trad. Luiz Repa, São Paulo, Ed. 34, 2009.

IANNI, Octávio, «Globalização e crise do Estado-Nação», *Revista estudos de sociologia*, v. 4, nº 6, 1999, [consult. 05 jun. 2018], disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/view/753/618>.

IANONI, Marcus, «Políticas Públicas e Estado: o Plano Real», *Lua Nova*, n. 78, 2009, [consult. 05 jun. 2018], disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452009000300009&lng=en&nrm=iso>.

KANT, Immanuel, «Resposta à pergunta: que é iluminismo?», in *A paz perpétua e outros opúsculos*, Immanuel Kant, Trad. Artur Mourão, Lisboa, Edições 70, 2004.

LARENZ, Karl, *Metodologia de aplicação do direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

MARKOFF, John, «Democracia: transformações passadas, desafios presentes e perspectivas futura», *Sociologias*, Ano 15, nº 32, 2013 [consult. 05 jun. 2018], disponível em: http://www.scielo.br/pdf/soc/v15n32/03.pdf.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich, *O Manifesto Comunista*, Trad. Álvaro Pina, São Paulo, Boitempo Editorial, 2005.

MOISÉS, José Álvaro, *Os brasileiros e a democracia. Bases sócio-políticas da legitimidade democrática*, São Paulo, Ática, 1995.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO), *Educação para a cidadania global: preparando alunos para os desafios do Século XXI*, Brasília, UNESCO, 2015.

_____, *Educação para a cidadania global: tópicos e objetivos de aprendizagem*, Brasília, UNESCO, 2016.

SARAMAGO, José, *História do cerco de Lisboa*, São Paulo, Cia das Letras, 2010.

SAVIANI, Dermeval, *Escola e democracia*, Edição comemorativa, Campinas, Autores Associados, 2008.

SCHIMITT, Carl, *O conceito de político*, Trad. Geraldo de Carvalho, Belo Horizonte, Del Rey, 2008.

SOUSA SANTOS, Boaventura, *A gramática do tempo. Para uma nova cultura política*, São Paulo, Cortez, 2006.

UOL Educação, *Sai o Silva e entra o Zé, diz programa de Serra; Dilma dá destaque a Lula*, 17/08/2010 [consult. 13 mai. 2018], disponível em: https://eleicoes.uol.com.br/2010/ultimas-noticias/2010/08/17/sai-o-silva-e-entra-o-ze-diz-programa-de-serra-dilma-da-destaque-a-lula.jhtm.

VIOLA, Sólon Eduardo Annes, «Direitos humanos no Brasil: abrindo portas sob neblina», in *Educação em direitos humanos: Fundamentos teórico-metodológicos*, Rosa Maria Godoy Silveira e outros (org.), João Pessoa, Editora Universitária, 2007.

WEFFORT, Francisco C., *Por que democracia?*. 2ª Ed., São Paulo, Brasiliense, 1984.

A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM DE 1948: ASPETOS RELEVANTES DE SUA INTERPRETAÇÃO POR MEIO DAS VISÕES UNIVERSIALISTA, RELATIVISTA E MULTICULTURALISTA

Maira DE SOUZA ALMEIDA[1]

1. Introdução

O presente trabalho tem o intuito de analisar o processo histórico da internacionalização[2] dos Direitos Humanos que ocorreu Pós-Segunda Guerra Mundial, mediante a pesquisa sobre a Declaração Universal dos Direitos do Ho-

[1] Formada em direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Pós-graduada em direito do trabalho e previdenciário pela Fundação Mineira de Educação e Cultura. Mestranda em direitos humanos pela Universidade do Minho.

[2] Segundo Delgado (2017) utilizando a expressão de Piovesan acerca da proteção ao "mínimo ético irredutível", pode-se dizer que no processo de internacionalização dos direitos humanos, "[o] *primeiro eixo juridico de proteção,* de amplitude universal, refere-se aos direitos estabelecidos na ordem internacional (tratados e convenções, por exemplo) que refletem um patamar civilizatório universal de direitos compartilhados pelos Estados enquanto *parâmetro mínimo de proteção - o denominado "mínimo ético irredutível"*".

mem do ano de 1948 e, posteriormente, com a feitura de tratados internacionais que pudessem ter observância obrigatória.

A construção da teoria dos Direitos Humanos não é uma tarefa fácil, haja vista a existência de diferentes fontes interpretativas, dentre as quais se destacam as correntes de origem filosófica, internacional e constitucional, todavia, o importante é que todas elas convergem para a proteção da dignidade da pessoa humana (DELGADO, 2017).

Quando se observa que a declaração dos Direitos Humanos deve ser de caráter universal, é interessante perceber que este requisito da universalidade ainda é muito criticado nas sociedades, por causa da visão relativista[3], o que culminou numa corrente intermediária a qual se denomina multiculturalismo[4] e que explica ser possível a interpretação dos direitos humanos a partir de cada cultura, conforme os seus valores, visões e percepções que os indivíduos daquela sociedade têm com relação ao mundo e o meio que ele se insere como agente[5], exercendo algum papel nesta sociedade, seja como trabalhador, cidadão, dentre outros.

Diante disso, torna-se importante aprofundar sobre este tema no referido artigo, com vista a pesquisar mais detalhadamente os caracteres associados ao requisito universal, contidos na declaração dos Direitos Humanos, para observar se a referida declaração é realmente a tutela de direitos de caráter universais ou se as especificidades de cada Estado barram a homogeneidade de direitos em prol da pessoa humana. Aqui, há de supor que o processo da globalização e a internacionalização[6] das economias de redes, que disseminou várias culturas e costu-

---

[3] Para Delgado (2017) o relativismo cultural se fundamenta no sentido de que os direitos ditos primordiais para o ser humano se modificam conforme a cultura, "sob o argumento de que os direitos considerados essenciais ao ser humano variam de cultura para cultura, o que impede que transcendam fronteiras nacionais e contingências jurídicas específicas".

[4] Santos *apud* Delgado (2017) alerta que "(...) há também a defesa do *multiculturalismo dos Direitos Humanos,* corrente de pensamento que se contrapõe às demais, por defender uma política progressista de direitos humanos com âmbito global e com legitimidade local." O alerta se faz no sentido de respeitar "(...) às especificidades culturais dos povos, mas desde que todas as culturas sejam percebidas como incompletas e perfeitas. Nesse sentido, os Direitos Humanos se desenvolveriam pela interlocução entre as mais diversas culturas, operando como forma de cosmopolitismo, como globalização contra-hegemônica"

[5] Para o esclarecimento do significado dos agentes econômicos, leia sobre o assunto em Vasconcellos (2002) e Mochón (2007), quando ambos os autores abordam a respeito da Identidade das Contas Nacionais e seus fluxos comerciais e financeiros, pelos agentes econômicos, num dado sistema.

[6] A internacionalização, no aspecto econômico, pode ser entendida como do capital direto, como investimentos aplicados nas organizações e aplicações indiretas, como investimentos em bolsas de valores. Para este assunto, vide estudos de Greumad *et. al.* (2006) e de Giambiagi *et. al.* (2005), quando ambos autores retratam o processo da globalização e seus impactos no Brasil.

mes no mundo, tenham facilitado as interpretações dos direitos humanos uma vez que no mundo global os costumes também acabam por se aproximarem, diminuindo, portanto, as diferenças e, consequentemente, abaixando o nível de conflitos entre os Estado, de maneira que houveram disseminações de correntes intermediárias com suas diversas interpretações, que são passíveis de serem compatibilizadas, à partir de suas premissas fundamentais.

2. Desenvolvimento

2.1 *O processo histórico da internacionalização dos direitos humanos sob a ótica universal*

Como já se sabe, os direitos humanos têm por escopo defender a pessoa humana e, por esta razão, surgiram, inicialmente, para coibir abusos estatais, direitos ditos de primeira geração (BARRETO, 2016, p. 17). Posteriormente, com o desenvolvimento das sociedades, passou-se a exigir um comportamento proativo do Estado a fim de garantir a justiça social e a igualdade; direitos esses ditos de segunda dimensão (SARLET, 2009, p. 47).

Apesar do aparecimento dos direitos do homem reportar à época da Revolução Francesa, com ideais de liberdade, igualdade, fraternidade, a preocupação com a sua defesa e positivação na ordem internacional aconteceu após os horrores ocorridos e vivenciados na Segunda Guerra Mundial.

Neste período, esta violência ocasionada pela Segunda Guerra foi acobertada pelo positivismo jurídico, sob o manto da legalidade jurídica, situação essa que tutelava as normas jurídicas estrito sensu, apartada de aspectos morais, o que facilitou e legalizou os holocaustos ocorridos no Facismo na Itália e no Nazismo na Alemanha, tais fatos reafirmaram a necessidade de se aproximar novamente o direito da moral, o que acendeu e fomentou a internacionalização de diretos de proteção ao ser humano à nível universal.

Soma-se a este fato, a questão de que foi com a feitura da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), no ano de 1948, de acordo com Silva [s.d.], que se buscou resgatar a aproximação do direito com a moral e colocou-se este tema como centro do ordenamento jurídico a pessoa humana e, consequentemente sua dignidade, explicitado da seguinte maneira:

> *É o que postula Fabio Konder Comparato ao pontuar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, lançada no ano de 1948, representa o ápice de um processo ético que se iniciou com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto dos intentos da Revolução Francesa. Entende, ainda, que este documento, pela sua substância, permitiu que a igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa fosse reconhecida como a fonte de todos os valores, sem*

> *levar em consideração as diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra circunstância (SILVA, [s.d.]).*

Nesse espeque, nota-se que a internacionalização dos direitos humanos, é um processo recente, fruto do pós-guerra, pensada, inicialmente, como forma de coibir que novas violações acontecessem ao ser humano, como indivíduo, que deve ser respeitado, independente de sua raiz, cultura e costumes. Sob esse crivo, há de salientar que se buscou com a reconstrução dos direitos humanos, colocar um padrão ético em um texto formal para respaldar a ordem internacional, tendo por primazia, o valor na pessoa humana (PIOVESAN, 2006, p. 8-9).

Conforme parecer de Pereira (1979, p. 168-169), a feitura da Declaração Universal dos Direitos do Homem do ano de 1948, foi responsável por inspirar inúmeras resoluções da Organização das Nações Unidas (ONU)[7], com seus tratados internacionais em matérias de direitos humanos, apesar de padecer de força vinculativa. Esta questão acabou contribuindo para que esses direitos fossem desrespeitados por inúmeros Estados-Nações, no tocante aos seus valores intrínsecos, associados e/ou vinculados aos direitos humanos universais.

Constata-se que a DUDH de 1948 foi importantíssima pelo fato dela ter como características norteadoras a universalidade, leia-se, direitos concebidos a todos os indivíduos, unicamente, devido à sua condição humana, como pode ser comprovado, a seguir, pelos dizeres de Piovesan (2006):

> *Nesse cenário, a Declaração de 1948 vem a inovar ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana (PIOVESAN, 2006, p. 13).*

Corroborando com o parecer de Piovesan (2006), Barretto (2014) comenta que a universalidade dos direitos humanos possui dois sentidos. O primeiro sob o aspecto de que os direitos se destinam a todos os serem humanos, sem quaisquer discriminantes e, o segundo, que esses direitos são válidos em todos os lugares do mundo (BARRETTO, 2014).

---

[7] Entende-se como uma organização internacional, com o objetivo de facilitar a cooperação entre os países membros, em termos de direito e segurança internacional, desenvolvimento econômico, progresso social, direitos humanos e da paz mundial. Maiores detalhes vide o seguinte site: https://www.significados.com.br/onu/.

É interessante ressaltar que, em contraponto a esta posição, segundo Barretto (2014, p. 31), os relativistas afirmam que os aspectos culturais dos países impedem que se tenham um mesmo direito para todos os Estados-Nações.

Observa-se que a Declaração do ano de 1948 representa a visão universalista, uma vez que ela, de acordo com Piovesan (2006, p. 13-14), busca a extensão universal dos direitos humanos nela previstos e isso permitiu a construção de diversos tratados internacionais com viés humanitário para proteger direitos que formam o "*mínimo ético irredutível*"; direitos reforçados pela Declaração de Direitos Humanos de Viena do ano de 1993.

Argumenta-se que esse "*mínimo ético irredutível*" refere-se ao mínimo de direitos que não admitem transação e/ou negociação, isso porque se eles forem negados, consequentemente, nega-se a própria condição humana, de que o indivíduo, independente de sua nacionalidade, tem direito.

Explicitamente, Sarlet (2009, p. 56) expõe sobre este assunto, abordando que para os universalistas, os direitos humanos são atribuídos a todas as pessoas pela sua pura e simples condição humana do indivíduo.

Neste contexto, segundo Gil (2017, p. 180), o indivíduo, com a internacionalização dos direitos humanos passou a ser sujeito de direito na ordem internacional, independentemente da sua nacionalidade.

Reforçando essa característica do universalismo, Ramos (2017) destaca que:

> A universalidade dos direitos humanos consiste na atribuição desses direitos a *todos* os seres humanos, não importando nenhuma outra qualidade adicional, como nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo, entre outras (RAMOS, 2017).

Verifica-se pelo parecer de Ramos (2017) conciliado ao de Gil (2017) e de Sarlet (2009) que os direitos humanos universais devem ser preservados, independentemente das perspectivas dos relativistas, já que a princípio supõe que elas possam violar parte dos direitos humanos internacionais conquistados, sob o ângulo da preservação cultural de cada país e a alegação de minimizar certos conflitos internos e evitar uma guerra.

Mais explicitamente, Piovesan (2006, p. 16) relata que os universalistas fundamentam os direitos humanos na própria dignidade humana e há um mínimo ético irredutível. Entrementes, fazendo oposição a esta ideia, na concepção relativista, os direitos decorrem do sistema político, econômico, cultural, dentre outros aspectos de determinada sociedade, razão pela qual não há que se falar em direitos humanos com viés universal. Este fato será diagnosticado e analisado no próximo item.

2.2 Os direitos humanos declarados em 1948 são realmente universais?

2.2.1 Relativismo cultural: uma perspectiva da DUDH de 1948

Normalmente, para os relativistas, segundo Piovesan (2006), a cultura é considerada um elemento extremamente relevante para que os direitos fundamentais existentes em determinada sociedade, sejam de fato respeitados e até preservados, culturamente, falando. Segundo estes, os universalistas buscam uma "*ditadura*" da cultura ocidental desrespeitando as demais culturas existentes, no planeta. Entrementes, os universalistas afirmam que os relativistas acobertam graves violações aos direitos humanos, sob o discurso de se preservar a cultura local (PIOVESAN, 2006, p. 16-17).

Seguindo esta linha de raciocínio, Silva [s.d.] apresenta os relativistas do seguinte modo:

> *Logo se vê, pois, o porquê de a noção de dignidade humana, ínsita ao projeto do Direito Internacional dos Direitos Humanos de universalizar estes direitos humanos, não encontrar o mesmo respaldo na tese relativista, para quem a dignidade do ser humano estar no respeito, proteção e cumprimento inconteste dos preceitos deixados pela ordem religiosa, perpetuados pela identidade cultural que os une e fortalece, característica de cada grupo comunitário. Esse é o papel que lhe foi reservado, qual seja, representar o seu deus na vida terrena (SILVA, [s.d.]).*

Verifica-se que para os relativistas deve-se sempre procurar respeitar à cultura local, dado que ela é considerada a fonte do direito, razão pela qual não seria possível haver uma declaração universal de direitos, pois, isso representa a aniquilação das culturas particulares dos diferentes povos.

Dentro dessa ótica, a DUDH de 1948 representa o interesse de alguns países ocidentais, não devendo ser aplicada a todo o globo e, por tal razão, não é, portanto, realmente de caráter universal como anunciado e aclamado, pelo simples fato dela não respeitar as particularidades existentes em cada nação.

2.3 *Embate entre o relativismo e universalismo cultural: análise específica das suas contraposições em relação ao uso do véu islâmico*

Há um desafio existente no pluralismo doutrinal, de um lado, pelo universalismo radical, que defende o requisito da cultura como um elemento irrelevante para a validade dos direitos humanos e, de outro, o relativismo radical que segundo Donnelly *apud* Piovesan (2006, p. 17), considera a cultura como a única fonte de validade do direito, alegando não ser considerado correto colocar uma cultura como superior às outras existentes.

Nota-se que há uma discrepância de argumentos, entre algumas nações, a respeito do universalismo associado aos Direitos Humanos Internacionais.

Exemplo emblemático dessa dicotomia, conforme Pinto (2013), decorre de ordens religiosas, como a restrição ao uso do véu islâmico em alguns países da Europa[8].

Os Estados que restringem o uso do véu, fundamentam na segurança pública e na igualdade de gênero, por relacionar a prática desse costume a grupos terroristas e à diminuição da mulher, perante o homem. Porém, tal raciocínio, conforme Jerónimo [s.d.] acaba por ferir a liberdade de expressão e o livre desenvolvimento da personalidade e de religião das mulheres muçulmanas. Razão pela qual, para os relativistas, esta medida adotada por alguns Estados europeus, segundo Jerónimo [s.d], se mostram desproporcional, por ceifar a liberdade de circulação de mulheres que professam essa fé.

Corroborando com este parecer Pinto (2013) argumenta que:

> *A proibição generalizada do uso, em público, de determinados símbolos religiosos consubstancia uma violação do direito à liberdade de expressão e o direito à liberdade de religião (ao proibir o direito de manifestar uma religião ou crença). Ainda que possa haver casos em que as mulheres estejam sujeitas a pressões, uma proibição generalizada não se apresenta como uma boa alternativa pois vem impor restrições desproporcionais áquelas que usam o véu por sua vontade e não resolve o problema das mulheres que efectivamente estejam a ser sujeitas a pressões, pois apenas retira o problema do espaço público (PINTO, 2013).*

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) não está alinhado ao pensamento exposto acima, pois tem considerado o véu islâmico símbolo religioso e que subjuga as mulheres.

Esse parecer do TEDH contribui para que aceite as decisões dos Estados membros da União Europeia de proibição do uso de véu em lugares públicos, sendo que tal medida termina restringindo a liberdade de locomoção das muçulmanas por sobrepor à segurança pública e a igualdade de gênero, com relação aos demais direitos fundamentais, o que tem como consequência ferir a vida

[8] De acordo com Pinto (2013) "[a] questão em torno do véu islâmico acompanha-nos desde a década de 80 do século passado, até aos dias de hoje, com a tendencial preferência pela adopção, por Estados europeus, de medidas proibitivas do seu uso. Nomeadamente, na França, desde 1989 que se discute esta questão, havendo recentemente, como veremos mais adiante, em 2011, aprovado uma nova lei, proibindo do uso do véu integral no espaço público (o mesmo sucedeu na Bélgica). Estas legislações justificar-se-iam pela necessidade de salvaguardar a igualdade de género, para permitir à mulher muçulmana que se emancipe e se integre, para que ―se assemelhe a todas as outras mulheres‖; e, também, por uma questão de segurança pública, para permitir uma identificação da pessoa (e dos seus intentos)".

íntima dessas mulheres e lhes causar grandes transtornos no seu dia a dia (JERÓNIMO, [s.d]).

Em que pese à argumentação de Taylor *apud* Rocha (2000, p. 89), de que os direitos fundamentais não podem ser atingidos e/ou afetados em nome dos direitos dos povos, guiados sob a alegação da defesa da corrente dos universalistas de que esses direitos compõem um "mínimo ético irredutível", que toda pessoa tem direito, simplesmente, por sua condição humana (PIOVESAN, 2006, p. 16-17), deve-se ter muita cautela na análise dos casos concretos a fim de evitar atritos ocasionados por práticas discriminatórias.

Ao observar o parecer de Taylor *apud* Rocha (2000) conjugado ao de Piovesan (2006), parece que esse não era o quadro desenhado no julgado descrito alhures, isso porque é perfeitamente possível que haja proibição do uso do véu islâmico se e somente si houver real perigo à sociedade, sob pena de se legitimar condutas discriminatórias disfarçadas de legalidade.

Ora, no caso explicitado acima, acaba-se por ceifar a prática religiosa de mulheres muçulmanas em total desrespeito à sua liberdade de religião e convicção, o que torna questionável o caráter universal da declaração interpretada na decisão judicial, isso porque deveria haver o respeito às diversidades culturais e não a sua intolerância.

Infelizmente, muitas vezes sob o manto da imparcialidade acaba-se por acobertar um "*imperialismo cultural*" atendendo aos interesses de poucos e determinados países (ROCHA, 2015, p. 34).

Isso porque implementar direitos humanos significa o respeito não apenas à universalidade e indivisibilidade mas, também, à diversidade existente entre os povos (PIOVESAN, 2006, p. 28).

Constata-se pelas perspectivas de Rocha (2015) e de Piovesan (2006) que não se pode sob o discurso da universalidade ferir a dignidade alheia de uma nação, pelo fato de que isso possui impactos negativos e cruéis para com a sua população, com intuito de eliminar certas culturas, sem respeitar a diversidade de costumes dos povos e com o respeito às suas culturas locais.

Verifica-se que é preciso buscar certo equilíbrio nas ações e decisões tomadas por alguns países, com destaque aos do ocidente, para que se conservem as várias diferenças culturais existentes entre as nações. Principalmente, as de cunho religioso, que atravessam várias gerações.

2.4 Será que a DUDH de 1948 pode ser apoiada pela doutrina de diferentes bases culturais?

Boaventura de Souza Santos *apud* Piovesan (2006, p. 18) traz uma visão multicultural dos direitos humanos, resultado da utilização de diferentes cul-

turas[9], defendendo que é necessário haver diálogo no caminho da construção multicultural dos direitos humanos, para minimizar os impactos ocasionados a parir daí.

O multiculturalismo, conforme Freitas (2007, p. 89), refere-se a uma ideologia que ressalta ser necessária a interação de diferentes grupos culturais com a mesma igualdade de direitos, leia-se, não há sobrevalorização de uma cultura sobre as demais.

Seguindo esta linha de pensamento, Jerónimo *apud* Pinto (2013) relata que:

> *A construção de uma sociedade, modelada segundo o multiculturalismo, exige que o Estado promova a diversidade cultural através de uma política da diferença. Isto significa que os seres humanos não podem ser considerados separados dos seus valores culturais, uma vez que são modelados por eles, pelo que a protecção das pessoas requer a protecção das suas formas de vida.*

Isso porque para Jerónimo (2007) a proteção da dignidade da pessoa humana está atrelada a proteção de sua identidade cultural e, consequentemente, de seu estilo de vida, de maneira que não deve haver a imposição de uma forma de identidade universal comum a todos os indivíduos.

Assim, para Piovesan (2006), Freitas (2007) Pinto (2013) e Jerónimo (2007), o multiculturalismo perpassa pelo respeito à identidade cultural dos povos, às diversidades existentes no mundo, pois isso traz o respeito à dignidade humana à medida que se resguardam as diferenças étnicas, culturais, religiosas, dentre outras, características essas que identificam os indivíduos e por isso devem ser valorizadas.

A Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) criou o Comitê para as bases teóricas dos direitos humanos em 1947.

Este comitê era composto por membros de oito países e presidido por Eleanor Roosevelt, viúva do presidente americano Franklin D. Roosevelt[10] e à época procurava estabelecer se a declaração desses direitos teria base doutrinal única ou não. Posteriormente, o Comitê entendeu que os direitos previstos na declaração são universais, porém, ficou estabelecido que eles deveriam existir e coexistir com base em diferentes fundamentos doutrinais feitos a partir das

---

[9] Segundo a Declaração da UNESCO, cultura é: "(...) o conjunto dos traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abrange, além das artes e das letras, os modos de vida, as maneiras de viver juntos, os sistemas de valores, as tradições e as crenças" [consutl. 27 dez. 2017], disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf.

[10] Mais informações em: http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2009/11/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-garante-igualdade-social [consult. 29 dez. 2017].

diversidades de culturas existentes no mundo, tais como, o islamismo, cristianismo, humanismo, dentre outras[11]. Portanto, observa-se que com esta posição, o Comitê acabara por rejeitar o universalismo radical.

Há de salientar que sob essa perspectiva descrita acima, não é possível fundamentar os direitos humanos em uma única doutrina. Nega-se, desta maneira, o consenso estrito, que ocorre a partir de uma mesma base doutrinal, de forma que deve existir entre os Estados que firmam uma declaração de direitos um "consenso de sobreposição" formado a partir da variedade cultural de doutrinas e de divergências de interpretações.

Especificamente, para Rawls *apud* Rocha (2000, p. 76) o "consenso de sobreposição" forma-se pelas várias "concepções compreensivas" da sociedade multicultural e ele só é possível de existir quando a sociedade for considerada pacífica e tiver um sistema jurídico legítimo, com respeito aos direitos humanos básicos. O que até poderia dar certo se esta sociedade fosse evoluída psicologicamente com relação aos aspectos humanistas e aos direitos e deveres associados aos cidadãos, como seres humanos, independemente de sua nacionalidade.

Na visão de Taylor *apud* Rocha (2015, p. 27), todas as culturas deveriam ter igual valor.

Compartilhando das ideias de Taylor, Kymlicka *apud* Rocha (2015, p. 31-32) afirma que a diversidade cultural e o fato de se pertencer à determinada cultura é um direito fundamental que interfere na identidade do indivíduo. Desse modo, devem-se preservar, no parecer de Kymlicka *apud* Rocha (2015), até mesmo as culturas minoritárias, com o intuito de garantir às pessoas como indivíduos, a manutenção de seu estilo de vida, se referindo contra as interferências externas.

Observa-se que, embora a lista de direitos humanos esteja apoiada pelos Estados formando um mesmo documento, como diagnosticado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos do ano de 1948, a sua interpretação é dada pelo Estado individualmente, com base na cultura de seu povo e tal situação contribui para haver certa estabilidade social e, consequentemente, garantir a paz mundial, já que estes costumes não estariam sendo violados ou desrespeitados por outras nações.

Para se ter um "consenso de sobreposição" é preciso haver compromisso, com vontade de participar do processo e subprocessos[12] dos direitos humanos,

[11] Mais informações em: http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2009/11/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-garante-igualdade-social [consult. 29 dez. 2017].

[12] Subprocessos referem-se aos estreitamentos e divisões de setores ligados às áreas em estudo para o alcance dos objetivos e metas traçadas estrategicamente, por uma organização, de qualquer natureza. Maiores detalhes vide Oliveira (2009). Logo, representa um processo que depende de outro para atingir o plano traçado estrategicamente por uma organização, previamente.

deixando de lado certas convicções particulares radicais dos Estados intervenientes, para se tentar chegar a uma estabilização do consenso sobre os direitos humanos.

Este fato revela que o universalismo de confluência é fruto do respeito às bases multiculturais:

> *Acredita-se, de igual modo, que a abertura do diálogo entre as culturas, com respeito à diversidade e com base no reconhecimento do outro, como ser pleno de dignidade e direitos, é condição para a celebração de uma cultura dos direitos humanos, inspirada pela observância do "mínimo ético irredutível", alcançado por um universalismo de confluência (PIOVESAN, 2006, p. 19).*

Sob essa ótica, a UNESCO no ano de 2001, segundo Freitas (2007), firmou a Declaração Universal sobre Diversidade Cultural.

Ressalta-se que este foi o primeiro texto a apreciar especificamente esta questão da diversidade cultural e, posteriormente, em 2005 houve a feitura de uma nova Convenção para promoção e a proteção da diversidade cultural (FREITAS, 2007, p. 92-93).

Nessa medida, pode-se dizer que o que a ONU busca hodiernamente é respeitar a diferenças nas culturas das nações, de maneira que não haja imposição de uma única visão como sendo a correta a se seguir, mas, sim, a interpretação dos direitos conforme as crenças locais de cada país, entretanto, sempre tendo por base o respeito à condição inerente à pessoa humana.

Nessa linha de raciocínio, o que o multiculturalismo visa é preservar a diversidade e promover a tolerância (ROCHA, 2000, p. 68).

Mais explicitamente, Rocha (2000, p. 61) menciona que se o universalismo quer que tenham valores ditos universais como o "mínimo de valores éticos transculturais", o relativismo pontua valores próprios de um determinado espaço e tempo, devendo, portanto, haver uma compatibilização dos sistemas, para evitar certos conflitos, que podem ocasionar, por exemplo, certos bloqueios, como comerciais e financeiros, além de acarretar, em casos extremos, uma guerra, com prejuízo para ambos os países envolvidos.

Nesse aspecto, pode-se dizer que há bens jurídicos que são universais, tais como a dignidade e integridade humana, rejeitando-se, portanto, a dominação e à violência, donde se pode concluir que as culturas locais merecem respeitos desde que não violem esses valores intangíveis da pessoa humana (ROCHA, 2000, p. 82).

Destaca-se que há valores comuns que são aceitos via negociação por diferentes culturas e com respeito a estas culturas, segundo Rocha (2000, p. 86), deste que esses aspectos ou caracteres sejam compatíveis e não firam o núcleo intangível de valores humanos.

Neste contexto, verifica-se que o multiculturalismo trouxe uma solução equilibrada para o sistema vigente, já que ele ao mesmo tempo em que protege o núcleo "duro" dos direitos humanos, procura preservar as culturas locais e, consequentemente, a diversidade cultural existente entre as nações, no sistema globalizado e interligado.

3. Considerações finais

No mundo globalizado, constatou-se que o processo de internacionalização de direitos é assente, assim, como a preocupação com a humanização deles, desde a Segunda Guerra Mundial, época em que houve graves violações humanas com atrocidades sem limites.

Apesar do conflito existente entre relativistas e universalistas, a interpretação da DUDH de 1948 deve ser feita tendo como base o respeito à diversidade cultural dos povos, com a ressalva de que a cultura local não afronte aos direitos ditos intangíveis e inegociáveis, isso como forma de equalizar os sistemas e minimizar conflitos, primordialmente os de natureza religiosa, como o caso do véu islâmico das mulheres muçulmanas.

Nesse espeque, não se pode admitir que sob os feixes do relativismo ocorram certas violações aos direitos humanos, considerados como núcleo intangível da pessoa humana, que rompidos, causam a coisificação do ser humano, quando estes são dominados por outras nações ditas mais fortes, culturalmente, economicamente e politicamente.

De igual maneira não se pode relevar que sob o manto do universalismo da Declaração de 1948, que haja uma negação da cultura alheia e, consequentemente, o cerceamento de direitos de quem as segue. Assim, o grande desafio da ordem jurídica internacional hoje é encontrar o equilíbrio entre a universalidade e o relativismo, situação possível por meio do diálogo aberto das culturas realizadas pelo universalismo de confluência. Esta situação ganha destaque, atualmente, no cenário internacional através da UNESCO e da ONU que possibilitou a feitura de tratados internacionais acerca do respeito à diversidade cultural e que primou pela interpretação da declaração com bases doutrinais diversas.

Fica claro que por meio da via do multiculturalismo, pode-se encontrar um caminho de respeito aos valores locais, ao mesmo tempo em que se estabelecem certos valores mínimos ao ser humano, a nível global, sem os quais, não se pode falar em dignidade e integridade do homem.

Referências bibliográficas

BARRETO, I. C, *A Convenção Européia dos Direitos do Homem Anotada*, 5.ª ed.rev. e actualizada, Coimbra, Edições Almedina, S. A., 2016.

BARRETTO, R, *Coleção Sinopses para concursos: Direitos Humanos*, 4.ª edição, Salvador, Juspodvum, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho, *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*, Mauricio Godinho Delgado, Gabriela Neves Delgado (org.), 4.ª ed., São Paulo, LTr, 2017.

FREITAS, J, «Direitos fundamentais: multiculturalismo e regiões», in *Direitos fundamentais: multiculturalismo e regiões*, Comissão dos Direitos Humanos da Ordem dos Advogados, Princípia, Estoril, 2007.

GIAMBIAGI, F.; VILLELA, A.; CASTRO, L. B.; HERMANN, J., *Economia brasileira contemporânea*, 6.ª ed, São Paulo, Atlas, 2005.

GIL, A. R., *Imigração e Direitos Humanos*, Lisboa, Petrony Editora, 2017.

GREMAUD, A. P.; VASCONCELLOS, M. A. S.; TONETO JÚNIOR, R., *Economia brasileira contemporânea*, 6.ª ed., São Paulo, Atlas, 2006.

JERÓNIMO, P., *Intolerância religiosa e minorias islâmicas na Europa. A censura do "Islão visível" – os minaretes e o véu – e a jurisprudência conivente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, [s.l. : s.n.], [s.d.].

JERÓNIMO, P., «Direito das minorias», in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Jorge Bacelar Gouveia (dir.), 3.º suplemento, Lisboa, Coimbra Editora, 2007, [consult. 28 dez. 2017], disponível em: http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/22930/4/JER%C3%93NIMO%2c%20P.%2c%20Direitos%20das%20minorias.pdf.

MOCHÓN, F. M, *Princípios de economia*, Trad. Thelma Guimarães, São Paulo, Pearson Prentice Hall, 2007.

OLIVEIRA, D. P. R., *Teoria Geral da Administração*, Edição compacta, São Paulo, Atlas, 2009.

PEREIRA, A. M, *Direitos do Homem*, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1979.

PINTO, Ana Felipa da Costa, *Levantamento do Véu: A crise do multiculturalismo na Europa*, Braga, Universidade do Minho, 2013, Dissertação de Mestrado [consutl. 26 dez. 2017], disponível em: http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/44506/1/Ana%20Filipa%20da%20Costa%20Pinto.pdf.

PIOVESAN, F., *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*, São Paulo, Saraiva, 2006.

RAMOS, A. C., *Curso de direitos humanos*, 4. ed., São Paulo, Saraiva, 2017.

ROCHA, A. S. E., «Entre o universalismo e relativismo: para uma ética intercultural», *Boletim do Núcleo Culturalda Horta*, 24, 2015 [consutl. 04 dez. 2017], disponível em: http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/47715/1/EntreUniv.Rel..pdf.

_____, «Relativismo cultural versus universalismo ético», *Arquipélado/Série Filosofia*, 7, 2000 [consult. 05 dez. 2017], disponível em: http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/8734.

SARLET, W. I., *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10 ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, M. F. da.; PEREIRA, E. W., *Universalismo x relativismo: um entrave cultural ao projeto de humanização social* [consult. 21 nov. 2017], disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=74105d373a71b517.

VASCONCELOS M. A. S. de., *Economia: micro e macro*, 3. Ed., São Paulo, Atlas, 2002.

A LAICIDADE E A PROBIÇÃO DO *HIJAB* NAS ESCOLAS FRANCESES

Jéssica FONSECA TELES[1]

1. Introdução

No verão de 2016 foram noticiadas proibições nas praias do sul da França contra o uso de *burkinis* (vestimentas próprias de mulheres muçulmanas), o que levantou no país, mais uma vez, debates envolvendo cidadãos da religião islâmica. *Essa* não foi a primeira vez, contudo, que se discutiu o uso de um símbolo muçulmano na França. Foi neste país onde se aprovou a Lei nº 2010-1192, que proíbe a dissimulação da face no espaço público, vetando o uso da *burka* ou do *niqab* pelas muçulmanas, tipos de véu integral que cobre inclusive o rosto da pessoa.

Antes mesmo, em 1989, algumas escolas passaram a determinar que as alunas muçulmanas só poderiam atender as aulas sem o véu parcial, o *hijab*, e em 2004 foi aprovada a Lei nº 2004-228, que proíbe o uso de símbolos religiosos ostensivos nas em escolas públicas do país, alcançando o referido véu.

O véu é apenas um dos pontos de conflitos com relação aos imigrantes muçulmanos no Ocidente, em especial na Europa, para onde mais emigram. A divergência de valores e concepções sobre a política entre os dois lados levam a debates constantes quanto ao espaço do muçulmano na sociedade europeia e suas respectivas práticas.

[1] Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito. Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Professora de Direito Internacional e Direito Processual Civil da Faculdade Ruy Barbosa – Wyden.

Apesar de serem diversas essas práticas, por delimitações metodológicas, foca-se no presente artigo, principalmente no quarto capítulo, na proibição do *hijab* nas escolas francesas, principalmente com a Lei 228-2204 a qual, mesmo após mais de uma década em vigor, parece apresentar a necessidade de novas discussões, especialmente que incluam as opiniões dos muçulmanos que vivem na França.

A análise da lei e de seu processo de elaboração ocorre dentro do contexto do universalismo cosmopolita, explanado no terceiro capítulo, que traz a concepção de que um Estado deve lidar com a diversidade de seus cidadãos, tendo como pressuposto a capacidade de culturas passarem por autotransformações, desde que conscientes e autônomas, sem coação externa. Essa forma de multiculturalismo, nesses moldes, não desconsidera normas universalistas, mas entrega a cada Estado a responsabilidade de concretizar valores gerais e abstratos a partir de suas particularidades, constituindo seu próprio núcleo básico de valores e direitos, o qual possibilita a solidariedade entre as pessoas e, assim, uma convivência pacífica.

Antes de adentrar nos pontos mais pragmáticos da Lei 228-2004, tendo em vista que a sua aprovação se sustentou sobre o argumento de neutralidade religiosa francesa, inicia-se este artigo justamente apresentando a secularização no Ocidente os fundamentos da laicidade.

2. Secularização e laicidade no ocidente

Atualmente, é fácil constatar a presença do direito à liberdade religiosa como direito fundamental nas constituições ocidentais, estando presente em diversos instrumentos normativos históricos, tais como a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a Constituição da Virgínia, em 1776, por advento da independência norte-americana, de forma que, como explica Jónatas Machado, "afirmou-se como garantia da autenticidade da fé individual, da pureza da Igreja, da igualdade cívica e da autônoma da actividade governativa" (2009, p. 114).

Posteriormente, tem-se a tutela prevista na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que em seu artigo 18 positiva o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião "inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto, pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou particular". Ressalta-se, assim, que a liberdade religiosa apresenta-se como um *direito humano*, isso porque reconhecida e garantida internacionalmente, e não somente no âmbito de um país, nos limites das fronteiras de sua soberania, tanto em 1966, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, quanto na De-

claração sobre a Eliminação de todas as Formas de Intolerância e de Discriminação Baseadas na Religião ou na Convicção, aprovada em 1981.

Pode-se verificar também que a liberdade religiosa encontra guarida em diversas constituições ocidentais. Na França, no artigo 1º da Constituição vigente de 1958, há a previsão desse país se tratar de

> *uma República indivisível, laica, democrática e social", bem como defende a igualdade de todos perante a lei, sem distinções de origem, raça ou referentes à religião. Ainda como fundamento do seu preâmbulo, que ratifica todos os direitos consagrados pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, procura estabelecer o limite dessa tutela, determinando que "ninguém deve ser assediado por causa de suas opiniões, mesmo religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.*

A liberdade religiosa é decorrente de longos processos de secularização, a partir da Idade Moderna, quando Estados Nacionais, aliados à burguesia, iniciaram uma união política e militar que fez com que a Igreja Católica perdesse a importância de outrora (CHEHOUD, 2012, p. 27). Esse contexto não significa, entretanto, que o poder político tenha, já nesse momento, separando-se do religioso, mas, sem dúvidas, foram dados os primeiros passos nesse sentido.

O termo *secularização* refere-se, assim, à transformação do transcendente em imanente, uma verdadeira quebra dos dogmas religiosos até então postos, como consequência dos processos de racionalização do homem a partir da Idade Moderna. Fala-se, assim, na perda do prestígio e da importância do religioso nos variados aspectos da sociedade, uma vez em que o homem passa a ter sua noção no tempo e a compreender-se como integrante de uma história no mundo em que vive e, não, no mundo pós-morte e transcendental, onde se obteria a salvação enquanto "expectativa messiânica e escatológica", consoante o dogma dominante judaico-cristão (CATROGA, 2006, p. 20).

Afirma Heloísa Chehoud que o processo de secularização que se intensificou na Idade Moderna teve seu início dentro mesmo do próprio contexto judaico-cristão, com a expressão prevista no Novo Testamento – *Dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus*[2] – mas essa separação entre Estado e Igreja teria significado mais a supremacia desta sobre aquele do que uma verdadeira neutralidade dentro de um Estado, não mais vinculado aos dogmas religiosos (2012, p. 27).

Deve-se notar que os valores religiosos não deixam, contudo, de serem verdadeiras *construções culturais*, dependentes de uma dada realidade concreta, e que podem ser levados adiante, ainda que não sob a titulação de *religião*. Como salienta Jónatas Machado, mesmo a ideia de igualdade, proclamada entre

[2] É a lógica extraída do Evangelho da Bíblia, em Matheus, 22:21.

os mesmos liberais que sustentam a secularização e a racionalidade, encontra-se na Bíblia, com Adão e Eva, em Gênesis. Igualdade não é, assim, um valor simplesmente *moderno* ou *iluminista,* como se pode imaginar (2009, p. 115).

Ademais, ainda que se fale no uso da razão em substituição à religião, valores culturais podem tomar espaço na crença social com a força de uma ideologia, tão forte quanto à força de uma religião. Foi exatamente o que ocorreu com a Revolução Francesa, quando se passou por um verdadeiro processo de substituição da religião católica, que apoiava o governo absolutista combatido pelos revolucionários, pela noção de *religião civil*.

Ou seja, se por um lado ocorria a secularização do religioso, por outro houve também espaço para a sacralização do social e do político, de forma que ser um nacional francês significava defender seus principais valores, notadamente o lema *liberdade, igualdade e fraternidade*. Como explica Fernando Catroga, não se tratava do total abandono ou separação da religião, apenas uma transferência da religião até então dominante, a católica, para a religião dos cidadãos, a civil (2006, p. 126).

A laicidade, por sua vez, é uma escolha do Estado em separar-se oficialmente do religioso. Heloísa Chehoud explica que, ao invés de ser entendida como regra a ser aplicada num determinado caso concreto, a laicidade é comumente tida como um princípio que norteia todas as outras normas do ordenamento jurídico (2012, p. 15). Trata-se do posicionamento do Estado em não confundir suas atividades políticas com quaisquer conteúdos religiosos. Se a secularização permite que o homem se entenda como um ser racional no mundo imanente, a laicidade é uma qualidade que permite o planejamento e a execução de atividades estatais não atrelados a qualquer religião.

Marco Huaco argumenta que a laicidade deve ser entendida como um *atributo do Estado*, e não de seus cidadãos, argumento que ganha mais força dentro de sociedades com diversidade religiosa. Em última instância, o que se deve garantir é a liberdade dos indivíduos, sendo que "é o Estado quem renuncia a perseguir princípios religiosos próprios para assegurar aos seus cidadãos o gozo pleno da liberdade" (2008, p. 45).

É dentro desse entendimento de que não deve haver uma neutralidade absoluta, no que Huaco ainda procura esclarecer a diferença entre "*laicidade*" e "*laicismo*", apoiado no entendimento de Roberto Blancarte. Este segundo termo expressaria, então, uma vertente que procura radicalizar a laicidade, a qual passa ela mesma a ser sacralizada e até mesmo vista de modo absoluto, aniquilando a própria concepção primordial de laicidade, como um "regime de convivência complexo", em que diante das preferências dos sujeitos sociais, deve-se permitir uma gerência tolerante com as distintas realidades religiosas, razão pela qual não se deve apoiar em nenhuma (2008, p. 46).

Diante da constatação de que as sociedades passaram anos se afastando de temas religiosos, com mais força na Europa do que nos EUA, mas que, atualmente, esse processo começa a se inverter, Jürgen Habermas questiona onde se encontraria a linha divisória entre a inclusão e o completo rechaço da religião em assuntos públicos, tal como traçado por John Rawls. Explica o filosofo que, além do secularismo, as partes de um dado contrato social rawlsiano teriam fatalmente de escolher o que deve e o que não deve ser tolerado, abrindo-se espaço para, no lugar da religião, preencher-se a discussão pública com os direitos básicos. Com isso, um Estado liberal rawlsiano não privilegiaria as distintas formas de religião, mas os bens a serem providos a todos igualmente; a secularização seria o mandamento de imparcialidade, enquanto que a laicidade seria o mandamento de não adotar posições, ainda que possa atingir a todos na sociedade da mesma forma (2006, p. 5-6).

Noutro giro, não se pode extrair uma obrigação direta de que todos os cidadãos pessoalmente exprimam suas assertivas públicas sobre convicções religiosas numa linguagem acessível a todos *a priori*, por conta da enorme pluralidade de visões (2006, p. 9). Contudo, a linguagem utilizada pelos indivíduos deve ser passível de uma explicação dentro do processo democrático, do contrário, será ilegítima.

Consequentemente, para que sejam feitos compromissos entre conflitos religiosos, ou para que eles sejam contidos, com modificações na estrutura básica social, é preciso esforços dos dois lados, os quais através *processos de aprendizagem*, fomentados pelo diálogo democrático, tornam-se capazes de operar uma reflexividade entre os próprias crenças e o secularismo, além de enxergar a relação entre a própria visão e uma visão secular e que questões seculares têm prioridade na arena pública, para que se possa estabelecer valores básicos.

No contexto secular, então, pode-se discutir questões religiosas, desde que justificáveis e se limitem aos contornos do metafísico e do sagrado, corroborando também a posição de Bhikhu Parekh, para o qual se deve evitar sejam assuntos sacralizados, sustentados num "fundamento pseudonatural", visto que práticas envoltas no fundamento da religião dificultam a negociação das diferenças culturais, inclusive quando as sociedades ocidentais modernas não desejam parecer intolerantes quanto ao tema. É justamente essa sacralização de algumas práticas que leva a um comportamento autoritário por líderes religiosos e, quando o fundamentalismo se acirra, a sociedade liberal, em oposição, também se mostra mais orgulhosa do seu laicismo, e os conflitos se acirram (PAREKH, 2005, p. 296-297).

As pessoas não podem, assim, esconder-se atrás de uma autoridade sagrada, sacralizando todas as suas práticas e interesses, tampouco basta que afirmem exclusivamente que fazem algo em nome de Deus e de textos sagrados. Religião tem uma responsabilidade na sociedade, com relação aos todos os indivíduos,

sejam religiosos ou não, e mesmo as interpretações que são dadas aos conteúdos tidos por divinos justificativas convincentes dentro de uma comunidade democrática (PAREKH, 2005, p. 489).

Por fim, apesar de religiões terem se mostrado frequentemente absolutistas, dogmáticas, conservadoras e terem mantido práticas, como a escravidão, "em nome de Deus", elas podem ter efeitos positivos no seu ressurgimento na vida política, sendo inclusive o fundamento de um movimento emancipador, como nas lutas pela independência indiana, lideradas por Gandhi (PAREKH, 2005, p. 480). Deve, então, ser retirada a carga negativa que se sobrepõe a temas religiosos, como se significassem necessariamente um retrocesso na sociedade ou alto totalmente intocável (PAREKH, 2005, p. 483).

3. O multiculturalismo cosmopolita

Sem dúvidas, um grande desafio do século XXI é compatibilizar culturas no mesmo terreno, o que leva a uma revisão das teorias típicas de proteção de direitos dos indivíduos e grupos. O universalismo, na sua versão mais restrita, não tem meios para prosperar, por um lado, pela inexistência de sociedades homogêneas; por outro, pela impossibilidade de se alcançar valores absolutos cabíveis a todos os indivíduos em todos os casos. Não há deveras como sustentar a homogeneidade numa sociedade, pretendendo-se aplicação dos mesmo valores para todos, como foi o caso do Estado moderno nacional ou do liberalismo político.

Bhikhu Parekh afirma ser inquestionável que sociedades plurais sempre existiram, citando como exemplo a visão do cristianismo como fusão do judaísmo e de culturas orientais, romanas e gregas, apesar dos esforços para depois se diferenciar como religião distinta das demais e autônoma, e mesmo o Ocidente é resultado de influências grega, romana, indiana ou chinesa (2005, p. 247). Seria, portanto, um erro acreditar que as sociedades passadas não tinham contatos e interligações e que essas características fossem unicamente próprias do atual contexto mundial de globalização.

A verdade é que, como explica Boaventura de Sousa Santos (2010, p. 432), os movimentos de globalização, além de acelerarem a velocidade das comunicações e troca de informações, criam uma mais nítida distinção do que seja "global", de um lado, e do que seja "local" ou "regional", comumente associado à minoria, de outro. Não se deixa assim de persistir em valores que alcancem maiores proporções e indivíduos, mas também fica ainda mais clara a existência de diferenças e particularidades. O mito da homogeneidade criado em tempos pretéritos como elemento constitutivo da ideia de nação passou então a ser refutada. Se há pluralidades de valores, decorrentes de pensamentos de indivíduos distintos e que acreditam em distintas formas de se levar a vida, o Estado passa a ter de considerar e ouvir essas diferenças.

Apesar de todas as críticas que podem ser direcionadas ao universalismo, o relativismo cultural, que se originou como tentativa de resolver os problemas dos universalistas, também encontrou uma série de barreiras e exageros. Em resposta aos excessos do universalismo, o relativismo cultural acabou também permitindo seus próprios excessos. Nesse sentido é a crítica de Susan Okin, que, ao se perguntar se o "multiculturalismo"[3] é ruim para as mulheres, aponta que a defesa extremada de algumas práticas culturais, tais como a extirpação clitoriana ou os casamentos forçados de meninas, através, inclusive da reivindicação ao Estado de direitos especiais de minoria, esconde-se desse mesmo Estado na esfera privada da família (1999, p. 16-17).

Tem-se, então, se o debate entre *universalismo* e *relativismo cultural* ganhou espaço internacional com a mesma força que teve, em tempos anteriores, a oposição entre direitos liberais, de um lado, e direitos sociais, de outro, hoje, como explica Costas Douzinas, não há diferenças acentuadas entre eles. Explica que, quando o Estado aplica o universal ao seu âmbito, acaba por restringi-lo, subordinando tais normas gerais e abstratas ao local, da mesma forma que não haveria um sistema jurídico tão fechado a ponto de não permitir qualquer contato com o universal (2009, p. 150).

Por essa razão, não se busca opor o universalismo ao relativismo, mas tenta-se reconciliá-los, superando uma das características do Estado moderno, como afirma Boaventura de Sousa Santos (2010, p. 431). Na verdade, ambos se apresentam sob distintas formas e não podem ser levados a extremos. A sugestão de Jack Donnelly é "pensar num espaço multidimensional de diferentes formas e misturas de diferentes tipos de universalidade e relatividade" (2013, p. 103), buscando-se evitar que se ameace o universal como se ele fosse relativo (proteção das mulheres, enquanto universal, não pode aceitar a extirpação clitoriana como prática local) ou falsamente universalize o reservado ao particular (há práticas ocidentais, portanto, locais, que não podem ser aplicadas em outros locais, que detêm suas próprias particularidades e busca defender suas tradições) (2013, p. 103). Nesse sentido, os direitos humanos "universais" podem e devem ser implementados em diferentes formas, a depender do tempo e espaço, para que se maximize a possibilidade de escolhas livres dos indivíduos para incorporar certas particularidades à moldura da universalidade (DONNELLY, 2013, p. 104).

Bhikhu Parekh, por sua vez, fala em "jogo cruzado entre o universal e o concreto", desenvolvendo uma teoria em que a universalidade e a particularidade tenham espaço, a qual ele denomina *universalismo plural*. Por ela, rechaça-se o naturalismo, que elide as diferenças culturais, e o culturalismo ou o determinismo, que limita o comportamento e a vida humana à cultura em que o indivíduo se insere, de forma que enxerga que "somos suficientemente parecidos para que

[3] O termo utilizado pela autora sugere um encontro entre o relativismo cultural e o universalismo.

um diálogo seja possível e suficientemente diferentes para que esse feito nos assombre e nos induza a iniciar o diálogo" (2005, p. 192).

Parekh também acredita na possibilidade de formação de um *corpo básico de direitos universais*, que mereçam o respeito de todos os seres humanos, como o valor e a dignidade humana, a promoção do bem estar e da igualdade, deixando claro que essa enumeração é apenas exemplificativa (2005, p. 2004). Como ressalta Jack Donnelly, a universalidade é sempre relativa a um universo *particular* tomado como parâmetro. Mesmo os serviços *universais* de saúde e previdência privada, por exemplo, nunca serão destinados a todos os bilhões de indivíduos do globo, mas àqueles cidadãos nacionais ou residentes do Estado que proporciona tais serviços (2013, p. 93). Cabe, portanto, aos Estados a responsabilidade de atuarem de forma a preencher esse corpo básico universal.

O preenchimento desse corpo ou núcleo básico de valores, contudo, apresenta grandes dificuldades. Bhikhu Parekh, em sentido semelhante, afirma que a *natureza humana* por si só jamais será capaz de justificar tantos modos de vida diferentes, sendo apenas um fator que os seres humanos têm em comum. Mesmo que compartilhem condições de existência, experiências vitais e dificuldades, acabam desenvolvendo conceitos e reações diferentes, dentro de culturas diferentes (2005, p. 191). O *valor humano* não é, assim, uma propriedade natural, como todos ter as mesmas partes do corpo, mas algo adotado pelos indivíduos, a partir de relações intersubjetivas, portanto, uma prática ética e moral (2005, p. 201). Ou seja, parte da aprendizagem de cada qual dentro da sociedade.

Para Jürgen Habermas, dentro de um contexto globalizado, as culturas somente são capazes de se manter se passarem por processos de autotransformação, o que vale especialmente para as culturas de imigração, submetidas à pressão assimiladora das novas circunstâncias em contrapartida a uma "revivificação de elementos tradicionais" (2002, p. 251-252). Em contato com a nova sociedade, o indivíduo tem a chance de analisar a própria cultura de origem e escolher dar-lhe continuidade, transformá-la ou mesmo passar a ter uma postura indiferente a seus imperativos, inclusive chegando a romper com ela, mas *consciente* de sua decisão (2002, p. 252)

Ainda quanto à imigração, Habermas aponta a existência de duas formas de assimilação. A primeira, menos interventiva, diz respeito a uma "concordância com os princípios da constituição no interior do espaço de atuação interpretativo", ou seja, concordância sobre a forma que se deverá institucionalizar a autonomia dos cidadãos, limitando-se a um aspecto estrutural de procedimento. Pela outra forma, mais interventiva e substancialista, leva a uma *aculturação*, em que o indivíduo é levado a compenetrar-se amplamente na forma de vida da cultura local, tendo a assimilação efeitos no seu plano ético-cultural (2002, p. 258). Contudo, entendendo pela impossibilidade de se coagir os imigrantes a abandonarem as suas tradições, entende que se instaura uma nova forma de

viver na sociedade receptora, com uma consequente ampliação do horizonte no qual os cidadãos interpretam os princípios constitucionais em comum (2002, p. 259), o que leva, por sua vez, a uma mudança da autocompreensão política da nação como um todo e força a inclusão de alguns temas em debates público nacional, antes estranhos e não imagináveis.

Bhikhu Parekh também destaca a importância da *lealdade* à própria cultura, a qual contribui para a formação da vida de cada indivíduo, aliada à *obrigação* de mantê-la viva e colocar em prática os seus ideias, inclusive na relação com os demais membros da sociedade, que, para que seja alcançada uma estabilidade social, devem ter objetivos em comum (2005, p. 242-243). Nesse sentido, sustenta também que uma sociedade homogênea tem pontos positivos, pois facilita a existência de um sentido de comunidade e solidariedade entre seus membros, os quais podem todos se apoiar numa certeza moral, sem sofrer com a ansiedade e a insegurança que dúvidas decorrentes do contato entre diferentes modos de vida podem trazer.

Contudo, como salienta Parekh, a diversidade mundial presente em quase todo o globo atualmente nem sempre permite uma homogeneidade de valores entre os indivíduos, mas somente a opção de "gestar e construir o potencial criativo da diversidade" ali existente, tentando retirar-lhe o que há de melhor (2005, p. 258). Reconhece-se, semelhantemente ao pensamento de Casali, a necessidade de encontrar meios que permitem uma coerência interna, para que os diversos setores possam dialogar e chegar a acordos, ainda que não se possa impedir por completo a existência de debates jurídicos vez ou outra.

Dentro desse contexto, quando surgem exigências de direitos por uma dada comunidade dentro de uma sociedade majoritária, deve-se observar de forma ponderada, se elas são legítimas, capazes de trazer bem-estar a seus indivíduos ao lado de uma autonomia para manter suas relações sociais, além de se constatar a existência de uma estrutura interna que não seja opressiva, nem radical, ao ponto de se negar a qualquer forma de alteração quando preciso (2005, p. 325). Noutro giro, a partir do momento em que o indivíduo acredita que aquela cultura se tornou muito opressiva ou que distorce o seu próprio movimento moral ou intelectual, a sua lealdade torna-se debilitada (2005, p. 242-243), e, quando os membros daquela cultura perdem suas crenças sobre suas práticas, estas viram mero ritos sociais e perdem seu real significado (2005, p. 254).

Nesse sentido, culturas podem ser modificadas ou mesmo abandonadas, desde que de acordo com os *compromissos voluntários* de seus membros, não sendo possível "prefabricar oficialmente" o desenvolvimento de uma cultura comum, pois, de um lado, porque não é a forma como as culturas evoluem e, de outro, trata-se de um poder que não deve ser dado aos Estados. Estes contudo, não devem ficar à margem dos problemas sociais e deixar de intervir quando

houver violações de direitos de alguns indivíduos, oprimidos pela comunidade (2005, p. 330).

Essa constante tarefa de manter-se equilibrado entre os valores que já carrega por anos e os novos valores que vão sendo incorporados por imigrantes torna-se ainda mais complicada pela constante observação e críticas de outros países no mundo, sobretudo em razão da estrutura da ordem internacional jurídica, com seus tratados e mesmo tribunais internacionais ou regionais. Ademais, pode existir uma relutância em entender alguns de seus já nacionais, nascidos em um segunda ou terceira geração de turcos ou árabes, por exemplo, como tais, ao invés de "imigrantes", o que somente sugere uma dificuldade em alguns países ocidentais de imigração reconhecer a modificação de sua própria estrutura básica de valores.

4. Laicidade nas escolas francesas e a Lei n.º 2004-228

Já enraizada na tradição revolucionária do século XVIII, quando proclamou sua independência da Igreja Católica, a França continuou promovendo a sua forte separação entre Estado e religião, tendo aprovado, em 1905, a lei da laicidade. Através dela, instituiu-se, em seus dois primeiros artigos, que a República assegurava a liberdade de consciência, desde que observadas as restrições da ordem e do interesse públicos, mas não financiaria qualquer culto, determinando a remoção dos orçamentos estaduais, departamentos e municípios, qualquer despesa relacionada ao exercício da religião. No entanto, restou permitida a previsão de orçamento para a promoção da liberdade de culto em estabelecimentos como escolas, presídios, universidades, asilos e hospícios. Para tanto, regulou também, através de normas de transição, a forma como as instituições de culto até então subsidiadas pelo Estado seriam, aos poucos e dentro de prazo estabelecido, transferidas para outras forma de financiamento. Ficava, assim, ainda mais nítida a separação entre Estado e religião, expressada sobretudo no artigo 26, ao se proibir "reuniões políticas nos locais voltados habitualmente ao exercício de um culto".

A fidelidade à laicidade foi estreitada também com a Lei nº 59-1557, de 31 de dezembro de 1959, conhecida também como Lei *Debre*, ao se reportar ao então Ministro da Educação francês da época, Michel Debre. Através dela, unificou-se os ensinos público e privado, de forma que todos os estabelecimentos de ensino passaram a receber subsídios do governo para o seu funcionamento, por meio da assinatura de um contrato "simples" (artigo 5) ou de "associação" (artigo 4), sendo este segundo mais interessante economicamente, em troca, porém, de maior interferência e controle estatal. Dessa forma, considerando que os professores receberiam salários do governo, toda e qualquer escola deveria seguir o currículo nacional e demais ordens determinadas por decretos, mesmo

em se tratando de um estabelecimento privado. Contudo, as escolas que não celebrassem o contrato, ainda ficariam submetidas ao controle estatal, ainda que menor, "limitado às qualificações exigidas dos diretores e professores, ao ensino obrigatório, o ensino obrigatório, o respeito ordem pública e da moralidade, da saúde e prevenção social", conforme exposto no artigo 2 da Lei.

Dessa forma, a neutralidade em assuntos religiosos que a França tanto defende foi estendida também para o ensino privado. O artigo 1 estabelece que o Estado fornece "a crianças e adolescentes em escolas públicas a oportunidade de receber uma educação em conformidade com as suas competências em *igual respeito por todas as religiões*" [grifos aditados], ao passo que também "proclama e respeita a liberdade de ensino e garante o exercício físico regular aberto a instituições privadas" e que busca tomar "todas as medidas necessárias para garantir que os alunos da liberdade de educação pública de culto e de instrução religiosa".

Dentro desse contexto de secularização e neutralidade religiosa, os debates sobre a proibição do véu islâmico (em francês, *affaires du foulard*) nas escolas públicas da França ganhou o primeiro destaque nacional pela mídia em outubro de 1989, quando três alunas foram expulsas de uma escola na cidade de Creil por usarem o véu (*hijab*). Para o diretor da escola, Eugène Chenière, a *laicidade* era um dos pilares centrais do *universalismo republicano*, ressaltando-se que naquele ano se comemorava o bicentenário da Revolução Francesa (SCOTT, 2007, p. 21). Bhikhu Parekh narra que, como gesto de solidariedade, muitas meninas muçulmanas passaram a usar o véu em outras escolas, e o tema ganhou abrangência nacional (2005, p. 366).

O então Ministro da Educação, Lionel Jospin, resolveu fazer uma consulta ao Conselho de Estado, a corte administrativa superior no país, o qual decidiu, em novembro de 1989, que os alunos tinham o direito a expressar e manifestar suas crenças religiosas nas escolas públicas, e que o *hijab* não violava o princípio do laicismo, desde que não constituísse um ato de pressão, provocação, proselitismo ou propaganda nem pelo seu caráter, nem pelas circunstâncias em que era usado. Assim, o parecer foi, na verdade, vago e não deixava clara a opção política do país, cabendo às autoridades educativas locais a decisão da proibição ou permissão do véu, diante da análise de caso a caso. Protestos dos dois lados perduraram, em meio a expulsões de outras alunas (PAREKH, 2005, p. 367; SCOTT, 2007, p. 24).

O caso foi apaziguado quando uma das meninas, voluntariamente, e as outras duas sob pressões do rei Hassan II do Morrocos, ao qual tinha sido solicitada uma declaração nesse sentido pelas autoridades francesas, decidiram levar o véu ao redor dos ombros durante as aulas (PAREKH, 2005, p. 368). Joan Scott registra ainda que, à época, pesquisas guiadas por republicanos mostraram que 45% dos muçulmanos eram contrários ao uso do *hijab* nas escolas, mas critica esse resultado, pois os diferentes muçulmanos que existiam no país não tinham

sido considerados, e o véu era em todo e qualquer caso visto como símbolo da população muçulmana na França (2007, p. 26).

Os conflitos retornaram em 1994, quando, novamente, Eugène Chenière, agora deputado representando seu partido no departamento de Oise, propôs um projeto de lei para proibir símbolos ostensivos de filiação religiosa (SCOTT, 2007, p. 26). Em 10 de setembro de 1994, o Ministro da Educação, François Bayrou, expediu um decreto, que traçava uma linha distintiva entre símbolos "discretos" e os "ostensivos". Na opinião dele, seria possível aceitar apenas símbolos religiosos que fossem discretos, mas não o *hijab*, entendendo este como *ostensivo* por si mesmo e que constituía elemento de proselitismo e discriminação (SCOTT, 2007, p. 28). Nesse momento, tornou-se claro que a política adotada pelo país era a da proibição do véu islâmico nas escolas. Importante destacar nesse contexto que a imigração foi um tema importante nas eleições parlamentaristas de 1993, tendo contribuído para a vitória de partidos conservadores (HUNTINGTON, 2015, p. 239).

Os debates que se seguiram entre população, intelectuais e governo oscilavam entre negociação de direitos e a laicidade francesa, sendo que o pensamento dominante se inclinava para esta, sendo hostil à possibilidade de um compromisso com as meninas muçulmanas. Os franceses, pautados na laicidade, viam mulheres que seguiam uma prática ofensora aos seus direitos e que se recusavam a seguir os valores franceses. Em meio às controvérsias, a Ministra das Relações Sociais, Simone Veil, nomeou Hanifa Chérif, de origem norte-africana, para mediar os casos, com relação aos quais obteve bons resultados por alguns anos, havendo acomodações, como permitir que algumas meninas usassem bandanas ou que o véu fosse usado nos pátios, mas deixado sobre os ombros, durante as aulas (SCOTT, 2007, p. 28). Parekh critica a inexistência de tratamento igualitário com relação ao véu de meninas muçulmanas, uma vez que se paute na laicidade. Isso porque, em abril de 1995, o Conselho de Estado permitira que estudantes judeus deixassem de assistir as aulas aos sábados para poder atender ao Sabbath. Ademais, alega também que o governo francês fornece subsídios ao privado de escolas católicas romanas, mas os nega para escolas judias, muçulmanas e mesmo de outras ramificações cristãs (2005, p. 370).

Em 2003, o então Presidente Jacques Chirac determinou a formação de uma comissão voltada a tratar sobre a laicidade no país, formada por dezenove componentes, dentre eles dois muçulmanos, e dirigida por Bernard Stasi, da centro-direita; daí a Comissão ser também intitulada *Stasi*. Foram então realizadas entrevistas e emitidos convites, inclusive aos participantes do Conselho Francês do Culto Muçulmano, criado no ano anterior, para emitirem opiniões sobre o assunto. Após seis meses, foi concluído um relatório com algumas recomendações a respeito da laicidade, incluindo a proibição de símbolos religiosos ostensivos nas escolas públicas. Naquele mesmo ano, no meio às preocupações mundiais

com o terrorismo, após o 11 de setembro, Nicolas Sarkozy, enquanto Ministro do Interior, tinha afirmado que as mulheres com véu apresentavam um risco e deveriam descobrir suas cabeças, para mostrarem a identidade e, na verdade, a Comissão formada já tinha por objetivo analisar a viabilidade da aprovação de uma lei que proibisse o véu nas escolas (SCOTT, 2007, p. 29-30).

O relatório da Comissão Stasi ressaltou a identificação do secularismo com a *neutralidade*, não podendo o Estado favorecer qualquer segmento religioso (2003, p. 13), bem como ressaltou que o desafio maior do secularismo era o de "obter uma unidade, respeitando a diversidade da sociedade" (2003, p. 18). Nesse sentido, considerou "ilegais" condutas como a modificações de horários nas escolas em razão de rezas, ou o atendimento por uma pessoa de determinado sexo, ou mesmo o pedido para se abster de algumas aulas (de natação, por exemplo, que envolver trajes de banho), ainda que partam de uma *minoria ativista*, a qual "afeta gravemente os princípios que regem o serviço público" (2003, p. 41).

O relatório também fez breve análise sobre estabelecimentos como como hospitais e universidades, mas o seu foco maior foi a escola. Enquanto serviço público oferecido pelo Estado, ela deveria trazer consigo os valores da República, visto que este é o ambiente de socialização e muitas vezes de integração, razão pela qual se exigem "regras comuns claramente estabelecidas" e se tem por objetivos maiores a "reafirmação da laicidade" e a "defesa dos serviços públicos". Nesse sentido, ressaltou-se que "a escola não deve ser protegida do mundo, mas os alunos devem ser protegidos contra a 'fúria do mundo'" e que "embora não seja um santuário, deve promover um distanciamento do mundo real para permitir a aprendizagem" (2003, p. 56).

Mais especificamente sobre as meninas que usavam o véu nas escolas, afirmou-se no relatório que algumas delas usavam-no voluntariamente, mas, muitas vezes, sob coação, reconhecendo, contudo, que seu uso diminuía os abusos sofridos por essas meninas pela comunidade. O véu daria, assim, paradoxalmente, uma certa proteção contra as designações de "imoral" ou "infiel" (2003, p. 47). Ao fim, propuseram a "elaboração de uma lei sobre a laicidade" (2003, p. 68), ponto em que não se pode olvidar que a França já tinha duas leis (de 1905 e de 1959) tratando sobre o tema, mas, dessa vez, buscou-se a proibição de *símbolos religiosos ostensivos*.

Laurence e Vaisse narram que a Comissão *Stasi*, apesar de ter sugerido a elaboração da lei em questão, não promoveu, para fins de feitura do seu relatório, análises ou pesquisas sociológicas sobre as razões pelas quais as muçulmanas usam o véu (2006, p. 169). Ainda em 2002, quando da discussão do projeto da lei, o diretor da região escolar do distrito de Lyon sugeriu que Kamel Kabtane, então diretor da mesquita de Lyon e influente figura islâmica no país, fosse ouvido sobre o uso do véu nas escolas, houve posicionamentos contrários, sob a alegação de que seria ferido o princípio da laicidade (BOWEN, 2010, p. 52-53).

Com relação à recomendação de elaboração da lei, prevista no relatório da Comissão *Stasi*, apontou-se a necessidade de defesa do direito à liberdade religiosa no sentido de *não* acreditar em algo, o que abrangeria meninas que fossem *obrigadas a usar o véu* para ir à escola. Para essa conclusão, a Comissão se baseou nos relatos de que algumas meninas usavam o véu para evitar coações de pregadores, ou mesmo dos colegas de sala de aula, não-muçulmanos. Alguns relatos apontaram ainda a existência de ricos sauditas que pagavam as famílias para que suas filhas fossem de véu para a escola. Assim, seria através da laicidade que se buscaria impedir a coação e violência sobre a mulher (LAURENCE; VAISSE, 2006, p. 169). Nesse sentido, percebe-se que, ainda que em grau menor, a questão da proteção da mulher não deixou de ser levantada também nas discussões anteriores à aprovação da Lei n° 2004-228.

Bhikuh Parekh, em crítica à proibição do *hijab* nas escolas francesas, afirma que não haveria "nenhuma razão óbvia" que justifique que os símbolos religiosos devam estar ocultos. Reconhecendo que o véu pode ser usado por diversas motivações, recusa também a alegação de coação sofrida pela menina muçulmana, opinando que não há como se ter certeza se, de fato, há ou não uma pressão ou mesmo violência comunitária ou da família. Ademais, critica a visão de que a ordem emitida pelo pai seria algo ruim, ou que as meninas deveriam optar por decidir de forma diferente dos pais, por entender que ele assim procede por não se sentir integrado socialmente e temer pela segurança da filha na escola e uma violação de sua própria identidade (2005, p. 373).

Em março de 2004, foi então aprovada a Lei nº 2004-228, que proíbe o uso de símbolos *ostensivos* religiosos nas escolas públicas. Laurence e Vaisse apontam que uma razão para tanta atenção sobre esse debate é que as escolas francesas são, tradicionalmente, locais de debates políticos, desde a Revolução Francesa, tendo sempre presente a ideia de que nesses locais seria possível combater as influências antirrepublicanas e antidemocráticas – antes da Igreja Católica e, agora, de qualquer setor social (2006, p. 163). Mesmo no relatório da Comissão *Stasi*, direcionado ao então Presidente francês Jacques Chirac em dezembro de 2003, afirmou-se que "às escolas da República são bem-vindos não apenas *usuários de um serviço*, mas estudantes destinados a se tornarem *cidadãos esclarecidos*" (LAURENCE; VAISSE, 2006, p. 164) [grifos aditados]. Essa lei também teria o condão de atingir turbantes de *sikhs* e *yarmulkes*, mas ela ficaria conhecida somente como "a lei do véu islâmico" (SCOTT, 2007, p. 34).

Laurence e Vaisse também chamam a atenção para o fato de que a lei de 2004 teve mais um valor simbólico, visto que nunca houve um uso "epidêmico" do véu. Para essa confirmação, trazem alguns dados. Antes da apresentação do projeto de lei no Parlamento, o Ministério do Interior tinha registros de que 1.254 meninas seguiam a referida prática nas escolas em 2003, correspondendo a um por cento de todas as meninas muçulmanas, e existiam cerca de 150 casos

em decorrência da recusa à retirada do véu no ambiente escolar. Esses números, quando comparados aos dados anteriores de 1994, correspondem a 2.000 usando o véu nas escolas e 300 casos judiciais (2006, p. 165). Os autores, no entanto, de forma desconfiada, apontam que a Comissão Stasi apresentou dados completamente distintos do Ministério, indicando que, apenas no subúrbio de Seine-Saint-Denis, já havia 1.000 meninas que iam às escolas de véu, totalizando entre 5 e 10 mil em todo o país.

A proibição de 2004 teve repercussões negativas em países de maioria muçulmana e entre os habitantes franceses dessa religião. Para Laurence e Vaisse, aprovar uma lei desse tipo – considerando que os dados, ao menos os do Ministério do Interior, comprovavam uma redução na prática que pretendiam proibir, e que a Comissão *Stasi* chegou surpreendentemente quase à unanimidade das suas decisões (18 votos a 1), apesar de ser composta por 19 pessoas de origens distintas –, significa nada mais que "um grande esforço para reduzir o desenvolvimento seguinte de certas inclinações religiosas e prevenir o potencial desenvolvimento de uma lealdade dual entre os muçulmanos franceses" (2006, p. 167). O interesse maior da França era o de impedir uma transnacionalização de suas esferas públicas discursivas, sobretudo num momento em que, muito mais do que em 1989, forças islâmicas estavam presentes em seu território (SCOTT, 2007, p. 35), e foi na lei que se buscou uma base legítima para tanto.

Curioso é o registro de Laurence e Vaisse, no sentido de que a lei não gerou a comoção que era esperada, especialmente pela mídia, no primeiro dia de aulas em 2004. Apenas 639 meninas apareceram usando o véu, sendo que, dessas, cerca de 100 concordaram em retirá-lo logo nos primeiros dias. Com um mês de aulas, o Ministro da Educação anunciou que cerca de mais 72 também tinham deixado o véu. Ao todo, no primeiro ano, 48 alunas foram expulsas por não abrirem mão da prática, principalmente em Strasbourg e Paris, e 143 abandonaram voluntariamente o sistema educacional nacional, ou indo pro exterior, ou mesmo sendo aceitas em escolas católicas. Já no ano de 2005, a aceitação da lei pode ser entendida como ainda maior, visto que apenas 12 alunas no total compareceram no primeiro dia de aulas com o véu (2006, p. 170-171).

Diante dessa adesão à lei, de forma até surpreendente, Laurence e Vaise destacam duas razões principais para que essa calma fosse mantida. A primeira diz respeito ao fato de que o *hijab* em si nunca foi amplamente usado entre as mulheres muçulmanas francesas, além de ter sido possível verificar que a população muçulmana no país não estava a procura de um confronto, tentando antes acordos, como as meninas que buscaram permissão para usar bandanas nas escolas quando surgiram as primeiras proibições (2006, p. 171).

Mas a razão que foi realmente decisiva para a forma de se enxergar essa lei e mesmo os valores nacionais foi o sequestro de dois jornalistas franceses, em agosto de 2004, no Iraque, tendo os sequestradores exigido justamente a suspen-

são da proibição do véu em troca da liberação dos reféns. Esse caso levou os opositores da lei a pedirem às alunas que respeitassem a lei. Os líderes muçulmanos na França passaram a criticar a interferência estrangeira sobre assuntos internos, tendo Tariq Ramadan afirmado que a situação se tratava de uma "chantagem odiosa", enquanto Dalil Boubakeur reforçou publicamente a afirmação de uma aluna de que "não iria haver sangue no seu véu". Em troca desse apoio, o governo framcês enviou uma missão diplomática com membros do CFCM à Bagdá para resgate dos jornalistas, o que, entretanto, levou ainda alguns meses (2006, p. 171-172). Laurence e Vaisse ainda concluem que essa lei "revelou a profundidade da integração e nacionalização do islã na França, o que levou a uma recusa pública à participação na visão uniforme e transnacional da *Ummah* dos sequestradores" (2006, p. 172).

Diante desse quadro, tem-se que, apesar de críticas poderem ser direcionadas ao relatório da Comissão Stasi e aos dados levantados pelo governo nessa oportunidade, além da institucionalização de longa data da laicidade, por meio de leis, em todos os setores públicos da sociedade, o evento do sequestro do jornalistas contribuiu para uma aceitação inicial da lei. Essa aceitação, e consequente aproximação aos valores da República francesa apresenta-se, contudo, mais como um desejo dos muçulmanos de diferenciar-se de radicais islâmicos do que uma decisão definitiva voltada a atender toda e qualquer limitação às suas práticas. Tanto é assim que Laurence e Vaisse ainda reportam alguns outros incidentes envolvendo muçulmanos, com relação a um homem que foi despedido em razão da aparência de sua barba ou a mulheres que se negaram a retirar o véu em piscinas públicas e até mesmo durante uma cerimônia de naturalização e recebimento da cidadania francesa. Mesmo a UOIF, que apoiu a lei inicialmente apresentou-se, em 2005, aberta a novos debates, não mais se apresentando favorável à ideia de que o *uso* de um serviço público haveria de ser atrelado a uma neutralidade religiosa, cabível apenas para seus funcionários (2006, p. 173-174).

Para Huntington, em breve comentário sobre o caso do véu, ainda no início da década de 90, os franceses se apresentam mais *culturalistas* do que *racistas*, trazendo dados de que havia aceito franceses africanos, que falam perfeitamente o francês, na sua Assembleia Legislativa, mas apesar dos *affaires du foulard* (2015, p. 238). A Lei nº 2004-228 foi então, na concepção de Laurence e Vaisse, uma verdadeira mensagem às mulheres jovens e meninas muçulmanas, tendo afirmado a soberania do republicanismo francês e o do modo de viver francês (2006, p. 167).

Deve ser também ressaltado que não há escolas muçulmanas *públicas* financiadas pelo governo na França, com a exceção da escola de ensino médio localizada em território ultramarino, na Ilha Reunião, próxima à Costa leste africana, estabelecida em 1947 por meio de um "contrato simples" e, posteriormente, "contrato de associação". Dessa forma, o problema da integração escolar se torna

ainda maior, quando se constata que, além de não encontrarem espaço para expressão religiosa em escolas públicas – principalmente no caso das meninas, pois não podem usar o véu nas escolas públicas francesas –, os muçulmanos também encontram dificuldades para abrirem e fazerem funcionar escolas privadas de sua religião. A primeira, de origem tunisiana, abriu em 2001, em Aubervilliers, subúrbio de Paris – num período recente, se considerado o longo período de recebimento de imigrantes, desde a década de 60 – com apenas 80 alunos, por meio de um contrato simples. Posteriormente, mais duas escolas privadas muçulmanas abriram em 2003 em Lille e, em 2007, em Décines, na área urbana de Lyon.

As dificuldades impostas ao projeto dessa terceira escola levaram a dois protestos de famílias muçulmanas em outubro de 2006, até que o *Conseil Supérieur de l'Education* (Conselho Superior de Educação) finalmente deu aprovação e autorização para abrir suas portas em março do ano seguinte (UNIÃO EUROPEIA, 2007, p. 13). Essas dificuldades podem ser entendidas como o medo dos franceses de terem o islamismo integrado no seu sistema educacional, o qual é há gerações dominado por cristãos e judeus, apesar de muitos sustentarem sua objeção na preocupação de que os muçulmanos tornem-se ainda mais comunitários e não consigam se integrar à sociedade (BOWEN, 2010, p. 116).

Contudo, em 2001, Régis Debray, acadêmico e filófoso francês, produziu relatório para o Ministro da Educação sobre educação em escolas seculares. Ofereceu, nessa oportunidade, algumas recomendações, dentre elas, que o islã fosse acrescido às disciplinas de história e filosofia. Em consequência, em 2006, foi instituída a *Ecole Pratique des Hautes Etudes* na Sorbonne, voltada a atender a recomendação. Apesar de sua posição, Debray afirmou ainda que o princípio da laicidade ainda mantinha sua importância, mas não poderia ser entendida como antirreligiosa, mas, sim, capaz de respeitar a liberdade religiosa. A recomendação não significou o desenvolvimento de ensino de cunho teológico nas escolas, mas apenas a exposição do islã enquanto importante para o desenvolvimento do Mediterrâneo pelo seu desenvolvimento em álgebra, astronomia, medicina, geografia e agricultura, além de outras contribuições artísticas e científicas, mas sempre colocado como pertencente a um mundo pré-moderno. Noutro giro, alguns professores encontraram dificuldade para seguir a recomendação, visto que ou pouco sabem sobre a civilização islâmica ou somente a veem sob o olhar francês (BERGLUND, 2007, p. 40).

5. Conclusão

Dessas considerações, pode-se extrair que a visão da laicidade na França, atrelada à neutralidade e completa indiferença do Estado, não apenas impede, como tem o intuito claro de não permitir o desenvolvimento de religiões não condizentes com o padrão de república de raízes cristã – apesar de não se confundir, sob hipótese alguma, com o cristianismo – surgida por advento da Revolução Francesa do século XVIII. Apesar de alguns acordos serem possíveis, sobretudo diante de situações mais delicadas, como ocorreu quando do sequestro dos jornalistas em Bagdá, que contribuiu para o apoio de autoridades islâmicas no país para o cumprimento da lei então recém promulgada, a laicidade não é o argumento mais sólido para a justificação e legitimidade de uma proibição do véu, podendo atingir o direito de crença dessas meninas e proibi-las da expressão daquilo em que acreditam.

Além disso, o apoio que a Lei nº 2004-228 inicialmente teve pode ser modificado diante das mudanças de conjecturas, atinentes a fortes fluxos imigratórios associados a ataques terroristas, que levam alguns cidadãos franceses a hostilizarem toda e qualquer muçulmana nas ruas, como foi no caso já noticiado de jovens de tiveram seus véus puxados em Paris, após a violenta invasão ao Charlie Hebdo. Por outro lado, retaliações desse tipo somente levam a compra de mais véus pelas muçulmanas e um maior apoio a essa prática, dificultando seus debates, dos dois lados, e mesmo um acordo sobre seu uso ou proibição.

Tendo em vista que a Comissão Stasi é apontada como superficial, sem ter tido ampla discussão com a participação das pessoas principalmente atingidas pela Lei 228-2004, as meninas muçulmanas e suas famílias, além de se tratar de um ponto aparentemente pequeno, mas que envolve uma questão muito maior – a integração de muçulmanos e suas práticas na França – necessária se faz a realização de novos debates na França, com estudos que apontem as meninas e mulheres que seguem com essas práticas, suas razões e o real posicionamento do restante da população. Consequentemente, poder-se-á averiguar melhor como compatibilizar, em mesmo solo, os distintos valores, através de compromissos sociais.

Referências

BERGLUND, Jenny, «Publicly funded islamic education in europe and the United States», *The Brookings Project on U.S. Relations with the Islamic World, Analysis Paper*, n. 21, abr. 2015. [consult. 25 jan. 2017], disponível em: https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/Final-Web-PDF.pdf .

BOWEN, John R., *Can islam be french?*, New Jersey, Princeton University Press, 2010.

CATROGA, Fernando, *Entre deuses e césares: secularização, laicidade e religião civil,* Coimbra, Almedina, 2006.

CHEHOUD, Heloísa Sanches Querino, *A liberdade religiosa nos estados modernos,* São Paulo, Almedina, 2012.

DONNELLY, Jack, *Universal human rights: in theory and practice*, 3. ed., Nova Iorque, Cornell University Press, 2013.

DOUZINAS, Costas, *O fim dos direitos humanos*, Luzia Araújo (trad.), São Leopoldo, Unisinos, 2009.

EL GUINDI, Fadwa*, Veil: modesty, privacy and resistance*, Oxford, Berg, 2009.

FRANÇA, Assembleia Nacional, *Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics***,** [10 dez. 2016], disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000417977&dateTexte=&categorieLien=id.

_____, Commission de Reflexion sur l'Application du Principe de Laïcite dan la République, *Rapport au Président de la République*, 11 dez. 2003. [consult. 02 fev. 2017], disponível em: http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/034000725.pdf.

HABERMAS, Jürgen, *A inclusão do outro: estudos de teoria política*, George Sperber e Paulo Asthor Soethe (trad.), 2. ed. São Paulo, Loyola, 2002.

_____, *Direito e democracia: entre faticidade e validade,* 2. ed., Flávio Beno Siebeneichler (trad.), Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003, vol. 1.

_____, «Religion in the Public Sphere», *European Journal of Philosophy*, v. 14, n.1, abr. 2006, p. 1-25 [consult. 30 jan. 2017], disponível em: http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-0378.2006.00241.x/abstract.

HUACO, Marco, «A laicidade como princípio constitucional do Estado de Direito», in *Em defesa das liberdades laicas*, Roberto Arriada Lorea (org.), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 33-80.

LAURENCE, Jonathan; VAISSE, Justin, *Integrating islam: political and religious challenges in contemporary France*, Washington D.C., The Brookings Institution, 2006.

LAURENCE, Jonathan, «Islam and citzenship in Germany», in *Muslim integration: Challenging convencional wisdom in Europe and the United States*, CSIS – Center for Strategic and International Studies, set. 2007, p. 53-63, [consult. 04 jan. 2017], disponível em: https://csis-prod.s3.amazonaws.com/s3fspublic/legacy_files/files/media/csis/pubs/070920_muslimintegration.pdf.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes, «Tempestade perfeita? Hostilidade à liberdade religiosa no pensamento teorético-jurídico», in *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI,* Valério de Oliveira Mazzuoli; Aldir Guedes Soriano (coord.). Belo Horizonte, Fórum, 2009, p. 113-162.

OKIN, Susan Moller, *Is multiculturalism bad for women?*, Nova Jersey, Princeton University Press, 1999.

PAREKH, Bhikhu, *Repensando el multiculturalismo: diversidad cultural y teoría política*, Sandra Chaparro (trad.), Madrid, Ediciones Istmo, 2005.

ROY, Olivier, «Islamic terrorist radicalization in Europe», in *European Islam – challenges for society and public policy,* Samir Amghhar; Michael Emerson (coord.), Brussels: Center for European Policy Studies, 2007, p. 52-60, [consult. 30 dez. 2016], disponível em: http://archives.cerium.ca/IMG/pdf/Roy-Islamic-TerroristRadicalisation.pdf.

SCOTT, Joan Wallach, *Politics of the veil*, New Jersey, Princeton University Press, 2007.

SOUSA SANTOS, Boaventura de (org.), *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, 2. ed. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2010.

BIOLOGIA, DIREITO E EDUCAÇÃO: A VIABILIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS ENTRE OS INSTITUTOS PARA O DESENVOLVIMENTO DO ENSINO SUPERIOR NO BRASIL

Priscila Elise ALVES VASCONCELOS
Claudia RIBEIRO PEREIRA NUNES

1. Introdução

Este trabalho abrange dois temas de grande relevância para a atualidade: a correlação entre as ciências da Educação e do Biodireito, como forma de incentivar o conhecimento interdisciplinar nas universidades brasileiras.

A Constituição da República ao dispor acerca das garantias e princípios fundamentais, elencou o direito à educação, ao tratamento igualitário (isonomia) e ao meio ambiente equilibrado como cláusulas pétreas. Passa a ser inadmissível no ordenamento jurídico brasileiro a redução ou extinção dos direitos e garantias previstos como petrificados.

Nos últimos anos, com a constitucionalização do Direito e uma valorização dos Direitos Humanos, onde o Brasil inclusive é signatário de vários tratados internacionais sobre o assunto, a dignidade da pessoa humana é vista como premissa básica para todo e qualquer ato que envolva direitos e deveres do cidadão.

Mediante a importância do instituto Direitos Humanos e evolução no ensino, houve a necessidade de compilar disciplinas antes tradicionais. Surge uma terceira disciplina resultante da relação Biologia e Direito: o Biodireito, com uma visão interdisciplinar.

Ao correlacionar os temas Educação, Biologia e Direito no tocante à acessibilidade ao ensino superior e a própria interdisciplinariedade, é imprescindível destacar a figura do discente. As discussões acerca do preparo dos professores para essa nova modalidade de estudo vêm crescendo ao longo dos anos e ganhando destaque em congressos e debates nacionais e internacionais. Todavia, é preciso verificar a figura do aluno como o objeto deste programa e seu maior beneficiado.

O objeto da pesquisa é o universitário na modalidade ensino à distância, por ser uma fase da vida do indivíduo onde sonhos e dúvidas entram em conflitos em muitos casos. Questões envolvendo a futura profissão, dedicação aos estudos, acesso às informações que serão abordadas são constantes no mundo universitário.

Através de uma pesquisa normativa e doutrinária, foi possível verificar as transformações ocorridas nos últimos anos no Brasil acerca da acessibilidade à educação superior e qualidade do conteúdo ofertado.

2. O atual ensino superior no Brasil

Em pleno século XXI, um dos grandes desafios na área educacional brasileira está no acesso às universidades, sejam públicas ou privadas. Desde o advento do programa de ensino à distância – PAED (Brasil, 2004) nos cursos de graduação, houve um aumento significativo nas adesões à nova modalidade, fazendo com que aqueles residentes em locais mais longínquos ou que não dispunham de tempo para o comparecimento presencial, pudessem se beneficiar do conhecimento do ensino superior.

Lucena *et al* (2012) citam que a educação não está alheia às transformações que se processam na produção capitalista, ajustando-se às exigências demandadas aos novos modelos e propostas pedagógicas que acompanham a evolução tecnológica. Com isso, há alterações nos processos e politicas públicas educacionais e a constante necessidade da busca pela efetividade.

O biodireito surge neste momento, quando é falado sobre a inclusão, acesso e oportunização ao estudo qualificado. Importante destacar que muito se correlaciona a temática biodireito a assuntos pertinentes à medicina ou outras áreas de saúde. Não é apenas isso. O Direito, como ciência social, possui a necessidade de acompanhar toda a evolução da sociedade, tanto tecnológica como comportamental, de forma a abarcar o maior número de áreas possíveis. O biodireito nasce com o objetivo de cuidar dos novos ramos advindos desta evolução.

O conceito de meio ambiente, trazido pela Politica Nacional de Meio Ambiente (Brasil, 1981), engloba o conjunto de condições, leis, influencias e interações de origem física, química e biológica, permitindo, abrigando e regendo

a vida em todas as suas formas. Segundo Leite e Pilati (2011), trata-se de um conceito amplo que inclui o ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho, protegendo a vida humana por se tratar de um dos elementos da natureza.

Portanto, dentre as temáticas abordadas pelo Biodireito está o meio ambiente. Não há que se restringir apenas ao meio ambiente natural, cuja tutela constitucional é mais discutida. O objeto engloba o meio ambiente do trabalho, cultural, envolvendo a dignidade da pessoa humana, isonomia, princípios abarcados pela própria Constituição da República.

A correlação entre as ciências da Educação e do Biodireito acerca das políticas que envolvem a modalidade educação à distância, visando a formação superior do indivíduo, é necessária de forma a garantir uma qualidade superior no ensino universitário e o maior acesso pelos interessados.

3. Politicas públicas de ensino

Com a evolução tecnológica e a possibilidade de realização de cursos de ensino superior na modalidade à distância, muitos que nunca imaginaram ter um diploma passaram a ter a esperança de consegui-lo. Segundo dados do EAD (2016), graças às políticas de incentivo feitas pelo Governo Federal, houve um aumento significativo nas matriculas de cursos superiores, ultrapassando um milhão no ano de 2013, conforme o Censo da Educação Superior.

Mediante tais dados, é imprescindível abordar de forma breve as políticas públicas brasileiras inerentes à educação superior. No Brasil do século XXI, aplica-se a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (1996), que prevê no seu artigo 80 a modalidade ensino à distância e a viabilidade de incentivos pelo poder público no seu desenvolvimento e veiculação de programas.

Apesar de devidamente regulamentado, há uma grande preocupação quanto à efetivação dos programas de incentivo e de cursos com qualidade equiparados aos presenciais. Com o advento efetivo dessas políticas públicas de incentivo, haverá uma maior adesão formal por parte dos universitários que buscam qualidade em seus cursos e não apenas a aquisição de diploma de nível superior, estando aptos a ingressar ou permanecer no mercado cada vez mais competitivo.

Percebe-se, portanto, que se trata de assuntos altamente interligados e que precisam ser analisados de forma conjunta para gerar não só informações pertinentes como necessárias a contribuir positivamente no desenvolvimento do setor educacional.

4. Ensino e Meio Ambiente

Na análise da doutrina acerca dos assuntos envolvidos, como também as legislações pertinentes aplicadas no Brasil e no Direito Comparado, verificou-se um confronto da evolução nacional perante o que ocorre nos principais países do mundo. Além disso, foi realizada uma análise de artigos científicos abordando a temática da Educação a distância (EaD), biodireito e meio ambiente cultural, com enfoque nas políticas públicas para efetivação da modalidade no ensino superior.

Dentre as temáticas abordadas pelo Biodireito está o meio ambiente. Não se limita apenas ao meio ambiente natural, cuja tutela constitucional é a mais discutida. Aqui, o objeto está no meio ambiente do trabalho, cultural, envolvendo a dignidade da pessoa humana, isonomia, princípios abarcados pela própria Constituição da República.

O conceito de meio ambiente, trazido pela Politica Nacional de Meio Ambiente (Brasil, 1981), engloba o conjunto de condições, leis, influencias e interações de origem física, química e biológica, permitindo, abrigando e regendo a vida em todas as suas formas. Segundo Leite e Pilati (2011), trata-se de um conceito amplo que inclui o ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho, protegendo a vida humana por se tratar de um dos elementos da natureza.

Tendo por base o conceito legal, verifica-se, portanto, que o patrimônio histórico-cultural está inserido no conceito de ambiente artificial. Pelo artigo 216 da Constituição da República (1988), constituem patrimônio histórico-cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, estando incluídos as formas de expressão; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais, dentre outros.

Para Fiorillo (2016), o bem que integra o meio ambiente cultural é aquele que traduz a história de um povo, sua formação, cultura, elementos que indicam a sua cidadania, sendo, portanto, princípio fundamental da República Federativa do Brasil. Esses bens que compõem o meio ambiente cultural são adquiridos através da educação, do conhecimento, sendo o resultado da evolução científico-intelectual de uma sociedade.

Silva (1994) atribui ao meio ambiente cultural uma valoração especial por diferir das obras anteriores realizadas pelos homens, tendo em vista que integra o patrimônio histórico e artístico.

Ressalta-se a evolução trazida por Fiorillo (2016) ao dispor sobre o meio ambiente digital como integrante do cultural. Através dele que se observa a manifestação cultural do século XXI, fortemente influenciada por diversos veículos reveladores de um novo processo civilizatório adaptado à sociedade de informação, como a internet por exemplo.

O Biodireito engloba o meio ambiente como um todo, seja no aspecto natural seja no cultural. A necessidade de uma ciência jurídica que acompanhe a evolução científica-tecnológica viabilizaram a sua criação.

Por possuir o meio ambiente uma natureza jurídica de metaindividualidade, fundamentada no princípio da igualdade e solidariedade, sendo imprescindíveis para o processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos (Min. Celso de Mello, 1995), tornam possível a correlação entre as ciências do Biodireito e a Educação.

Destaca Negreiros (2012) que através do biodireito o homem é livre para realizar pesquisas necessárias ao aprimoramento, sempre com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Para a autora, a relação entre os princípios basilares do biodireito incidem diretamente na conduta humana para o equilíbrio entre indivíduo, sociedade e meio ambiente.

5. Acessibilidade ao ensino superior

Segundo Real *et al* (2015), as políticas nacionais direcionadas a ampliação do ingresso à educação superior têm por base a busca da democratização, caracterizada pelo Estado Democrático de Direito previsto na Constituição da República de 1988.

Reconhecida como modalidade educacional pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (1996), a educação superior à distância vem como forma de acesso às universidades sendo as seguintes vantagens apresentadas: comodidade, flexibilidade de horários, economia de tempo e mensalidades mais baratas, além de ter o reconhecimento pelo Ministério da Educação (EAD, 2016).

Com a evolução tecnológica e a possibilidade de realização de cursos de ensino superior na modalidade à distância, muitos que nunca imaginaram ter um diploma passaram a ter a esperança de consegui-lo. Segundo dados do EAD (2016), graças às políticas de incentivo feitas pelo Governo Federal, há um aumento significativo nas matriculas de cursos superiores, ultrapassando um milhão no ano de 2013, conforme o Censo da Educação Superior.

Sendo uma forma de diversificação do ensino superior, Noronha (2014) destaca a existência de um principio de não diferenciação nas politicas sociais e educacionais atuais. Lucena *et al* (2012) aponta a necessidade de novos modelos e propostas pedagógicas capazes de acompanhar a evolução das tecnologias e formas de organização da produção, que implicam em transformações no processo educacional e nas politicas públicas inerentes.

A necessidade de reestruturação do processo produtivo no Brasil e no mundo é um dos grandes desafios contemporâneos. Com novas propostas e me-

todologias de ensino, apoio governamental e desenvolvimento das tecnologias digitais, a modalidade de educação à distância ganha força (Oliveira *et al*, 2002).

Questiona-se acerca da efetividade da modalidade de ensino à distância como forma de inclusão. A estruturação dos docentes e técnicos que atuam na formação ainda é frágil quando comparados aos de cursos presenciais. Medidas precisam ser tomadas no ensino em virtude de um novo perfil de profissionais serem demandados (Mill, 2012).

Charão e Santos (2016) sustentam a necessidade de institucionalização da modalidade ensino à distância, bem como da necessidade de elaboração de politicas públicas específicas, especialmente no ensino superior.

Para Piovesan (1996),

> *O valor da dignidade humana — ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do artigo 1º, III — impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988 esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.*

Segundo dados do Portal Brasil (2016), a Rede Nacional de Ensino e Pesquisa (RNP) desenvolveu uma ferramenta para educação à distância como forma de alternativa viável e menos onerosa de ter acesso ao ensino superior de qualidade. Trata-se de iniciativa visando o aumento do número de matrículas no ensino superior de jovens na faixa etária de 18 a 24 anos, contribuindo para alcançar a meta do Plano Nacional de Educação.

Aponta Alonso (2010) a democratização do acesso ao ensino superior como um tema recorrente acerca da expansão da EaD. Destaca também a problemática da formação em nível superior e a lógica que define as modalidades presenciais e não presenciais.

Aduz Alonso (2010) que há diferenças significativas entre alunos presenciais e não presenciais acerca da qualidade da aprendizagem. Segundo Preti (2009), alunos presenciais dispõem de organismos, instancias e normas que determinam o curso normal do programa enquanto que na modalidade de ensino a distancia são raras as instituições que o fazem, limitando-se a cursar apenas o proposto no currículo.

Para Preti (1996), o sistema em EAD deve ser visto como parte integrante do sistema regular de educação. Segundo o autor, diante das limitações e falhas

do sistema educacional vigente, o EAD deve ser compreendido como educação permanente e contínua, por buscar oferecer respostas a uma crescente demanda de parcela significativa de uma população com raízes históricas de exclusão de acesso ao sistema educacional tradicional, sendo a modalidade uma inovação capaz de gerar o acesso ao conhecimento, à cultura e à tecnologia.

6. Conclusão

É de suma importância ressaltar que, no Brasil, desde os anos 90, houve o início de uma fase de conscientização da sociedade com relação ao acesso ao ensino superior e a qualificação profissional. É, portanto, imprescindível destacar a figura do discente na correlação entre a educação e o biodireito. O aluno se apresenta como o objeto desta pesquisa, além de maior beneficiado e interessado.

Mediante a pesquisa realizada, é possível constatar que com o advento da modalidade ensino superior à distância – EAD -, foi possível atingir parcela da sociedade antes tida como segregada, seja pela distância dos grandes centros onde se localizam as instituições de ensino, seja pelos custos de um ensino presencial.

Uma vez oportunizado o acesso ao ensino superior, demonstrou-se a necessidade de um estudo interdisciplinar. O meio ambiente cultural, integrante do biodireito, vem como forma de valorizar e concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana. Retira-se o aspecto meramente filosófico e traz à realidade a valorização do ser humano como integrante de uma sociedade em desenvolvimento.

Referências bibliográfica

ALONSO, Katia Morosov, *A expansão do Ensino Superior no Brasil e a EaD: Dinâmicas e Lugares,* Campinas, 2010 [consult. 02 nov. 2016], disponível em: http://www.scielo.br/pdf/es/v31n113/14.pdf.

BRASIL, *Polí*tica Nacional do Meio Ambiente, *Lei no. 6.938/81* [consult. 02 nov. 2016], disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm.

BRASIL, *Lei de Diretrizes e bases da Educação. Lei no. 9.394/96*. [consult. 30 nov. 2016], disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm.

BRUSTOLIN, Leomar Antônio, *Bioética: cuidar da vida e do meio ambiente*, São Paulo, Paulos, 2010.

CHARÃO, Luciana; SANTOS, Adriana C. O, «A Educação a distancia no contexto das políticas educacionais para o ensino superior: ampliação e diversificação às custas da precarização do trabalho docente», in *X Seminário Nacional do HISTEDBR*, UNICAMP, 2016.

EAD, *Ensino à distância. A expansão do EAD (ensino a distância) no Brasil* [consult. 02 nov. 2016], disponível em: http://www.ead.com.br/ead/expansao--ead-brasil.html.

EAD, *Ensino à distância. Conheça as vantagens do Ensino a Distância* [consult. 01 nov. 2016], disponível em: http://www.ead.com.br/vantagens-do-ensino-a-distancia/.

FIORILLO, Celso Antonio P, *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, 16.ª Ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2016.

LEITE, José Rubens M. (coord.), PILATI, Luciana e DANTAS, Marcelo B, *Direito Ambiental Simplificado*, São Paulo, Ed. Saraiva, 2011.

LUCENA, Carlos *et al*., *Trabalho e Educação no século XXI: experiências internacionais*, São Paulo, Ed. Xamã, 2012.

MILL, Daniel *et al*., *Polidocência na Educação a Distância: múltiplos enfoques*, São Carlos, Ed. UFSCar, 2010.

NEGREIROS, Maria Gabriela D., *Bioética, biodireito e meio ambiente*, 2012 [consult. 25 nov. 2016], disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10399.

NORONHA, M. Olinda, «Abordagem histórica da relação trabalho e educação», *Mundialização do Trabalho, Transição Histórica e Reformismo Educacional*, José Claudinei Lombardi *et al* (org.), Campinas, Librum Editora, 2014.

OLIVEIRA, Dalila A. *et al*., *Transformações na Organização do Processo de Trabalho Docente e o Sofrimento do Professor*, Campinas, Ed. Papirus, 2002.

PIOVESAN, Flavia, *A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos,* Artigo com base na palestra ministrada no Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. 1996 [consult. 01 nov. 2016], disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm.

PORTAL BRASIL, *Rede de Ensino e Pesquisa desenvolve ferramenta para educação a distância. Ministério da Ciência Tecnologia, Informação e Comunicações* [consult. 01 nov. 2016], disponível em: http://www.brasil.gov.br/educa-

cao/2016/07/rede-de-ensino-e-pesquisa-desenvolve-ferramenta-para-educacao-a-distancia.

PRETI, Oreste, *Educação a distância: fundamentos e políticas*, Cuiabá, UFMT, 2009.

PRETI, Oreste, *EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA: uma prática educativa mediadora e mediatizada*. 1996 [consult. 29 nov. 2016], disponível em: http://uab.ufmt.br/uploads/pcientifica/ead_pratica_educativa.pdf.

REAL, Giselle C. M. *et al*., «Políticas e Ações de Acesso e Permanência na Educação Superior: o caso da Universidade Federal da Grande Dourados», *Revista da Faculdade de Educação*, vol. 24, UFMT, 2015 [consult. 30 nov. 2016], disponível em: http://www2.unemat.br/revistafaed/content/vol/vol_24/artigo_24/15_35.pdf.

SILVA, José Afonso, *Direito Constitucional Ambiental*, São Paulo, Ed. Malheiros, 1994.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Mandado de Segurança no. 22.164-0*. Relator Ministro Celso de Mello. 1995 [consult. 02 nov. 2016], disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691.

A EDUCAÇÃO EM SEXUALIDADE ABRANGENTE COMO CAMINHO PARA A PROMOÇÃO DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS NO SÉCULO XXI

Mariana SCHAFHAUSER BOÇON[1]

1. Introdução

A adolescência é um período marcado por fortes mudanças físicas, psicológicas e sociais, é uma fase em que os mais diversos sentimentos afloram e importantes demandas surgem, principalmente no que toca à sexualidade[2].

Atualmente, o acesso à informação tem sido cada vez mais abrangente, de forma que com um simples acesso a sítios na internet, crianças, jovens e adultos podem obter os mais diversos conteúdos. Todavia, esse aumento na disponibilização da informação não necessariamente gera pessoas mais informadas, uma vez que a forma como os dados disponíveis serão interpretados, bem como a utilidade prática que os indivíduos lhes darão, depende consideravelmente da base educativa que os receptores têm para a respectiva interpretação.

Dessa forma, apesar do crescente acesso à informação no que toca ao exercício da sexualidade, aos meios de contracepção e de proteção contra doenças sexualmente transmissíveis, continuamos a ter jovens com comportamentos

[1] Aluna do 2.º ano do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade do Minho.

[2] VITALLE, Maria Sylvia de Souza; MORAES, Silvia Piedade de , «Direitos Sexuais e reprodutivos na adolescência», *Revista da Associação Médica Brasileira,* Vol. 58, n.º 1, 2012, p. 48-52.

sexuais de alto risco, meninas grávidas precocemente e pessoas ainda mal informadas e preconceituosas quanto a doenças como a SIDA[3].

Esse problema começa em casa, onde, apesar de uma mudança crescente no sentido de maior disponibilidade para tratar do tema da sexualidade, este ainda continua a ser um tabu em muitos convívios familiares. Da casa estende-se às escolas que, embora desenvolvam o tema com seus alunos, muitas das vezes o reduzem a um viés meramente biológico do sexo, que não deixa de ser elemento essencial no aprendizado do tema, mas é apenas uma parte, sendo necessário adentrar nos aspectos afetivos e culturais que estão por trás do exercício da sexualidade por cada um de nós[4].

Os jovens, assim, acabam muitas vezes aprendendo por conta própria, indo atrás de informações na internet ou buscando auxílio em conversa com colegas para resolver os dilemas que enfrentam na descoberta de que a sexualidade e a reprodução são aspectos interligados, mas que aquela pode ser exercida de forma saudável independente desta.

Dessa forma, é essencial que jovens meninas e meninos tenham acesso a uma educação que trate a sexualidade na sua forma mais ampla, abarcando todas as suas variáveis biológicas, psicológicas e sociais, de modo a atender a todos os adolescentes cada um à sua medida e nos termos das suas demandas, que variam conforme o seu género, a sua classe, a sua história e seus valores.

Nesse sentido, os adolescentes precisam conhecer os seus direitos sexuais e reprodutivos a fim de que possam exercê-los com plenitude e autonomia desde o início da sua vida sexual e afetiva, e assim continuarem no seu futuro como cidadãos de um mundo cada vez mais globalizado e interativo.

Nosso estudo, dessa forma, busca analisar brevemente na origem da proteção dos direitos reprodutivos e sexuais o enfoque dado à educação em sexualidade e os elementos da sua promoção na realidade de jovens meninas e meninos. Posteriormente analisamos a edição revisada do *International technical guidance on sexuality education – An evidence-informed approach*, publicada pela UNESCO em 2018, a fim de, assim, verificar em que medida uma educação que aborde esses direitos de forma abrangente e multidisciplinar pode ser vista como

---

[3] RAMIRO, Lúcia [et.al], «Educação sexual, conhecimentos, crenças, atitudes e comportamentos nos adolescentes», *Revista Portuguesa de Saúde Pública*. [Em linha]. Vol. 29, n.º 1, 2011, p. 11-21. [consult. 10 abril 2018], disponível em: http://www.elsevier.pt/pt/revistas/revista-portuguesa-saude-publica-323/pdf/S0870902511700037/S300/.

[4] MATOS, Margarida Gaspar de, [et. al], *A saúde dos adolescentes portugueses: hoje e em 8 anos: relatório preliminar do estudo HBSC,* [Em linha], Lisboa, Faculdade de Motricidade Humana. UTL, 2006, [consult. 10 abril 2018], disponível em: http://www.fmh.utl.pt/aventurasocial/pdf/Relatorio_nacional_2006.pdf.

elemento essencial para que o mundo tenha cada vez mais jovens adultos autónomos, responsáveis e respeitosos no que toca à sexualidade.

2. Os direitos reprodutivos e os direitos sexuais – a perspectiva de uma educação em sexualidade

Inicialmente, o entendimento dos direitos reprodutivos esteve ligado à ideia de um direito ao planejamento familiar, tendo em vista o desenvolvimento das teorias malthusianas e neomalthusianas que difundiam a necessidade de um controle da natalidade através de mecanismos de redução ou até mesmo de interrupção da fertilidade impostos sobre as mulheres.

Todavia, tais direitos envolvem, para além de um direito a um planejamento familiar consciente, o direito à vida e à autonomia corporal, tendo o termo "direitos reprodutivos" ficado consagrado pela primeira vez no parágrafo 7.3 do Programa de Ação do Cairo[5], em 1994, como o direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o seu planejamento familiar, bem como o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução, podendo tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência[6].

Nesse sentido, o Plano de Ação do Cairo chama atenção à necessidade de implementação de medidas que sejam orientadas pela definição global de saúde reprodutiva, a qual também inclui a saúde sexual, sendo esta entendida no sentido do direito de exercer a sexualidade livre de discriminações, coerções e violências, intensificando-se as relações vitais e pessoais para além de um simples aconselhamento e assistência relativos à reprodução e às doenças sexualmente transmissíveis (a seguir DST)[7].

Como parte das medidas a serem colocadas em prática para uma maior promoção dos direitos reprodutivos e direitos sexuais, o referido Plano de Ação destaca a necessidade de capacitar os adolescentes para que possam tratar a sua sexualidade de maneira positiva e responsável, uma vez que dentre os fatores que dificultam a garantia de melhor saúde reprodutiva dentre os indivíduos estão

---

[5] Cf. Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento - Plataforma de Cairo – texto disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf [consult. 17 jan. 2017].

[6] ALVES, Fernando de Brito; PEGORER, Mayara Alice Souza, «Direitos da mulher: alguns aspectos polêmicos quanto à afirmação da igualdade e à efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos», *Revista Crítica do Direito*, Vol. 53, n.º 3, 2003.

[7] Cf. Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher - Pequim, 1995 - texto disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf [consult. 17 jan. 2017].

os níveis inadequados de conhecimento da sexualidade humana e informação e serviços de pouca qualidade neste tema, sendo os adolescentes bastante vulneráveis a estas variáveis, fazendo com que ainda persistam comportamentos sexuais de alto risco e práticas sociais discriminatórias no que toca ao exercício da sexualidade[8].

Deste modo, o Plano de ação do Cairo lançou como objetivo na área dos direitos reprodutivos e saúde reprodutiva o de assegurar que informação concreta e completa referente à saúde sexual e ao planejamento familiar sejam acessíveis, aceitáveis e convenientes a todos, de forma a se atender às diferentes necessidades sexuais e reprodutivas de cada um conforme a sua faixa etária e a diversidade de circunstâncias em que cada um está inserido[9].

Cada país, deve então usar os seus esforços para estabelecer com pleno acesso um sistema de assistência à saúde reprodutiva que promova informação e comunicação sobre os aspectos da sexualidade humana e sobre a atividade reprodutiva, garantindo educação sobre doenças sexualmente transmissíveis e sobre os métodos contraceptivos, bem como o aconselhamento sobre tratamentos das doenças do aparelho reprodutivo e sobre as responsabilidades parentais.

Nesse aspecto da educação em direitos sexuais e reprodutivos, entendeu-se que deve-se dispensar apoio à educação sexual integral e a serviços para pessoas jovens, aliado e apoiado pela orientação de sua família e em conformidade com a Convenção sobre os Direitos da Criança. Assim, nos termos do Plano, os governos devem, a partir da compreensão dos comportamentos sexuais, basear a sua política nacional no entendimento de uma sexualidade humana responsável, a qual invariavelmente deve ser apoiada por programas educacionais.

Afinal, as necessidades específicas dos adolescentes no que se refere à saúde reprodutiva têm sido em geral ignoradas pelos atuais serviços de saúde reprodutiva, que acabam por tratar as questões nessa área temática de forma sistematizada e genérica, sem se atentar a questões determinantes da realidade dos jovens, nomeadamente os fatores psicológicos e afetivos que estão por trás das suas escolhas no exercício da sua sexualidade[10].

Dessa forma, nos termos do Plano de Ação do Cairo, as informações prestadas aos adolescentes em saúde reprodutiva devem ter conteúdo e ser feitas

---

[8] VITALLE; MORAES, *Direitos Sexuais e reprodutivos na adolescência*, o*p.cit.,* p. 49.

[9] Cf. Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento - Plataforma de Cairo. *op. cit*., ponto 7.5.

[10] MOREIRA, Maria de Fátima Salum; TORRES, Taluana Laiz Martins; BEZERRA, Maytê Gouvêa Coleto, «Direitos e Autonomia Reprodutiva na Educação em Sexualidade para a Juventude: uma análise das ações do Ensino Superior e ONGs», *ORG & DEMO*, [Em linha], V. 17, n.º 1, 2016, p. 101-120 [consult. 02 abr. 2018], disponível em: http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/orgdemo/article/view/6115.

de forma que os auxilie a atingir um nível de maturidade necessária para tomada de decisões responsáveis no seu exercício da sexualidade. O Plano enfatiza que os serviços devem ser acessíveis particularmente às adolescentes do sexo feminino, para ajudá-las a compreender sua sexualidade e protegê-las de uma gravidez precoce[11], DST e dos riscos daí advindos, bem como promover a educação dos jovens meninos no sentido de respeitar a autodeterminação das mulheres e de entender a responsabilidade compartilhada em matéria de sexualidade e de reprodução[12].

Para tanto, o Plano de Ação estabelece como estratégia de ação, o reconhecimento dos direitos, deveres e responsabilidade de pais e de outras pessoas legalmente responsáveis pelos adolescentes para prover orientação, educação e aconselhamento sobre sexo e reprodução de modo atento às capacidades específicas de cada adolescente, respeitando os seus valores culturais e crenças.

Ademais, caberia aos Estados, quando necessário, remover os obstáculos legais que dificultem a atuação das instituições, a fim de não restringirem o acesso de adolescentes a serviços apropriados e à informação de que necessitem, principalmente no que toca à contracepção e doenças, bem como deveriam criar programas que incluam mecanismos de apoio à educação e à orientação dos adolescentes nas áreas de relações e de igualdade entre os sexos, de violência, comportamento sexual e planejamento familiar responsáveis[13].

3. International technical guidance on sexuality education – An evidence-informed approach e a importância da promoção de uma educação em sexualidade abrangente

Dentre as propostas de programa de apoio à educação em sexualidade, em 2009, a United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (a seguir UNESCO), organização cuja principal prioridade é a educação, posto que direito humano básico sobre o qual se pode construir a paz e impulsionar o desenvolvimento sustentável, lançou pela primeira vez, em dois volumes, o *International technical guidance on sexuality education*, sendo que o primeiro volume trazia as razões em favor da educação em sexualidade e o segundo os

---

[11] RIOS, Roger Raupp, «Para um direito democrático da sexualidade», *Revista Horizontes Antropológicos*, [Em linha], Ano 12, n.º 26, 2006, p. 71-100 [consult. 20 mar. 2018], disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832006000200004.

[12] Cf. Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento - Plataforma de Cairo. *op. cit*., ponto 7.41.

[13] RIOS, *Para um direito democrático da sexualidade, op. cit*., p. 80.

tópicos e objetivos de aprendizagem para a educação em sexualidade baseada em evidências para escolas, professores e educadores em saúde[14].

Esta orientação foi revisada e a sua versão atual, denominada *International technical guidance on sexuality education – An evidence-informed approach* (aqui traduzido para Orientação técnica internacional sobre educação em sexualidade) foi publicada em 2018 também pela UNESCO[15].

A Orientação técnica internacional sobre educação em sexualidade revisada (a seguir Orientação técnica) desenvolveu-se baseada em evidências científicas recentes e nos avanços posteriores ao lançamento da primeira orientação, uma vez que se pode constatar que apesar de mudanças, muitos jovens ainda transitam da infância para a vida adulta de forma imprecisa, tendo seu desenvolvimento físico, social e emocional afetado por informações incompletas e carregadas de preconceitos.

Nesse sentido, a Orientação técnica lançada em 2018 visou delinear os componentes essenciais dos programas que foram eficazes na educação em sexualidade e, assim, de modo voluntário, reestabelecer parâmetros que permitam às autoridades de cada país elaborar currículos multidisciplinares que tenham um impacto positivo sobre os jovens, fazendo com que educadores, profissionais de desenvolvimento e da saúde, líderes de jovens e outros parceiros que atuem na educação dos jovens, a utilizem como recurso para impulsionar a realização do direito de crianças e jovens à educação sexual, à saúde, ao bem-estar de modo inclusivo e igualitário.

No entanto, desde a primeira Orientação técnica[16], apesar das convincentes provas dos benefícios proporcionados por uma educação em sexualidade, poucas crianças e jovens recebem de fato a devida preparação para suas vidas que os capacite a tomar decisões informadas, livres e responsáveis sobre sua sexualidade e relações pessoais.

Afinal, em muitas sociedades, ainda há comportamentos e crenças, leis e políticas públicas que desencorajam a discussão sobre a sexualidade e o comportamento sexual, de forma que normas sociais acabam por continuar a perpetuar

---

[14] Cf. UNESCO, *International technical guidance on sexuality education – An evidence-informed approach - An evidence-informed approach for schools, teachers and health educators,* França, UNESCO, 2009.

[15] Cf. UNESCO, *International technical guidance on sexuality education – An evidence-informed approach*, 2.ª Ed, França, UNESCO, 2018.

[16] "Since its publication, the Guidance has served as an evidence-informed educational resource that is globally applicable, easily adaptable to local contexts. It has also been used as a tool to advocate for CSE for all children, adolescents and youth – as an essential component of quality education - in line with their human rights." Cf. UNESCO, *International technical guidance on sexuality education – An evidence-informed approach, op. cit*., p. 13.

condições prejudiciais, como a desigualdade dentro de um relacionamento afetivo, no planejamento familiar e na educação moderna sobre o uso de contraceptivos.

No entanto, essa posição ainda conservadora por parte de muitos países tem mudado principalmente tendo em consideração que, devido às novas tecnologias de comunicação, as relações humanas são cada vez mais instantâneas, bem como os jovens encontram-se cada vez mais expostos a conteúdos de teor sexual através da internet e outros meios, de forma que torna-se cada vez mais essencial equipar as pessoas com conhecimento e habilidades para tomarem decisões conscientes sobre sua vida sexual.

Acresce ainda como fator impulsionador para novos e revisitados parâmetros dentro da educação em sexualidade, um representativo aumento no reconhecimento das perspectivas de género e do contexto social na promoção de saúde; o papel que a educação tem na redução da vulnerabilidade a maus resultados de saúde sexual, incluindo aqueles relacionados às doenças sexuais, gravidez precoce e indesejada e violência baseada no género.

Dessa forma, a Orientação técnica parte da ideia de uma denominada *Comprehensive Sexuality Education – CSE* (aqui traduzida como Educação em Sexualidade Abrangente)[17], a qual desempenha um papel central na preparação dos jovens para uma atuação segura e produtiva em um mundo onde a SIDA, as DST, a gravidez indesejada, atos de violência sexual e desigualdade de género ainda significam sérios riscos para o seu bem-estar.

Antes de definir a noção de uma educação em sexualidade abrangente, importa considerar o que se entende por sexualidade. Nesse sentido, a Orientação técnica estabelece que a sexualidade pode ser entendida como uma dimensão central do ser humano que inclui: a compreensão e relacionamento com o corpo humano; apego emocional e amor; sexo; identidade de género; orientação sexual; intimidade sexual; prazer e reprodução. A sexualidade é complexa e inclui as dimensões biológica, social, psicológica, espiritual, religiosa, políticas, legais, históricas, éticas e culturais.

A sexualidade encontra-se, portanto, presente ao longo da vida de todos, manifestando-se de diferentes formas consoante o contexto social em que se está inserido e interagindo com os aspectos físicos e emocionais de cada um. Dessa forma, a educação é uma ferramenta crucial para preparar crianças e jovens para

[17] "Comprehensive sexuality education (CSE) plays a central role in the preparation of young people for a safe, productive, fulfilling life in a world where HIV and AIDS, sexually transmitted infections (STIs), unintended pregnancies, gender-based violence (GBV) and gender inequality still pose serious risks to their well-being." Cf. UNESCO, *International technical guidance on sexuality education – An evidence-informed approach, op. cit*., p. 12.

terem relacionamentos responsáveis e sadios nas diversas fases de suas vidas, promovendo-lhes, assim, o bem-estar sexual[18].

A educação em sexualidade abrangente é elemento essencial para ajudar os jovens a refletirem a respeito das normas sociais que se encontram em vigor, os valores culturais e crenças que compõem a sua história, a fim de terem as ferramentas necessárias para analisar criticamente o que lhes é informado e assim tomarem as suas escolhas com sabedoria, autonomia e confiança.

Dessa forma, para uma educação em sexualidade abrangente ser eficaz, é necessário estabelecer em que temas ela terá de atuar, no caso, as principais questões que atingem os jovens no que toca ao exercício da sua sexualidade e a sua correspondente saúde sexual e reprodutiva.

Ora, a saúde sexual e reprodutiva engloba as dimensões física, emocional e social em relação à sexualidade, não sendo, portanto, apenas a ausência de doença, disfunção ou enfermidade. Dessa forma, a garantia de um bem-estar físico e mental no que toca ao exercício da sexualidade começa com os aprendizados desde a infância, quando se começam a firmar ideais, passando pela adolescência, período de grandes mudanças emocionais e sociais em que se fortalecem as relações com outros indivíduos[19].

Nesse sentido, há vários fatores que, estando diretamente ligados à vivência da sexualidade, influenciam os jovens na sua compreensão sobre a saúde sexual e reprodutiva, principalmente quando eles têm por base uma relevante perspectiva de género. Dentre estes fatores, a Orientação técnica destaca:

- A visão da puberdade: a transição da infância para a idade adulta é marcada por grandes mudanças, no entanto, para os meninos, a puberdade é muito mais explicitamente ligada a sentimentos sexuais em um viés positivo, enquanto que para as meninas este momento geralmente marca início de mensagens conflitantes sobre sexualidade, virgindade, fertilidade e feminilidade;

- Gravidez precoce e indesejada: com as respectivas variações entre as regiões do mundo, ainda muitas adolescentes entre as idades de 15 e 19 têm o seu primeiro filho, o que corresponde a uma significativa causa de abandono escolar e a futuras limitações à obtenção de emprego no futuro;

- Acesso à contracepção moderna: homens e mulheres são responsáveis pelo uso de contraceptivos, no entanto, na maior parte das vezes, a responsabilidade recai sobre as mulheres;

---

[18] VITALLE; MORAES, «Direitos Sexuais e reprodutivos na adolescência», *op.cit.*, p. 49.

[19] CORRÊA, Sonia, «Saúde Reprodutiva: Gênero e Sexualidade: legitimação e novas interrogações», in *Questões da Saúde Reprodutiva,* Karen Giffin e Sarah Costa (coord.), Rio de Janeiro, Editora Fiocruz, 1999, p. 39-49.

- Aborto inseguro[20]: globalmente, todos os anos, cerca de 3 milhões de meninas 15 a 19 anos são submetidas a abortos inseguros[21];

- Violência: violência física, psicológica e sexual, como os relacionamentos abusivos, mutilações genitais e casamentos forçados, práticas que afetam tanto meninas quanto meninos, no entanto, o número de meninas que já experimentaram algum tipo dessas formas de violência é superior. Ademais, é importante considerar a violência baseada na orientação sexual, identidade/expressão de género, também conhecida como violência homofóbica e transfóbica, é uma forma de violência baseada em género;

- HIV e SIDA: apesar de alguns progressos na prevenção de novas infecções por HIV em jovens de 15 a 24 anos, os números têm baixado de forma ainda muita lenta;

- Doenças sexualmente transmissíveis: ainda uma minoria de adolescentes tem acesso aos serviços adequados nesse setor.

Para além desses fatores tradicionalmente associados à vivência da sexualidade entre crianças e jovens, atualmente, com as novas tecnologias e novas formas de interação, outros aspectos passam a influenciar as primeiras experiências e as formas de entendimento que irão influenciar o bem-estar e saúde sexual desses indivíduos:

- Acesso à internet: imagens e informações relacionadas à atividade sexual estão amplamente disponíveis na Internet e muitas das vezes acabam por ser o primeiro ambiente de exposição à sexualidade ou educação em sexualidade para muitas crianças e jovens;

- *Cyberbullying*: inclui receber mensagens ou e-mails indesejados, ofensivos, sexualmente explícitos ou inadequados em redes sociais sites[22].

- *Sexting*: a troca privada de imagens sexuais próprias via telemóvel ou Internet tem sido visto como um novo comportamento de alto risco entre os jovens;

---

[20] "In some cases, because of stigma and discrimination or other factors, adolescent girls are also more likely than older women to self-induce an abortion or seek abortion services from untrained providers, and are generally less knowledgeable about their rights concerning abortion and post-abortion care." Cf. SEDGH, Gilda; SINGH, Susheela; HUSSAIN, Rubina, «Intended and unintended pregnancies worldwide in 2012 and recent trends», *Studies in Family Planning* [Em linha], Vol. 45, No. 3, 2014, p. 301-314. [consult. 12 abr. 2018], disponível em: https://www.guttmacher.org/sites/default/files/article_files/j.1728-4465.2014.00393.x.pdf.

[21] Cf. UNESCO, *International technical guidance on sexuality education – An evidence-informed approach*, *op. cit*., p. 23.

[22] "Experiencing cyber harassment can lead to affective disorders; studies show that higher levels of cyberbullying and victimization are related to higher levels of depressive affect, with victims reporting feelings of sadness, hopelessness and powerlessness." Cf. UNESCO, *International technical guidance on sexuality education – An evidence-informed approach*, *op. cit*., p. 24.

- Saúde mental/emocional deficiente: o crescente número de problemas de saúde mental que atingem os jovens e que são frequentemente associados a maiores taxas de abandono escolar, repetência escolar e baixo desempenho académico também acarretam problemas de saúde sexual associados ao aumento das taxas de sexo inseguro, doenças transmitidas e experiências sexuais precoces;

- Álcool, tabaco e drogas: o uso de álcool e substâncias pode impactar negativamente a saúde sexual atual e futura, bem como outras dimensões do bem-estar dos jovens.

Acresce ainda o fato de que as necessidades dos jovens não são homogéneas, para além de variarem conforme o sexo, orientação sexual, classe social, etnia e região geográfica, há crianças e jovens com demandas específicas que determinam uma educação em sexualidade que vise atendê-las, nomeadamente:

- Jovens que vivem com HIV: os programas de educação têm um forte foco na prevenção do HIV, mas muitas vezes falham em atender às necessidades daqueles que diariamente tem que conviver com o vírus;

- Jovens em situação de extrema pobreza: esses jovens acabam por ter menos acesso aos métodos contraceptivos e apresentam altas taxas de gravidez precoce;

- Jovens com deficiências: historicamente, eles têm sido frequentemente percebidos como assexuais ou desinibidos sexualmente, de forma que a educação sexual costuma ser considerada desnecessária, ou até mesmo prejudicial sob o fundamento de incentivar o exercício da sexualidade;

- Lésbicas, gays, bissexuais, transgéneros e intersex: existem severas restrições e penalidades impostas aos jovens LGBTI em muitos países ao redor do mundo;

- Crianças e jovens afetados por crises humanitárias: um total de 28,5 milhões de crianças em idade escolar que estão vivendo em países afetados por conflitos ou em situações de crise humanitária não tem acesso à educação.

Diante dos mais diversos fatores que influenciam a experiência da sexualidade e a saúde sexual e reprodutiva das crianças e jovens, é necessária uma educação em sexualidade abrangente, isto é, um processo de ensino e aprendizagem sobre os aspectos cognitivos, emocionais, físicos e sociais da sexualidade que se destina a equipar as crianças e jovens com conhecimentos, habilidades, atitudes e valores que os capacitarão a: realizar sua saúde, bem-estar e dignidade; desenvolver relações sociais e sexuais respeitosas; considerar como suas escolhas afetam seu próprio bem-estar e o dos outros; e, compreender e garantir a proteção de seus direitos.

Na sua forma de se estabelecer, a Orientação técnica define que a educação em sexualidade abrangente pode ser fornecida em meios formais e in-

formais, todavia, visando sempre abordar a relação entre sexualidade, género e poder, bem como as suas dimensões política e social, tendo por base as seguintes características:

- Cientificamente precisa: o conteúdo da educação em sexualidade abrangente é baseado em fatos e evidências científicas relacionadas à saúde sexual e reprodutiva, sexualidade e comportamentos;

- Incremental: a educação em sexualidade abrangenteé um processo educacional contínuo que começa cedo, e onde novas informações se baseiam na aprendizagem anterior, usando uma abordagem de currículo em espiral;

- Idade e desenvolvimento apropriado: o conteúdo deste tipo de educação é sensível às mudanças nas necessidades e capacidades da criança e do jovem à medida que crescem;

- Baseado no currículo: a educação em sexualidade abrangente está incluída em um currículo escrito que orienta os esforços dos educadores para apoiar o aprendizado dos alunos;

- Abrangente: este tipo de educação em sexualidade oferece oportunidades para adquirir informações de modo abrangente, preciso, informado e apropriado sobre sexualidade, como em temas que dizem respeito à anatomia e fisiologia reprodutiva; puberdade e menstruação, reprodução, contracepção moderna, gravidez e parto; e DST, incluindo HIV e SIDA[23]. Bem como a ideia do abrangente também se refere à amplitude e profundidade dos tópicos e ao conteúdo que é consistentemente entregue aos alunos em toda a sua educação, ao invés de uma lição única ou intervenção;

- Baseado em uma abordagem de direitos humanos: a educação em sexualidade deve se basear numa compreensão dos direitos humanos universais - incluindo os direitos das crianças e jovens – e os direitos de todas as pessoas à saúde, educação, informação igualdade e não discriminação;

- Baseado na igualdade de género: deve ser uma educação que aborda como as normas de género podem influenciar a desigualdade, e como desigualdades podem afetar a saúde geral e o bem-estar das crianças e jovens, além de impactar os esforços para prevenir problemas como HIV, DST, gravidez precoce e não intencionais e violência baseada no género;

---

[23] "It supports learners' empowerment by improving their analytical, communication and other life skills for health and well-being in relation to: sexuality, human rights, a healthy and respectful family life and interpersonal relationships, personal and shared values, cultural and social norms, gender equality, non-discrimination, sexual behaviour, violence and gender-based violence (GBV), consent and bodily integrity, sexual abuse and harmful practices such as child, early and forced marriage (CEFM) and female genital mutilation/cutting (FGM/C)." Cf. UNESCO, *International technical guidance on sexuality education – An evidence-informed approach*, *op. cit*., p. 16.

- Culturalmente relevante e apropriado ao contexto: essa forma de educação apoia os seus aprendizes a examinar, compreender e desafiar as formas como as estruturas, normas e comportamentos culturais afetam as escolhas e relacionamentos dentro de uma configuração específica;

- Transformadora: deve contribuir para a formação de uma justa e compassiva sociedade, capacitando indivíduos comunidades, promovendo habilidades de pensamento crítico e fortalecimento da cidadania dos jovens;

- Capaz de desenvolver habilidades para a vida necessárias para apoiar escolhas: isso inclui a capacidade de refletir e fazer decisões, comunicar e negociar de forma eficaz e demonstrar assertividade.

Assim, tendo em vista as várias fontes de informação a qual crianças e jovens são submetidos, é necessária uma abordagem equilibrada e que englobe aspectos sociais, políticos, culturais, emocionais e afetivos, a fim de efetivamente envolver os jovens no processo de aprendizagem consoante às necessidades específicas de cada um.

Essa abordagem equilibrada deve compreender os conteúdos sobre reprodução, comportamentos e doenças sexuais, mas também trazer a abordagem da sexualidade no seu aspecto positivo no que se refere aos relacionamentos amorosos baseados em respeito e igualdade. Nisso se inclui tratar dos aspectos mais amplos de relacionamentos, como as desigualdades de género e poder, os fatores socioeconômicos que interferem, questões étnicas, status de HIV, deficiência e orientação sexual[24].

Nesse sentido, a Orientação técnica destaca a importância de abordar a sexualidade incluindo-se aspectos que possam ser de sensível discussão em certas comunidades através da utilização de evidências científicas, bem como enfatizando o conteúdo dos direitos humanos e da igualdade de género. Afinal, omitir certos aspectos essenciais da vivência diária da sexualidade de meninas e meninos faz com que persistam as dificuldades em tratar os temas nas suas comunidades, bem como os estigmas e preconceitos.

Quanto a isso a Orientação técnica ressalva que mesmo quando se tem um currículo de educação em sexualidade que aborde esses temas mais controversos, muitas das vezes a forma como são tratados, de modo a minimizar ou até mesmo omitir certos assuntos com os quais os interlocutores se sentem desconfortáveis, faz com que o problema persista.

Assim, a falta de uma educação em sexualidade de qualidade, em que os temas são tratados em conformidade com a idade e capacidade de cada um, faz

[24] "In manysettings, CSE curricula omit or avoid key topics, and/or place too much emphasis on the 'mechanics' of reproduction without also focusing on responsible sexual behaviours and the importance of healthy and equitable relationships." Cf. UNESCO, *International technical guidance on sexuality education – An evidence-informed approach*, *op. cit*., p. 18.

com crianças e jovens continuem a ser vulneráveis a comportamentos sexuais prejudiciais, bem como à exploração sexual.

Portanto, a Orientação técnica se concentra em incentivar as crianças e jovens a pensar em maneiras de expressar seus sentimentos sexuais que estão de acordo com seus valores e suas necessidades e, a partir dessas informações, trabalhar no desenvolvimento de ferramentas-chave para aqueles jovens terem pleno conhecimento sobre o exercício saudável da sexualidade, sobre as consequências das suas relações sexuais, bem como sobre as formas de prevenção e tratamento de DST.

A educação em sexualidade, portanto, tem uma abordagem centrada no receptor, isto é nas crianças e jovens, de modo que, para além das informações que lhe são transmitidas pelos professores, pais e outros, os jovens devem ser autorizados a construir a sua própria interpretação dos fatos, mediante uma compreensão crítica que deve levar em conta as experiências pessoais de cada um.

Com este foco em mente, a Orientação técnica foi desenvolvida para auxiliar a educação em sexualidade a ser implementada tanto dentro quanto fora das escolas, mediante programas de educação e também produção de materiais, sendo relevante para funcionários do governo que atuarão com políticas públicas nesse âmbito, diretores de escola e professores, bem como organizações não-governamentais, jovens trabalhadores, pais, líderes e prestadores de serviços.

Nos termos da Orientação técnica, independentemente dos termos usados[25] nas políticas nacionais de educação em sexualidade abrangente é importante ter em consideração que o termo "abrangente" refere-se ao desenvolvimento de conhecimentos, habilidades e atitudes para uma sexualidade positiva e uma boa saúde sexual e reprodutiva, de modo que os elementos principais desse tipo de educação baseiam-se nos direitos humanos[26] e no reconhecimento da sexualidade como uma parte natural do desenvolvimento humano.

Nesse sentido, releva-se o papel que a escola tem para ser reconhecida como um ambiente em que, de forma efetiva e responsável, crianças e jovens desenvolvam seus aprendizados sobre a sexualidade. Afinal, a maioria dos jovens passa pela puberdade enquanto estão na escola, experimentando seus primeiros relacionamentos e tendo seus primeiros contatos com a sexualidade.

---

[25] "These include: prevention education, relationship and sexuality education, family-life education, HIV education, life-skills education, healthy life styles and basic life safety." Cf. UNESCO, *International technical guidance on sexuality education – An evidence-informed approach*, o*p. cit*., p. 12.

[26] These human rights conventions include the Universal Declaration on Human Rights; the Convention on the Rights of the Child; the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women; and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

Ademais, a escola é um ambiente de referência e apoio para que crianças e jovens possam expor as suas necessidades e angústias, bem como a instituição comumente atua como um centro capaz de vincular os alunos aos seus pais, as suas respectivas comunidades e a outros serviços, como os da área da saúde física e mental.

Dessa forma, o entendimento base fornecido pela Orientação técnica é de que o impacto e a garantia da qualidade de uma educação em sexualidade abrangente na escola depende tanto do processo de ensino, que inclui a capacidade dos professores, os métodos pedagógicos e materiais de ensino usados, como do ambiente escolar, no qual se inserem as regras e práticas escolares, bem como o convívio entre os alunos entre si e com os professores.

É, portanto, importante o papel das autoridades escolares em assumirem a liderança no apoio a uma educação em sexualidade, bem como com uma gestão escolar que entenda as necessidades dos jovens e crie o ambiente adequado à implementação adequada dos programas de educação em sexualidade. Atuando nesse sentido, tais autoridades colaboram para fortalecer a ideia de que a educação em sexualidade é, na verdade, uma questão de política institucional, e não apenas uma opção que algumas instituições têm e outras não.

Ademais, dentro da perspectiva de enfoque nos jovens, o papel dos alunos na escola é essencial, de modo que os grupos de estudantes e os seus líderes individuais devem ser encorajados a atuar ativamente nos programas de educação em sexualidade, contribuindo para o seu monitoramento e avaliação, através da demonstração das suas necessidades reais e atuais, bem como para levar as questões da educação em sexualidade para fora da escola, demonstrando para outros grupos a importância de um exercício sadio da sexualidade.

Todavia, para além da escola, há outros indivíduos que, fora desse ambiente escolar, são fonte de significativa contribuição para uma efetiva educação em sexualidade, dentre eles, a Orientação técnica destaca:

- Líderes comunitários: são importantes meios de colaboração para a aceitação e apoio aos programas de educação em sexualidade já implementados ou a serem estabelecidos. Através desses líderes, pode-se combater informações imprecisas e dissipar os velhos mitos e equívocos existentes em torno da ideia de uma educação em sexualidade;

- Organizações religiosas: elas têm significativa influência em várias comunidades, o que lhes permite falar a respeito de um fundamento teológico de respeito pela dignidade e inteireza humanas. Assim, apesar dos muitos tabus que algumas organizações religiosas ainda têm quanto ao tema da sexualidade, não se pode negar que a maioria das religiões promove a construção saudável de relacionamentos amorosos livres de coerção e abuso, e o que elas querem é que os seus jovens sejam saudáveis e felizes. Nesse sentido, um diálogo entre as

várias partes envolvidas no que toca ao exercício da sexualidade, pode ajudar a encontrar um equilíbrio entre o que a religião ensina, o que a ciência dá como provado e as necessidades dos jovens;

- Organizações não governamentais locais são vistas como recurso valioso para tanto para alunos quanto professores, pois podem trazer novas visões sobre a educação em sexualidade, nomeadamente quando trazem pessoas das mais variadas áreas do conhecimento para tratar da temática.

Para além dessas instituições, há fora do ambiente escolar um grupo de significativa responsabilidade e apoio no que toca à educação em sexualidade: os pais dos jovens.

Na construção da personalidade de cada um, os valores, costumes e crenças familiares são de grande influência. E por mais que muitas vezes a adolescência seja um período marcado por fortes contradições e quebras com esses valores, eles ainda permanecem sendo importante fonte de apoio para a compreensão que o jovem tem do mundo. Portanto, a cooperação e apoio dos pais, de modo que eles compreendam e se envolvam na educação em sexualidade, é fator essencial para garantir resultados concretos e a longo prazo na promoção dos direitos sexuais e reprodutivos dos jovens[27].

Acresce ainda que os meios de comunicação de massa, nomeadamente a internet, tem também cada vez mais impacto na concepção que as pessoas têm sobre a educação em sexualidade, principalmente quando se tem em conta que o foco muitas vezes é atrair audiência e não verdadeiramente promover a sexualidade de um modo sadio. Dessa forma, é crucial que os meios de comunicação tenham em atenção informações baseadas em evidências científicas e que busquem tratar o tema da sexualidade de forma responsável e atenta à faixa etária do público que atinge.

Por último, mas não menos importante, a Orientação técnica chama atenção para a importância dos provedores de saúde, que tendo conhecimento científico e por lidarem diariamente com questões relacionadas ao tema, podem atuar na melhor informação sobre as verdadeiras necessidades dos jovens, bem como podem compartilhar informações aprendidas após as suas atuações, de modo a promover o fortalecimento do vínculo entre uma educação em sexualidade abrangente e os serviços de saúde.

Assim, tanto dentro, quanto fora da escola, para uma educação em sexualidade abrangente ser efetiva, a Orientação técnica, fundamentada no entendimento de que o avanço em perspectivas de género e igualdade são fundamentais

---

[27] "Research has shown that one of the most effective ways to increase parent-to-child communication about sexuality is by providing students with homework assignments to discuss selected topics with parents or other trusted adults (UNESCO, 2009)." Cf. UNESCO, *International technical guidance on sexuality education – An evidence-informed approach*, *op. cit*., p. 88.

para a saúde e bem-estar sexual dos jovens, estabelece que a mesma deve ser baseada nos direitos humanos e enfatizar valores como inclusão, respeito, igualdade, empatia, responsabilidade e reciprocidade, de modo a criar um ambiente acolhedor que propicie às crianças e jovens aprenderem sem restrições dentro da sua forma de pensar e sentir e desenvolverem as habilidades necessárias a uma boa vivência dos variados aspectos que compõem a sexualidade.

Dessa forma, os objetivos dos principais tópicos e conceitos a serem trabalhados na aprendizagem em sexualidade devem ser equipar crianças e jovens com o conhecimento, atitudes e habilidades que os capacitarão a realizar sua saúde sexual com bem-estar e dignidade, bem como considerar o bem-estar dos outros que são afetados por suas escolhas, de modo a entender e agir de acordo seus direitos, sempre respeitando os direitos alheios.

Para tanto, uma educação em sexualidade abrangente deve fornecer informações cientificamente precisas e também sensíveis à perspectiva de género, como também culturalmente relevantes e transformadora sobre os aspectos cognitivos, emocionais, físicos e sociais da sexualidade, de modo a proporcionar aos jovens a oportunidade de explorar criticamente valores, atitudes e normas e direitos sociais e culturais que impactam as suas relações sexuais e sociais, promovendo, assim, a aquisição de habilidades para a vida.

Com esse objetivo em mente, a Orientação técnica define oito conceitos-chave que, sendo igualmente importantes, reforçam-se mutuamente, devendo ser ensinados sempre um em apoio ao outro, quais sejam:

1 – Relacionamentos

2 – Valores, direitos, cultura e sexualidade

3 – Entendendo o Género

4 – Violência e como permanecer seguro

5 – Competências para a saúde e o bem-estar

6 – O corpo humano e desenvolvimento

7 – Sexualidade e Comportamento Sexual

8 – Saúde Sexual e Reprodutiva

Dentro do conceito de uma aprendizagem em espiral, os referidos tópicos deverão ser repetidos várias vezes, em crescente complexidade, conforme o aprendizado anterior, sendo que os principais conceitos são delineados cada um com ideias-chave e, consoante cada faixa etária, com o que a Orientação técnica

define como objetivos: de conhecimento, comportamentais e os baseados em habilidades[28].

Nesse sentido, os objetivos de conhecimento serão os responsáveis por fornecer uma base crítica para os jovens, enquanto os comportamentais os ajudarão a moldar a compreensão que têm de si mesmos, sobre a sexualidade e o mundo, ao mesmo tempo em que os objetivos baseados em habilidades, como a comunicação, a escuta, a recusa, a tomada de decisão e negociação, a construção de autoconsciência, a empatia, o acesso a informações ou serviços confiáveis, permitirão que os jovens saibam melhor usar o conhecimento que têm para tomar uma atitude.

Com base nessa metodologia, a Orientação técnica estabelece para cada um dos oito conceitos-chave uma série de objetivos de aprendizagem consoante as seguintes faixas etárias: 5-8 anos, 9-12 anos, 12-15 anos e 15-18+ anos. Esses objetivos são deliberadamente destinados a ser ilustrativos e não prescritivos, sendo fundamentais para uma educação em sexualidade abrangente e consequentemente, para capacitar os jovens no exercício da sexualidade.

A Orientação técnica, defendendo que uma educação de qualidade tem papel fundamental na determinação da saúde e bem estar dos alunos, estabelece que seus elementos destinam-se, dentre vários aspectos, a fornecer uma sensibilização para as questões sexuais e reprodutivas relevantes que afetem crianças e jovens; a aumentar a capacidade institucional das escolas e outros estabelecimentos no fornecimento de uma educação de alta qualidade; a compartilhar evidências científicas para melhor formular as políticas públicas e os currículos, bem como fornecer orientações sobre como desenvolver materiais e programas de ensino consoante à idade e desenvolvimento dos interlocutores, de modo a também aumentar a conscientização sobre problemas que podem ter um viés sensível em alguns contextos culturais[29].

Todavia, a Orientação técnica não tem a pretensão de ser um currículo a ser obrigatoriamente seguido, nem também fornece as recomendações detalhadas consoante a realidade de cada país. Antes é uma estrutura baseada nas melhores práticas internacionais que, de modo voluntário, reconhece a diversidade dos diferentes contextos nacionais e a autoridade dos governos na determinação do conteúdo dos seus currículos educacionais e, assim, visa apoiar a

---

[28] "These three domains of learning featured in the illustrative learning objectives – knowledge, attitudinal and skillsbuilding – are not necessarily linear, but rather reflect an iterative and mutually reinforcing process, providing learners with multiple opportunities to learn, revisit and reinforce key ideas. […] A combination of all three domains of learning is critical to empowering young people and for effective CSE." Cf. UNESCO, *International technical guidance on sexuality education – An evidence-informed approach*, *op. cit*., p. 35.

[29] Como a menstruação, a igualdade de género, a infância precoce, o casamento forçado e a mutilação genital feminina.

criação e a adaptação de práticas adequadas ao contexto de cada sociedade, a fim de implementar e monitorar o fornecimento de uma educação em sexualidade de qualidade[30].

4. Conclusão

A promoção dos direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos[31] é relativamente recente no cenário do direito internacional, de forma que seu entendimento ainda padece de muitas discussões, nomeadamente tendo em conta ser um assunto muitas vezes polêmico e controverso para muitas culturas, bem como por ser um direito que está em contínuo avanço face às descobertas da ciência.

Como visto, foi apenas em 1994, na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, no Cairo, que o debate a respeito dos direitos reprodutivos e sexuais ganhou reconhecimento, dando ensejo à visão da sexualidade no seu viés positivo e não somente vinculado aos problemas de saúde sexual e às questões populacionais que até então sempre estiveram por detrás da noção dos direitos reprodutivos.

Nessa sequência, o Plano de Ação do Cairo, destacou como boa prática para uma maior promoção dos direitos reprodutivos e direitos sexuais, a capacitação dos adolescentes, com informação concreta e completa referente à saúde sexual e ao planejamento familiar, para que possam tratar a sua sexualidade de maneira positiva e responsável, devendo os Estados, inclusive, basear a sua política nacional na promoção de uma sexualidade humana responsável, a qual invariavelmente deve ser apoiada por programas educacionais.

Assim, o desenvolvimento de uma sexualidade humana responsável, em que os indivíduos entendam, em cada fase no decorrer das suas vidas, as suas demandas e saibam atuar de forma a vivenciar o prazer de modo sadio, com respeito aos seus direitos e aos dos outros, envolve necessariamente uma componente educacional, na qual a escola assume o principal papel, mas também é acompanhada por outros atores como os pais, os prestadores de serviços e líderes das comunidades que conjugam todas essas pessoas.

Nesse sentido, no decorrer dos últimos anos, têm-se avançado significativamente na discussão e consequente promoção de uma sexualidade responsável, todavia, ainda persistem muitos tabus, muitas desigualdades no tratamento

---

[30] "The Guidance was developed through a process designed to ensure quality, acceptability and ownership at the international level, with inputs from experts and practitioners from different regions around the world." Cf. UNESCO, *International technical guidance on sexuality education – An evidence-informed approach*, *op. cit*., p. 13.

[31] RIOS, «Para um direito democrático da sexualidade», *op.. cit*., p. 72.

de alguns dos temas relacionados à vivência sexual e à saúde reprodutiva, bem como a perpetuação de informações falaciosas que faz com que permaneçam preconceitos e atitudes intolerantes frente a determinadas formas de exercício da sexualidade.

Dessa forma, é essencial a componente educacional já delineada no Plano de Ação do Cairo, a fim de melhor comunicar e explicar sobre a sexualidade para que os receptores recebam tais informações com a devida análise crítica e saibam utilizá-las para um exercício autónomo da sexualidade que respeite os direitos humanos de todos os envolvidos[32].

Afinal, as necessidades específicas dos adolescentes no que se refere à saúde reprodutiva têm sido em geral ignoradas pelos atuais serviços de saúde reprodutiva, que acabam por tratar as questões nessa área temática de forma sistematizada e genérica, sem se atentar a questões determinantes da realidade dos jovens, nomeadamente os fatores psicológicos e afetivos que estão por trás das suas escolhas no exercício da sua sexualidade.

Na perspectiva de uma eficaz educação em sexualidade e consequentemente de uma igualitária proteção dos direitos sexuais e reprodutivos, partilhamos da metodologia, conceitos e objetivos de aprendizagem traçados pela *International technical guidance on sexuality education – An evidence-informed approach*, da UNESCO, a qual, baseada em evidências científicas recentes e nos avanços alcançados desde a primeira edição em 2009, visa, de modo voluntário, reestabelecer os parâmetros para a elaboração de uma educação em sexualidade abrangente.

Ora, como visto, a denominada educação em sexualidade abrangente é aquela que, tendo por base as demandas reais das crianças e jovens, promove uma educação que consoante as características sexuais, sociais, étnicas e econômicas de cada um, trata as dimensões física, emocional e social da sexualidade, bem como a relação entre esta e as noções de género e de poder, a fim de efetivamente envolver os jovens num processo de aprendizagem criativo.

Acresce ainda que, a educação em sexualidade abrangente, nos termos propostos na Orientação técnica, traz uma metodologia essencial à promoção do exercício sadio da sexualidade a longo prazo.

Afinal, ao se basear numa aprendizagem em espiral, em que os diferentes assuntos relacionados à sexualidade são abordados em crescente complexidade consoante à faixa etária dos alunos, bem como ao tratá-los nas vertentes do conhecimento, do comportamento e das habilidades, faz com que cada um possa lidar com autonomia e confiança com as demandas sexuais consoante elas sur-

[32] MOREIRA; TORRES; BEZERRA, «Direitos e Autonomia Reprodutiva na Educação em Sexualidade para a Juventude: uma análise das ações do Ensino Superior e ONGs», *op. cit.*.

jam nas suas vidas, bem como permite que o aprendizado se consolide ao longo dos anos.

Entendemos, portanto, que a educação em sexualidade abrangente pode ser um mecanismo essencial para promover uma educação em direitos sexuais e reprodutivos que, sendo baseada nos direitos humanos, seja capaz de enfatizar valores como inclusão, respeito, igualdade, empatia, responsabilidade e reciprocidade, de modo a facilitar um ambiente acolhedor em que crianças e jovens possam desenvolver com liberdade as suas formas de pensar e sentir a fim de terem as habilidades necessárias a uma boa vivência dos variados aspectos que compõem a sexualidade.

Entretanto, mesmo diante de uma proposta de currículo de educação em sexualidade abrangente, multidisciplinar, baseada em uma perspectiva de género e coerente com os direitos humanos como o apresentado pela Orientação técnica, não se pode negar os vários obstáculos que ainda se colocam à concretização adequada de uma educação em sexualidade, seja dentro ou fora do ambiente escolar.

Afinal, apesar dos avanços no que toca à abertura à educação em sexualidade, os desenvolvimentos das tecnologias em saúde sexual e reprodutiva e a divulgação crescente das mais variadas formas de se pensar a sexualidade, ainda permanecem ideias de que a educação em sexualidade incentiva o início precoce da atividade sexual; priva as crianças de sua "inocência", de modo que até pode ser útil para jovens, mas nunca para crianças; bem como é um tema de difícil tratamento por parte dos professores e pais, fazendo com que seja tratado apenas no seu viés biológico e físico, sem se atentar para questões de fundo emotivo que estão por trás.

Por outro lado, não obstante o maior acesso à informação, a perpetuação de certos tabus, faz com que os dados acabem por muitas vezes não serem interpretados de modo crítico. Ademais, o crescente contato com as diferentes formas de exercício da sexualidade, não gera diretamente uma compreensão correta do que elas representam, bem como, embora cada vez mais professores, pais e outros representantes estejam abertos à discutir sobre sexualidade, muitas vezes tais debates seguem carregados de preconceitos e crenças que acabam por perpetuar desigualdades de género e preconceitos.

Existem várias razões para uma resistência à uma educação em sexualidade abrangente, principalmente no ambiente escolar, todavia, é importante abordar essa resistência, entender seus argumentos e a partir disso demonstrar os parâmetros e conceitos que uma educação em sexualidade adequada traz a fim de combater tais crenças e assim poder cada vez mais incluir uma educação em sexualidade abrangente na agenda das políticas públicas, fazendo crescer a

sua institucionalização de modo a poder atender melhor às crianças e jovens nas suas demandas específicas quanto à saúde sexual e reprodutiva.

É evidente que, atualmente, a promoção de uma educação em sexualidade abrangente é um desafio que se coloca à garantia dos direitos reprodutivos e sexuais, afinal para que crianças, jovens e adultos possam exercer com autonomia e igualdade esses seus direitos, é primordial que eles tenham acesso às informações baseadas em evidências consolidadas, possam realizar de forma livre e também crítica a interpretação das mesmas para, assim, poderem desenvolver as habilidades necessárias ao exercício autónomo e responsável dos seus direitos sexuais e reprodutivos.

Nesse sentido, importa considerar a aplicação do currículo proposto pela Orientação técnica da UNESCO à nível internacional, a fim de que, de acordo com a realidade social, cultural, económica e religiosa de cada região, sejam definidos parâmetros de educação em sexualidade abrangente, sejam produzidos os materiais didáticos adequados, bem como sejam habilitados professores, pais, líderes religiosos e comunitários para a aplicação dos conceitos e objetivos de aprendizagem consoante o ambiente no qual atuarão para a educação em sexualidade.

Os desafios são muitos e tão abrangentes quanto os temas que envolvem a sexualidade, no entanto, com uma educação em sexualidade abrangente baseada nos direitos humanos e fundamentada na perspectiva de género e igualdade, cada avanço na educação livre, responsável e inclusiva dos jovens consoante as suas diversas especificidades passa a ser crucial na consolidação da garantia dos seus direitos sexuais e reprodutivos, bem como na promoção da sua saúde e bem-estar.

Bibliografia

ALVES, Fernando de Brito; PEGORER, Mayara Alice Souza, «Direitos da mulher: alguns aspectos polêmicos quanto à afirmação da igualdade e à efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos», *Revista Crítica do Direito*, Vol. 53, n.º 3, 2003.

ALVES, José Eustáquio Diniz, «População, desenvolvimento e sustentabilidade: perspectivas para a CIPD pós-2014», *Revista Brasileira de Estudos de População*, [Em linha], V. 31, n.º 1, 2014, pp. 219-230 [consult. 03 fev. 2018], disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rbepop/v31n1/13.pdf, ISSN 1980-5519.

AMAT, Andrea Francisco; ESTIVALIS, Maria Lozano, «Educating for sexual and reproductive health in na information society», *Procedia – Social and Behavioral Sciences,* [Em linha], Vol. 116, 2014, p. 3026-3029 [consult. 20

mar. 2018], disponível em: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1877042814007186.

CORRÊA, Sonia, «Saúde Reprodutiva: Gênero e Sexualidade: legitimação e novas interrogações», in *Questões da Saúde Reprodutiva,* Karen Giffin e Sarah Costa (org.), Rio de Janeiro, Editora Fiocruz, 1999, pp.39-49.

MATOS, Margarida Gaspar de, [et. al], *A saúde dos adolescentes portugueses: hoje e em 8 anos: relatório preliminar do estudo HBSC*, [Em linha], Lisboa, Faculdade de Motricidade Humana, UTL, 2006, [consult. 10 abr. 2018], disponível em: http://www.fmh.utl.pt/aventurasocial/pdf/Relatorio_nacional_2006.pdf.

MOREIRA, Maria de Fátima Salum; TORRES, Taluana Laiz Martins; BEZERRA, Maytê Gouvêa Coleto, «Direitos e Autonomia Reprodutiva na Educação em Sexualidade para a Juventude: uma análise das ações do Ensino Superior e ONGs», *ORG & DEMO,* [Em linha], V. 17, n.º 1, 2016, p. 101-120. [consult. 02 abr. 2018], disponível em: http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/orgdemo/article/view/6115.

RAMIRO, Lúcia [et.al], «Educação sexual, conhecimentos, crenças, atitudes e comportamentos nos adolescentes», *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, [Em linha], Vol. 29, n.º 1, 2011, pp. 11-21. [consult. 10 abr. 2018], disponível em: http://www.elsevier.pt/pt/revistas/revista-portuguesa-saude-publica323/pdf/S0870902511700037/S300/. ISSN: 0870-9025.

RIOS, Roger Raupp, «Para um direito democrático da sexualidade», *Revista Horizontes Antropológicos,* [Em linha], Ano 12, n.º 26, 2006, pp.71-100 [consult. 20 mar. 2018], disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832006000200004. ISSN 1806-9983.

UNESCO, *International technical guidance on sexuality education – An evidence-informed approach - An evidence-informed approach for schools, teachers and health educators***,** França, UNESCO, 2009.

UNESCO, *International technical guidance on sexuality education – An evidence-informed approach,* 2.ª Ed, França, UNESCO, 2018.

VITALLE, Maria Sylvia de Souza; MORAES, Silvia Piedade de, «Direitos Sexuais e reprodutivos na adolescência», *Revista da Associação Médica Brasileira*, Vol. 58, n.º 1, São Paulo, 2012, p.48-52.

WICHTERICH, Christa, «Direitos Sexuais e Reprodutivos», *Livreto Heinrich Böll Foundation*, 2015, [consult. 22 mar. 2018], disponível em: https://br.boell.org/sites/default/files/boll_direitos_sexuais_reprodutivos_1.pdf.

O PAPEL DO DIREITO DA PUBLICIDADE NA PROMOÇÃO DA IGUALDADE DE GÉNERO

Ana Clara AZEVEDO DE AMORIM[1]

1. Enquadramento

A publicidade assume um papel determinante no processo de comercialização, como instrumento da diferenciação dos profissionais e da própria dimensão simbólica do consumo, deixando de relevar apenas como mecanismo de escoamento da produção. Mas assume igualmente um papel determinante na construção das ideologias, tendências e expectativas dominantes em cada época histórica, especialmente quando abandona o recurso a argumentos de natureza técnica e funcional, relativos às características demonstráveis e aos benefícios decorrentes da utilização dos produtos, passando a convocar sobretudo a componente emocional da decisão de transação.

Em 22 de junho de 2017, preocupada com o impacto cultural da publicidade, Phumzile Mlambo-Ngcuka, subsecretária geral da ONU e diretora executiva da ONU Mulheres, criou com um conjunto significativo de anunciantes a "Unstereotype Alliance", iniciativa mundial destinada a erradicar os estereótipos de género frequentemente veiculados pelas campanhas. Num contexto económico, social e tecnológico em constante mutação, importa ponderar como pode o direito da publicidade contribuir para a promoção da igualdade de género, sobretudo face à crescente globalização dos mercados.

Ora, o regime jurídico da publicidade funda-se axiologicamente na proteção dos consumidores consagrada no artigo 60.º da Constituição da República

[1] Universidade Portucalense.

Portuguesa (doravante CRP), que abrange o direito à informação e a garantia dos interesses económicos (n.º 1), proibindo a "publicidade oculta, indireta ou dolosa" (n.º 2). Na medida em que a tutela dos anunciantes assenta na liberdade de expressão e informação (artigo 37.º da CRP) e na iniciativa económica privada (artigo 61.º da CRP), a regulação da comunicação comercial – em especial, as restrições ao conteúdo das mensagens – deve, de acordo com o princípio da proporcionalidade, "limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos" (artigo 18.º n.º 2 da CRP). Ao nível legislativo, resulta hoje sobretudo do Código da Publicidade (doravante CPub) e do regime jurídico das práticas comerciais desleais, aprovado pelo DL n.º 57/2008, de 26 de março (doravante DL PCD), na sequência da transposição da Diretiva 2005/29/CE.

Depois de delimitado o conceito legal de publicidade, serão abordadas as principais questões suscitadas pela transição para a dimensão emocional e simbólica da comunicação comercial, bem como o princípio da licitude enquanto garantia de valores constitucionais e os mecanismos sancionatórios da publicidade sexista.

2. Conceito legal de publicidade

Influenciado pela orientação comunitária consagrada na Diretiva 84/450/CEE, o ordenamento jurídico nacional adotou uma noção ampla de publicidade, que é independente do "suporte utilizado para a sua difusão" (artigo 1.º do CPub) e coincide com "qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objetivo direto ou indireto de promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços" e de "promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições" (artigo 3.º n.º 1 do CPub). Esta definição viria a ser reiterada pelo artigo 1.º n.º 4 alínea a) da Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro, que regula a publicidade por via postal, distribuição direta, telefone e telecópia. Acresce que "a publicidade e a promoção comercial" cabem expressamente no conceito de prática comercial enunciado no artigo 3.º alínea d) do DL PCD.

Desta forma, o legislador afastou a perspetiva tradicional, que faz depender a publicidade do recurso aos meios de comunicação de massas e da remuneração do titular do suporte. A par dos elementos objetivo e subjetivo, o conceito legal centra-se na finalidade persuasiva da mensagem, que tem sido maioritariamente privilegiada pela doutrina para efeitos da qualificação como publicida-

de[2]. Esta dimensão teleológica não coincide com a intenção do anunciante, nem com a natureza promocional percebida pelos destinatários. O que importa aferir é a idoneidade da mensagem para promover produtos ou serviços, bem como ideias, princípios, iniciativas ou instituições.

Assim, ficam hoje abrangidas pelo conceito legal de publicidade as modalidades emergentes da decadência dos meios de comunicação de massas, como a venda porta-a-porta e a venda por correspondência, nomeadamente através de catálogos, bem como a publicidade por telefone e telecópia, que constituem as principais manifestações do marketing direto. Com a generalização do recurso à Internet, fica também abrangida a comunicação difundida pelos anunciantes através dos influenciadores digitais – especialmente, nos blogues pessoais e nas redes sociais – ou fenómenos mais recentes como o marketing viral. No conceito legal, incluem-se ainda as relações públicas, cujo incremento tem assentado na credibilidade das mensagens que não são imediatamente percebidas como publicidade, independentemente da remuneração do titular do suporte.

De facto, atenta a permanente evolução das modalidades de comunicação comercial, apenas uma noção ampla permite garantir cabalmente os "princípios da licitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos dos consumidores" (artigo 6.º do CPub). Pelo contrário, a opção por um critério formal, como as condições contratuais estabelecidas entre o anunciante e os meios, sacrificaria injustificadamente a proteção dos destinatários. Neste sentido, a difusão da mensagem a título gratuito não prejudica a necessidade de dar cumprimento ao regime jurídico da publicidade[3].

Ao transpor o artigo 2.º alínea f) da Diretiva 2000/31/CE sobre comércio eletrónico, relativo à definição de comunicação comercial, o legislador afirmou, no preâmbulo do DL n.º 7/2004, de 7 de janeiro que "é sempre e só a publicidade que está em causa". A alusão à "comunicação publicitária em rede" no artigo 20.º do referido diploma corresponde, por isso, a uma evolução terminológica relativamente ao conceito legal de publicidade, que lhe é substancialmente equivalente[4]. Ou seja, tratando-se de um fenómeno omnipresente nas sociedades contemporâneas, a publicidade não pode deixar de ser amplamente entendida, para efeitos de uma regulação integrada de várias modalidades.

---

[2] ALMEIDA, Carlos Ferreira de, «O conceito de publicidade», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 349, outubro, 1985, p. 129.

[3] AMORIM, Ana Clara Azevedo de, *Manual de Direito da Publicidade*, Lisboa, Petrony, 2018, p. 40.

[4] ASCENSÃO, José de Oliveira, «O Anteprojecto do Código do Consumidor e a Publicidade», *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, AA.VV., volume III, Coimbra, Almedina, 2006, p. 26.

3. A transição para a dimensão emocional e simbólica da comunicação comercial

A partir da segunda metade do século XX, perante os primeiros sinais de excesso de oferta na generalidade dos sectores de atividade, o escoamento de uma produção indiferenciada e o crescimento do consumo passaram a estar dependentes da comunicação comercial de massas, que começou a generalizar-se não só na imprensa e no exterior mas também progressivamente na rádio, na televisão e no cinema. O conteúdo das mensagens publicitárias coincidia então com o elogio do produto, que visava as suas características demonstráveis ou os benefícios decorrentes da sua utilização. No quadro do modelo de comportamento desenvolvido pelas teorias económicas neoclássicas, que postulam a racionalidade das decisões de consumo, este predomínio dos argumentos de natureza técnica e funcional permite a maximização da utilidade e a minimização dos custos. Ao nível legislativo, justifica a centralidade da publicidade enganosa resultante atualmente dos artigos 10.º e 11.º do CPub e dos artigos 7.º a 9.º do DL PCD, que incidem sobre elementos objetivos da oferta – como as vantagens, os riscos, a execução, a composição, o modo de fabrico, as garantias de conformidade, as utilizações, as especificações e a origem geográfica – ou ainda sobre o preço e outras condições de aquisição[5].

No entanto, com a emergência da gestão estratégica de marketing, a constatação do carácter funcionalmente indiferenciado das várias ofertas disponíveis e a recusa do referido modelo de comportamento determinaram uma mudança de paradigma ao nível do conteúdo das mensagens publicitárias, que deixam de se centrar nas características demonstráveis e nos benefícios decorrentes da utilização do produto, para passarem a incidir sobre as necessidades e os desejos mas também as motivações, a personalidade e os estilos de vida dos consumidores. A comunicação comercial visa, desta forma, a diferenciação emocional ou simbólica face à concorrência, que é especialmente significativa nos sectores de atividade caracterizados pela inexistência de barreiras comerciais, tecnológicas ou financeiras à entrada. Por exemplo, nos anos 80 e 90 do século XX, num movimento de rutura com a publicidade tradicional, as campanhas da Benetton passaram a adotar como principais temas as questões raciais e a xenofobia, os conflitos armados, a SIDA e as agressões ambientais, que constituíam alguns dos assuntos políticos e sociais mais controversos[6].

Neste contexto, desenvolve-se igualmente a comunicação de marca, que visa criar envolvimento através de associações positivas suscetíveis de acrescen-

[5] AMORIM, Ana Clara Azevedo de, «Comunicação Comercial e Direitos dos Consumidores: Desafios da Sociedade da Informação», *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1-2015, p. 169-170.

[6] VERÍSSIMO, Jorge, *A publicidade da Benetton: um discurso sobre o real*, Coimbra, Edições Minerva, 2001, p. 46-47.

tar valor e significado à vida dos consumidores. Este envolvimento potencia a repetição da compra, pelo que se manifesta sobretudo face à dificuldade de construir relacionamentos de longo prazo com os consumidores. Os anúncios salientam agora elementos extrínsecos aos produtos, convocando, designadamente, os efeitos subjetivos gerados pelo consumo, a experiência resultante da compra e as emoções sociais, que potenciam a escolha de marcas capazes de conferir um determinado estatuto ou de favorecer a aceitação do indivíduo num grupo de pertença ou de referência.

É também no quadro desta mudança de paradigma que a publicidade passa a recorrer predominantemente a imagens, cujo impacto mais direto e mais imediato é reconhecido face ao texto escrito. As imagens têm ainda a vantagem de constituir uma linguagem universal, o que releva especialmente numa época histórica que coincide com a globalização de alguns sectores de atividade, como a moda e a informática. Acresce que a eficácia da comunicação comercial depende sobretudo da criatividade e do impacto criado nos destinatários e já não do carácter repetido e permanente dos anúncios.

3.1 Evolução do apelo a sentimentos e tendência de liberalização

A recusa do apelo a sentimentos na comunicação comercial coincide historicamente com a crença na racionalidade das decisões de consumo. À medida que o conteúdo das mensagens foi deixando de ter conexão com os produtos, a doutrina e a jurisprudência alemãs censuravam a publicidade chocante com fundamento no princípio da prestação (*Leistungswettbewerb*), segundo o qual a concorrência entre agentes económicos deve assentar nos elementos objetivos da oferta.[7] Importava ainda garantir a liberdade de escolha dos consumidores e o funcionamento correto do mercado, pelo que o princípio da prestação justificou a proibição do apelo a sentimentos na comunicação comercial, dominante pelo menos até ao final do século XX.

No entanto, na transição para uma nova abordagem jurídica da publicidade, a liberalização do apelo a sentimentos resulta da inexistência de fundamento constitucional para uma proibição genérica. Afastada a crença na racionalidade das decisões de consumo, a mera ausência de conexão com o produto – que caracterizava a publicidade chocante e que se verifica hoje frequentemente no marketing viral – parece constituir uma opção legítima dos anunciantes, cuja liberdade publicitária se funda axiologicamente na liberdade de expressão e informação (artigo 37.º da CRP) e na iniciativa económica privada (artigo 61.º da CRP). Daqui decorre que a dimensão emocional e simbólica da comunicação

[7] HENNING-BODEWIG, Frauke, «"Werbung mit der Realität" oder wettbewerbswidrige Schockwerbung?», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, ano 98, n.º 12, dezembro 1993, p. 953.

comercial não determina a existência de uma categoria de ilícito publicitário, aplicável genericamente na ausência de outras valorações[8].

Na sequência desta mudança de paradigma, encontra-se ultrapassada a distinção entre publicidade informativa e publicidade persuasiva ou sugestiva, que assentava na tradicional prevalência de argumentos de natureza técnica ou funcional. Na verdade, toda a comunicação comercial é hoje eminentemente persuasiva ou sugestiva, tendo também um conteúdo informativo mínimo, que incide pelo menos sobre a existência do produto ou serviço anunciado.

Assim, com a generalização do apelo a sentimentos na comunicação comercial, diminui progressivamente o âmbito de aplicação do regime jurídico vigente, centrado na proibição da publicidade enganosa. De facto, as mensagens invocam atualmente sobretudo benefícios emocionais e simbólicos, que não correspondem às alegações "exatas e passíveis de prova" sobre que incide o artigo 10.º n.º 2 do CPub. Como reconhece a doutrina maioritária, a aplicabilidade do princípio da veracidade, em que assenta a proibição da publicidade enganosa, restringe-se às expressões concretas e comprováveis, relativas a circunstâncias objetivas, excluindo apreciações meramente subjetivas, como os juízos estéticos ou as considerações relativas a gostos pessoais[9].

Desta forma, começa a verificar-se igualmente uma redefinição da própria publicidade, que para efeitos do comércio eletrónico exclui já as "mensagens que se limitem a identificar ou permitir o acesso a um operador económico ou identifiquem objetivamente bens, serviços ou a imagem de um operador, em coletâneas ou listas, particularmente quando não tiverem implicações financeiras, embora se integrem em serviços da sociedade da informação", nos termos do artigo 20.º n.º 1 alínea a) do DL n.º 7/2004, de 7 de janeiro. O alcance prático desta opção legislativa coincide com a descrição dos produtos nos sítios eletrónicos que funcionam como ponto de venda.

A tendência de liberalização do apelo a sentimentos na comunicação comercial tem como exceções a exploração do medo, da ansiedade, da insegurança ou do sentimento de culpa dos destinatários, que integra o conceito de coação para efeitos da qualificação como práticas comerciais agressivas (artigo 11.º do DL PCD) e a violação do princípio da licitude, que vem adquirindo progressiva centralidade na regulação do conteúdo das mensagens publicitárias.

---

[8] AMORIM, Ana Clara Azevedo de, *A tutela da lealdade nas relações de mercado. A propósito do ilícito publicitário*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 422.

[9] FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos, «La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidade», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, n.º 2, 1975, p. 378.

3.2 O princípio da licitude como garantia de valores constitucionais

Face ao aumento exponencial da concorrência num contexto de globalização dos mercados, o apelo a sentimentos redunda por vezes numa desconformidade com o artigo 7.º n.º 1 do CPub, que proíbe "a publicidade que, pela sua forma, objeto ou fim, ofenda os valores, princípios e instituições fundamentais constitucionalmente consagrados". Também em sede de autodisciplina, o artigo 5.º do Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária estabelece que "a comunicação comercial deve respeitar os valores, direitos e princípios reconhecidos na Constituição e na restante legislação aplicável".

O artigo 7.º n.º 2 do CPub consagra a título exemplificativo um conjunto de hipóteses de violação do princípio da licitude, entre as quais se encontra a publicidade que "estimule ou faça apelo à violência, bem como a qualquer atividade ilegal ou criminosa", uma vez que lesa o direito à integridade pessoal (moral e física), enunciado no artigo 25.º da CRP mas que seria, desde logo, incompatível com a ideia de Estado de Direito prevista no artigo 2.º da CRP e com a convivência pacífica inerente a uma sociedade democrática. O legislador proibiu igualmente a publicidade que "atente contra a dignidade da pessoa humana", reiterando o disposto no artigo 1.º da CRP; a publicidade que "utilize, sem autorização da própria, a imagem ou as palavras de alguma pessoa", para efeitos da tutela dos direitos consagrados no artigo 26.º n.º 1 da CRP; ou a publicidade que "encoraje comportamentos prejudiciais à proteção do ambiente", de acordo com o artigo 66.º da CRP.

Foram ainda especialmente previstos os casos em que a mensagem "contenha qualquer discriminação em relação à raça, língua, território de origem, religião ou sexo". A norma concretiza o princípio da igualdade, enunciado no artigo 13.º da CRP, segundo o qual "todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei" (n.º 1) e "ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual" (n.º 2), bem como o direito à proteção contra "quaisquer formas de discriminação", nos termos do artigo 26.º n.º 1 da CRP[10].

Na medida em que os preceitos constitucionais têm valor normativo direto, as normas de remissão podiam ter sido dispensadas, como reconhece predominantemente a doutrina espanhola face ao ordenamento jurídico que inspirou

[10] AMORIM, Ana Clara Azevedo de, «A garantia de valores constitucionais no regime jurídico da publicidade», in *Os novos horizontes do constitucionalismo global*, AA.VV, Barcelos, Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, 2017, p. 239.

a redação do diploma nacional[11]. Recorde-se ademais que a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é hoje pacificamente aceite, tendo consagração expressa, entre nós, no artigo 18.º n.º 1 da CRP.

3.2.1 A preocupação com a igualdade de género na publicidade

A publicidade sexista constitui a hipótese mais frequente de violação do princípio da licitude da comunicação comercial, designadamente, quando os anúncios associam a mulher a comportamentos estereotipados ou a colocam numa posição de subjugação face ao homem. Estão em causa sobretudo estereótipos de género relativos à realização de tarefas domésticas e ao exercício de uma atividade laboral, que condicionam o papel atribuído na sociedade a homens e mulheres, perpetuando conceções enraizadas. Mas pode estar também em causa a instrumentalização do corpo feminino.

A preocupação com a igualdade de género na publicidade resulta da *Resolução sobre o impacto do marketing e da publicidade na igualdade entre homens e mulheres*, de 3 de setembro de 2008, onde o Parlamento Europeu afirmou que "a publicidade que veicula mensagens discriminatórias e/ou degradantes com base no género e em todas as formas de estereótipo de género constitui um obstáculo a uma sociedade moderna e igualitária". Posteriormente, no *Relatório sobre o impacto da publicidade no comportamento dos consumidores*, de 23 de novembro de 2010, o Parlamento Europeu voltou a reconhecer a necessidade de garantir "o respeito da dignidade humana, sem discriminações de género, religião ou convicções, deficiência, idade ou orientação sexual" (ponto 32).

No direito comparado, a promoção da igualdade de género na comunicação comercial tem ampla tradição nos países escandinavos, como demonstram, ao nível legislativo, o § 2 (2) do capítulo 2 do *Consumer Protection Act* finlandês de 1978 e o § 2 (2) do *Marketing Control Act* norueguês de 2009 ("the equality of the sexes"). Também no ordenamento jurídico suíço, a doutrina enquadrou a proibição de publicidade discriminatória na cláusula geral de Concorrência Desleal prevista no artigo 2.º da *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* de 1986[12]. E a Commission Suisse pour la Loyauté reconheceu de forma paradigmática que a licitude da comunicação comercial com recurso a imagens do corpo feminino depende da efetiva conexão com o produto ou serviço anunciado (decisão de 13 de março de 2013, processos n.º 102/13 e n.º 109/13). Por fim, ainda no quadro da Concorrência Desleal, a jurisprudência alemã faz coincidir a proibição de

[11] CUESTA RUTE, José María de la, «Observaciones sobre la Ley General de Publicidad», *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 4, 1989, p. 59.

[12] DAVID, Lucas, *Schweizerisches Wettbewerbsrecht*, 3.ª edição, Berna, Stämpfli, 1997, p. 32.

publicidade discriminatória ("diskriminierende Werbung") com a violação do princípio da igualdade enunciado no artigo 3.º n.º 2 da Constituição.

No ordenamento jurídico espanhol, o artigo 3.º alínea a) § 2 da *Ley General de Publicidad* de 1988 qualifica como ilícita a publicidade que apresenta a mulher "de forma vexatória ou discriminatória" ou que utiliza "particular e diretamente o seu corpo ou partes do mesmo como mero objeto desvinculado do produto que se pretende promover, assim como a sua imagem associada a comportamentos estereotipados". No entanto, antes ainda desta alteração legislativa, introduzida pela Lei Orgânica n.º 1/2004, de 28 de dezembro, a jurisprudência censurava já amplamente a publicidade sexista, por exemplo, nas campanhas que diferenciam a oferta de brinquedos em função do sexo das crianças, perpetuando conceções enraizadas na sociedade, particularmente quanto à realização de tarefas domésticas e ao exercício de uma atividade laboral[13].

No Reino Unido, em sede de autodisciplina, a Advertising Standards Authority demonstrou, num relatório divulgado em 2017 sobre os estereótipos de género na publicidade ("Depictions, Perceptions and Harm"), a existência de danos sociais causados por mensagens que veiculam a ideia de inferioridade da mulher, comprometendo-se a combater designadamente as campanhas que sugerem comportamentos pouco saudáveis, como a magreza extrema.

3.2.2 Consagração no ordenamento jurídico português

O artigo 7.º n.º 2 alínea d) do CPub proíbe a publicidade que "contenha qualquer discriminação em relação à raça, língua, território de origem, religião ou sexo". Ora, a censurabilidade das mensagens publicitárias assenta frequentemente na discriminação em relação ao sexo, que constitui, face ao elenco previsto pelo legislador, um dos fatores historicamente mais relevantes. Aliás, constava já expressamente do artigo 23.º do CPub de 1980 e do artigo 23.º do CPub de 1983 a proibição de "veicular a ideia de inferioridade ou subalternidade da mulher em relação ao homem ou reduzir a mesma ao seu papel doméstico tradicional" (n.º 1) e de utilizar a "imagem da mulher como mero objeto da promoção de bens ou serviços de que não é exclusiva consumidora" (n.º 2).

Neste contexto, algumas decisões proferidas pela Comissão de Aplicação das Coimas em Matéria Económica e de Publicidade condenaram a publicidade sexista, como no caso do calendário onde o corpo de uma mulher aparecia com uma cabeça de vaca ou na campanha a um esquentador que qualificava a mulher

[13] TATO PLAZA, Anxo, «Violencia de género y publicidade», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, n.º 25, 2004, p. 491.

como "quente" e o homem como "inteligente", para concluir que o produto promovido era "quente e inteligente"[14].

O Anteprojeto de Código do Consumidor de 2006 retomou no artigo 91.º n.º 3 a proibição de "publicidade que utilize a imagem da mulher ou do homem com carácter discriminatório ou vexatório". E o artigo 10.º do Anteprojeto de Código da Publicidade de 2015 proibia "a publicidade que utilize com carácter discriminatório ou vexatório a imagem da mulher ou do homem" (n.º 3) e "que utilize o corpo da mulher ou do homem ou partes do mesmo quando desvinculado do produto que se pretende publicitar, ou que associe a imagem da mulher ou do homem a comportamentos estereotipados discriminatórios" (n.º 4). Apesar de não terem sido aprovados, estes diplomas revelam a preocupação do legislador nacional com a promoção da igualdade de género na publicidade, à semelhança do que se verifica no direito comparado.

Não estando hoje expressamente previstas, as hipóteses referidas enquadram-se na proibição consagrada no artigo 7.º n.º 2 alínea d) do CPub, resultando diretamente também do princípio da igualdade enunciado no artigo 13.º da CRP e do direito à proteção contra "quaisquer formas de discriminação" previsto no artigo 26.º n.º 1 da CRP. Não parece ser, por isso, necessária qualquer alteração legislativa para a promoção da igualdade de género na publicidade no ordenamento jurídico português.

Acresce que a ilicitude da comunicação comercial que veicula estereótipos de género pode ainda resultar pontualmente da contrariedade ao bom gosto e decência. Porém, na medida em que o conteúdo do bom gosto e decência fica dependente das conceções morais, sociais, culturais e religiosas em cada momento vigentes, esta proibição deve abranger hipóteses meramente residuais, como o recurso a linguagem obscena consagrado do artigo 7.º n.º 2 alínea f) do CPub ou a publicidade de conteúdo pornográfico, nos termos do artigo 1.º n.º 1 do DL n.º 254/76, de 7 de abril. Na verdade, apesar de não integrar diretamente um valor suscetível de justificar restrições aos direitos, liberdades e garantias – nomeadamente, as que resultam da regulação da comunicação comercial – o conceito de "moral pública constitucional" pode, para efeitos do princípio da proporcionalidade, ser construído a partir da dignidade da pessoa humana e de outros bens jurídicos protegidos[15].

Em sede de autodisciplina, o artigo 6.º do Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária prevê que "a comunicação comercial deve proscrever qualquer declaração ou apresentação áudio e/ou visuais que possam ofender os

[14] GERALDES, Ana Luísa, *O Direito da Publicidade*, Lisboa, Instituto do Consumidor, 1999, p. 105-108.

[15] MACHADO, Jónatas, «Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social», *Studia Iuridica,* 65, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 854.

padrões de decência prevalecentes no país e cultura em causa". E o artigo 8.º relativo à responsabilidade social prevê que "a comunicação comercial deve respeitar a dignidade da pessoa humana e não deve incitar ou veicular qualquer forma de discriminação, seja ela fundada em questões raciais, de nacionalidade, de origem religiosa, género, etária, deficiência física ou orientação sexual". Porém, ao contrário do que se tem verificado no direito comparado, na sequência de uma queixa apresentada contra a Vileda Ibérica, o Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária considerou que a mensagem "A mamã compra e nós oferecemos à filha", a propósito da venda de esfregonas, não consubstancia um estereótipo de género (decisão de 13 de fevereiro de 2007, processo n.º 2J/2007).

4. Mecanismos sancionatórios da publicidade sexista

A tutela contraordenacional enunciada no artigo 34.º do CPub integra o principal mecanismo sancionatório contra a publicidade sexista, determinando a aplicação de uma coima de € 1745,79 a € 3740,98 e de € 3491,59 a € 44 891,81 consoante o infrator seja pessoa singular ou pessoa coletiva. Nos termos do artigo 36.º do CPub, são punidos como agentes da publicidade ilícita "o anunciante, o profissional, a agência de publicidade ou qualquer outra entidade que exerça a atividade publicitária, o titular do suporte publicitário ou o respetivo concessionário, bem como qualquer outro interveniente na emissão da mensagem publicitária". A competência para a instrução e o julgamento dos processos cabe, segundo o disposto nos artigos 38.º e 39.º do CPub, respetivamente, à Direção-Geral do Consumidor e à Autoridade de Segurança Alimentar e Económica.

É igualmente aplicável à publicidade sexista o artigo 10.º da Lei de Defesa do Consumidor, que assegura "o direito de ação inibitória destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor". Apesar de consagrada também numa dimensão preventiva, a tutela judicial contra a publicidade ilícita corresponde quase sempre a uma ação de cessação de determinados comportamentos. Esta ação de cessação constitui o mecanismo mais eficaz de proteção dos destinatários que não tenham ainda estado em contacto com o anúncio. E, na medida em que visa afastar um estado de desconformidade objetiva, não fica dependente da culpa do anunciante.

Coincide com esta ação de cessação a alusão às medidas cautelares no artigo 41.º n.º 1 do CPub, segundo o qual "em caso de publicidade enganosa, publicidade comparativa ilícita ou de publicidade que, pelo seu objeto, forma ou fim, acarrete ou possa acarretar riscos para a saúde, a segurança, os direitos ou os interesses legalmente protegidos dos seus destinatários, de menores ou do público a entidade competente para a aplicação das coimas previstas no presente diploma, sob proposta das entidades com competência para a fiscalização das infrações em matéria de publicidade, pode ordenar medidas cautelares de suspen-

são, cessação ou proibição daquela publicidade, independentemente de culpa ou da prova de uma perda ou de um prejuízo real". Ao contrário do que sugere a referência ao carácter cautelar, as referidas medidas não têm natureza provisória.

No entanto, com a generalização do recurso à Internet como suporte publicitário, as novas formas de disseminação de conteúdos suscitam múltiplas dificuldades na tutela efetiva da comunicação comercial, sobretudo face à crescente globalização dos mercados e à acentuada dimensão emocional e simbólica das decisões económicas.

4.1 O recurso a sistemas de autodisciplina

A par dos mecanismos sancionatórios de natureza pública, importa considerar o recurso a sistemas de autodisciplina como instrumento de promoção da igualdade de género na comunicação comercial, que tem sido dominante no direito comparado. Na verdade, através da introdução de novos patamares de responsabilidade, a autorregulação contribui para elevar o nível de correção das condutas dos profissionais e para garantir a segurança jurídica face às cláusulas gerais[16]. Encontra-se, por isso, em condições privilegiadas para censurar a discriminação em relação ao sexo, na sequência da aplicação direta do princípio da igualdade enunciado no artigo 13.º da CRP e do direito à proteção contra "quaisquer formas de discriminação" previsto no artigo 26.º n.º 1 da CRP.

A prevalência do recurso a sistemas de autodisciplina justifica-se pela celeridade e eficácia das decisões, relevante sobretudo no domínio publicitário, sem que fique impedido o recurso à via administrativa ou judicial. Apresenta como principal vantagem a flexibilidade na abordagem de situações em constante mutação e dotadas de uma complexidade crescente, especialmente no domínio da Internet.

Os Códigos de Conduta constituem uma forma coletiva e não estadual de regular as relações entre agentes económicos, integrando ordenamentos jurídicos autónomos e não meros postulados de conteúdo ético[17]. Atento o carácter voluntário, fundam-se na autonomia privada e num princípio de reciprocidade. O valor jurídico dos Códigos de Conduta é determinado pela sua força coativa, que resulta da aplicação e execução das respetivas normas. Depende da existência de um organismo disciplinar específico com dois graus de jurisdição interna, através de um órgão de recurso. Desta forma, entre nós, o Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária é composto por duas secções e uma comissão de apelo. E,

---

[16] CONTE, Giuseppe, «Codici etici e attività d'impresa nel nouvo spazio globale di mercato», *Contratto e Impresa*, n.º 1, janeiro/fevereiro 2006, p. 137.

[17] PATIÑO ALVES, Beatriz, *La autorregulación publicitaria. Especial referencia al sistema español*, Barcelona, Bosch, 2007, p. 61.

para além dos instrumentos de resolução de litígios, a que os associados devem obrigatoriamente submeter-se, é ainda assegurado pelo Gabinete Técnico-Jurídico o controlo prévio das mensagens publicitárias, com carácter facultativo (*copy advice*).

A autonomia privada restringe o efeito vinculativo dos Códigos de Conduta às relações intersubjetivas, com exclusão de terceiros. Ou seja, a eficácia das decisões assenta na qualidade de associado ou, pelo menos, na sua aceitação expressa pelos intervenientes. Porém, esta limitação não inviabiliza a heteroeficácia dos sistemas de autodisciplina, que através do controlo da generalidade dos meios de difusão atingem também os anunciantes não associados, como reconheceu o Supremo Tribunal de Justiça a propósito das decisões do Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária (acórdão de 15 de janeiro de 2009, processo n.º 2234/05.2TVLSB).

Dado que as normas emanadas pelos organismos profissionais têm uma acentuada componente ética e de responsabilidade social, os sistemas de autodisciplina conduzem quase sempre a um equilíbrio adequado dos interesses dos profissionais, dos consumidores, do mercado publicitário e da sociedade em geral[18]. Ora, num quadro de adesão voluntária, a relevância da resolução de litígios depende tanto da autoridade social dos organismos, como daquela proteção integrada de interesses, contrariando a preocupação com o risco de valoração neocorporativa dos comportamentos. Assim, reitera-se que os sistemas de autodisciplina se encontram atualmente em condições privilegiadas para promover a igualdade de género na comunicação comercial. Esta promoção decorre da aplicação dos artigos 5.º, 6.º e 8.º do Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária.

4.2 A reação do mercado como manifestação da consciência ética da comunidade

Entendido num sentido subjetivo amplo, o mercado abrange os intervenientes diretos na troca de produtos ou prestação de serviços (profissionais e consumidores), bem como os destinatários das mensagens publicitárias, nomeadamente os recetores efetivos, segundo o conceito enunciado na alínea d) do n.º 1 do artigo 5.º do CPub.

Verificada hoje sobretudo em ambiente digital, a reação espontânea do mercado face a determinadas campanhas traduz uma manifestação da consciência ética da comunidade, integrando um relevante mecanismo sancionatório informal, cuja celeridade e eficácia superam a tutela pela via administrativa ou

[18] GÓMEZ SEGADE, José António, «Sistemas de autorregulación publicitaria», in *Jornadas de Derecho de la Publicidad*, AA.VV., Madrid, Instituto Nacional de Publicidad, 1980, p. 161.

judicial e até a intervenção dos organismos de autodisciplina. Desta forma, a reação espontânea do mercado relativamente aos estereótipos de género na publicidade limita a utilidade dos mecanismos sancionatórios tradicionais. Para além de determinar, em regra, a cessação voluntária do ato ilícito pelo anunciante, a reação espontânea do mercado condiciona as decisões de consumo e influencia a perceção emocional e simbólica da marca pelo público em geral, o que pode corresponder a uma afetação da reputação económica do profissional e a uma efetiva diminuição do seu volume de negócios.

Ora, a tutela informal beneficia dos instrumentos da Web 2.0 caracterizados pela interatividade e bidirecionalidade – nomeadamente, as redes sociais, os blogues pessoais e as comunidades de partilha de conteúdos – que permitem aos utilizadores a troca de opiniões relativas aos produtos e serviços mas também às próprias campanhas publicitárias. É, aliás, nesta dimensão colaborativa da Internet que assenta a redistribuição do poder de mercado na Sociedade da Informação[19].

Na medida em que constitui uma manifestação da consciência ética da comunidade, esta tutela informal assenta na valoração das mensagens publicitárias à luz do seu significado social, ao contrário do que resulta frequentemente dos mecanismos sancionatórios tradicionais. De facto, o mercado faz depender a garantia de valores constitucionais na comunicação comercial estritamente do sentido social dominante em cada época histórica, que deve prevalecer na interpretação e aplicação das normas proibitivas. Esta conceção normativa dinâmica permite dar resposta ao carácter difuso e mutável da publicidade na era digital, sobretudo adequando a censurabilidade das condutas à sua valoração social, com a garantia de celeridade e eficácia que os mecanismos sancionatórios tradicionais não oferecem.

5. Considerações finais

Tradicionalmente enquadrado na proteção do consumidor, o direito da publicidade centra-se na proibição da publicidade enganosa, cujo fundamento axiológico se encontra no artigo 60.º da CRP. No entanto, com a generalização do apelo a sentimentos na comunicação comercial, passa a relevar mais amplamente a tutela dos destinatários, onde cabem também os recetores efetivos, que são atingidos pelas mensagens publicitárias por estarem em contacto com o canal de difusão, apesar de não integrarem o público-alvo diretamente visado pelo anunciante.[20]

[19] AMORIM, *A tutela da lealdade,* 2017, p. 471.

[20] AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, 2018, p. 16.

A promoção da igualdade de género demonstra a necessidade de se reequacionar o fundamento axiológico de algumas restrições ao conteúdo das mensagens, centrando-o agora nos artigos 13.º e 26.º n.º 1 da CRP, que consagram respetivamente o princípio da igualdade e o direito à proteção contra "quaisquer formas de discriminação". Ou seja, no quadro da transição para uma diferenciação emocional e simbólica face à concorrência, a proteção dos recetores efetivos, que é independente da existência – sequer potencial – de uma decisão de transação, passa a coincidir sobretudo com a garantia de interesses não económicos. Este alargamento da esfera de atuação do direito da publicidade coincide com o reconhecimento da centralidade da proibição dos estereótipos de género num contexto de crescente globalização dos mercados, onde importa atender especialmente ao impacto cultural da comunicação comercial.

Enquanto a censura da discriminação em relação ao sexo prevista no artigo 7.º n.º 2 alínea d) do CPub não for considerada pelos mecanismos sancionatórios tradicionais, vai continuar a caber ao mercado um papel determinante na promoção da igualdade de género, através da reação espontânea manifestada em ambiente digital, por exemplo, sempre que a representação da realização de tarefas domésticas e do exercício de uma atividade laboral na comunicação comercial seja contrária à consciência ética da comunidade. Em suma, mais do que uma alteração legislativa, importa assegurar uma adequada interpretação e aplicação das normas proibitivas.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, «O conceito de publicidade», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 349, outubro 1985, p. 115-134.

AMORIM, Ana Clara Azevedo de, «Comunicação Comercial e Direitos dos Consumidores: Desafios da Sociedade da Informação», *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1-2015, p. 165-189.

_____, «A garantia de valores constitucionais no regime jurídico da publicidade», in *Os novos horizontes do constitucionalismo global*, AA.VV., Barcelos, Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, 2017, p. 235-243.

_____, *A tutela da lealdade nas relações de mercado. A propósito do ilícito publicitário*, Coimbra, Almedina, 2017.

_____, *Manual de Direito da Publicidade*, Lisboa, Petrony, 2018.

ASCENSÃO, José de Oliveira, «O Anteprojecto do Código do Consumidor e a Publicidade», in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, volume III, AA. VV., Coimbra, Almedina, 2006, p. 7-36.

CONTE, Giuseppe, «Codici etici e attività d'impresa nel nouvo spazio globale di mercato», *Contratto e Impresa*, n.º 1, janeiro/fevereiro 2006, p. 108-140.

CUESTA RUTE, José María de la, «Observaciones sobre la Ley General de Publicidad», *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 4, 1989, p. 51-104.

DAVID, Lucas, *Schweizerisches Wettbewerbsrecht*, 3.ª edição. Berna, Stämpfli, 1997.

FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos, «La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidade», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, n.º 2, 1975, p. 369-391.

GERALDES, Ana Luísa, *O Direito da Publicidade*, Lisboa, Instituto do Consumidor, 1999.

GÓMEZ SEGADE, José António, «Sistemas de autorregulación publicitaria», in *Jornadas de Derecho de la Publicidad*, AA.VV., Madrid, Instituto Nacional de Publicidad, 1980, p. 155-191.

HENNING-BODEWIG, Frauke, «"Werbung mit der Realität" oder wettbewerbswidrige Schockwerbung?», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, ano 98, n.º 12, dezembro 1993, p. 950-953.

MACHADO, Jónatas, «Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social», *Studia Iuridica,* 65, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

PATIÑO ALVES, Beatriz, *La autorregulación publicitaria. Especial referencia al sistema español*, Barcelona, Bosch, 2007.

TATO PLAZA, Anxo, «Violencia de género y publicidade», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, n.º 25, 2004, p. 489-497.

VERÍSSIMO, Jorge, *A publicidade da Benetton: um discurso sobre o real*, Coimbra, Edições Minerva, 2001.

LOS CONTENIDOS AUDIOVISUALES: UNA HERRAMIENTA CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Belén ANDRÉS SEGOVIA[1]

1. Introducción

La existencia de conductas de violencia de género en la sociedad española en los últimos tiempos, no ha resultado un tema baladí. Baste con observar los datos estadísticos que subyacen de los diferentes ilícitos cometidos en el año 2017 que se relacionan, en mayor o menor medida, con esta materia[2]. Su perpetuación a lo largo de la historia responde, no sólo a la existencia de una sociedad de índole patriarcal sino que, asimismo, pone en valor la educación y la cultura de un país. En este contexto, los medios de comunicación adquieren un papel muy relevante por cuanto se convierten en los transmisores principales de mensajes, que conllevan una ingente cantidad de hechos noticiables, sobre conductas que pudieran fomentar la violencia de género. La solución a esta realidad no puede entenderse sin la existencia de Administraciones Públicas, que deben velar en todo caso por el interés general. Su objeto, entre otros, es la prestación de mecanismos eficaces tendentes a la prevención y a la erradicación de conductas de violencia de género.

[1] Personal Investigador en Formación Atracció de Talent. Universitat de València

[2] INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Víctimas mortales por violencia de género en 2017,* véase en: *http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926144037&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout*. Fecha de última visita: 31.01.2018.

No obstante, no debemos obviar la dificultad que el estudio de esta materia nos presenta, ya que la determinación del concepto sobre que entendemos en la actualidad como medios de comunicación, ha sido cambiante a lo largo de la historia. Es en este aspecto en el que centraremos el inicio del presente estudio, diferenciando dos estadios que resultan claves para su comprensión: por un lado, el soporte y, por otro lado, el contenido audiovisual, al cual dedicaremos un estudio más exhaustivo. Centrándonos en este segundo elemento, continuaremos realizando un análisis sobre que contenidos pueden promover conductas *contra legem* en materia de violencia de género y la importancia de educar a través de estos medios a fin de poder evitarlos. Por último, observaremos, cual debe ser el papel que adquieran las Administraciones Públicas a fin de dar respuesta a esta realidad, y de este modo, prevenir y erradicar conductas de violencia de género.

2. Breve evolución de los medios de comunicación

La prestación de servicio que se les presupone a los medios de comunicación respecto a la sociedad que les rodea ha experimentado, a lo largo de la historia, un conjunto de transformaciones. Baste con recordar, que en una etapa preconstitucional, debía entenderse por medios de comunicación la *prensa*[3], la *radio* y, la *televisión*. A estos formatos comunicativos considerados como "tradicionales", se le suman en la actualidad el advenimiento de nuevos soportes, que son consecuencia de la evolución tecnológica y que ha encontrado, a partir de 2010 en Europa, su reconocimiento y anclaje jurídico.

En este sentido, la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (en adelante Directiva de servicios de comunicación audiovisual), vino a regular, además de los considerados como medios de comunicación tradicionales, la existencia de otros nuevos formatos tales como, la prensa *online*, los videojuegos e internet[4]. La apertura al concepto jurídico sobre que debe entenderse por servicio audiovisual, según lo establecido desde Europa, no encontró su acomodo en España tras la aprobación de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual. La presente Ley, aprobada *a posteriori* del texto europeo, vino a regular de forma más amplia, los medios de comunicación tradicionales, en esencia, la

[3] Su contenido se regulaba por la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta, la radio. El presente texto sigue vigente en la actualidad.

[4] NEWS EUROPEAN PARLIAMENT, *More online TV and radio across borders*, Fecha de publicación: 21.11.2017, véase en: *http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20171121IPR88503/more-online-tv-and-radio-across-borders*. Fecha de última visita: 31.01.2018.

radio y la televisión, no así, respecto a los medios emergentes. Es por ello, que en la actualidad, se insta desde Europa al Estado español para que adecúe la nueva realidad audiovisual al ordenamiento jurídico vigente.

3. Importancia del contenido audovisual en materia de violencia de género

El cambio de concepción que desde Europa se ofrece a la idea tradicional de medios de comunicación junto a las nuevas políticas europeas, que son fruto de un estado de convergencia del sector audiovisual y de las telecomunicaciones, hace necesario que nos replantemos el escenario comunicativo. Para dar respuesta a las cuestiones que surgen del sector audiovisual, en los términos que aquí interesan respecto a la violencia de género, deberemos observar los siguientes puntos: por un lado, cuáles son los elementos que configuran los medios de comunicación, por otro lado, distinguir que debemos entender por violencia de género y separar este concepto de otras nociones de violencia existentes y, por último, porque resulta importante las medidas llevadas a cabo por los medios de comunicación para evitar la emisión de contenidos que fomenten la violencia de género.

3.1 Los medios de comunicación: soporte y contenido

Los medios de comunicación constituyen un elemento muy importante en aras de transmitir los diferentes mensajes que son consecuencia de derechos constitucionales tales, como la *libertad de expresión* e *información* (art. 20 CE). Por ello, no debe sorprender como la innovación técnica, ha dado lugar, a una gran cantidad de soportes audiovisuales que permiten la comunicación *inter partes,* con independencia de las nociones de espacio y tiempo. No obstante, y quizá para fundamentar sólidamente la regulación del audiovisual, deberemos atender no sólo al formato o soporte a través del cual se pretende la emisión del mensaje, sino que cabe señalar la existencia de un segundo elemento sin el cual, no puede entenderse la obtención de la información, el *contenido*. En el estado actual de derecho positivo, el marco legal del audiovisual cubre así un amplio perímetro de mensajes audiovisuales, de los que sólo excluye los transmitidos por el cine[5] y la fotografía, por entenderse una producción independiente al sector. Todas ellas, no obstante, deberán cumplir con las limitaciones previstas por el propio Texto Fundamental: el derecho al *honor, a la intimidad y a la propia imagen* (art. 18 CE). Dentro de este elenco, la información transmitida deberá ser fiel al cumplimiento de la legalidad. Así, resulta de vital importancia la posición que

[5] Para un mayor estudio en este sentido, véase la obra de DE LA SIERRA MORÓN, Susana, *Derecho del Cine: Administración cultural y mercado*, Madrid, Iustel, 2010.

adquieren las Administraciones Públicas a fin de evitar la emisión de contenidos audiovisuales ilícitos, que fomenten conductas tales como la violencia de género. En concreto, a través de Administraciones Independientes de Regulación como serán analizadas a continuación.

3.2 Delimitación conceptual de la violencia de género

Analizar que debemos entender por violencia de género, desde una perspectiva conceptual, resulta de especial importancia a fin de localizar y observar su emisión a través de los diferentes contenidos audiovisuales. En este sentido, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LOVG)[6], vino a regular de forma específica que debemos entender por *violencia de género*, delimitando así su objeto. Según se desprende de la Ley se trata de "*todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad*" (art. 1.3. LOVG).

Su ejecución debe contar, además, con un ámbito subjetivo claramente definido que hace referencia a este tipo de violencia: en primer lugar, la víctima deberá ser siempre "mujer" y, en segundo lugar, el agresor deberá ser "varón", con quien mantenga o haya mantenido una relación de afectividad.

Sin la existencia de tales premisas, nos encontraremos ante otros tipos de violencia que no serán consideradas de género. Baste citar, la *violencia doméstica*, donde se hace referencia a "*todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima*" (art. 3 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011)[7]; o en su caso, otros tipos de violencia cometidos por ciudadanos entre los que no haya existido ninguna relación de afectividad ni convivencia familiar, que se puedan

[6] BOE, de 29 de diciembre de 2004, núm. 313, (BOE-A-2004-21760) Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Véase en la página web: *https://www.boe.es/buscar/pdf/2004/BOE-A-2004-21760-consolidado.pdf*. Fecha de última visita: 06 de diciembre de 2017.

[7] BOE, de 6 de junio de 2014, núm. 137, Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Página web consultada *https://www.boe.es/boe/dias/2014/06/06/pdfs/BOE-A-2014-5947.pdf*. Fecha de última visita 06 de diciembre de 2017.

considerar como ilícitos propios del Código Penal, tales como: lesiones, homicidio, asesinatos, etc.[8].

3.3 El papel de los medios para prevenir la transmisión de mensajes que fomenten la violencia de género

Los medios de comunicación son el reflejo de la educación y la cultura de la sociedad donde se transmiten sus contenidos. Como apuntaba a mi juicio de forma certeza FUERTES LÓPEZ, en nuestros días, "*aunque sigamos con pautas de comportamiento tradicionales, la mayor parte de nuestro tiempo nos desenvolvemos en una maraña de redes, de suerte que pensamos que todo está 'accesible' a través de Internet y que sin la correspondiente 'aplicación' ya no se puede vivir*[9]". En este sentido, el hecho de que existan nuevos formatos que nos permitan la elaboración del mensaje con mayor facilidad que lo hicieron los medios de comunicación convencionales, no justifica que todos los discursos sean válidos. A saber, los diferentes medios de comunicación, cuentan con una serie de limitaciones que deberán ser respetadas, entre otros, a propósito de la libertad de expresión e información, protección de datos personales, etc... Pero no será esta la única salvedad con la que debamos contar. Existen también determinadas personas que requieren de una especial protección por tratarse de colectivos vulnerables desde el punto de vista sociológico y jurídico. En este elenco podemos encontrar a: discapacitados, menores, víctimas de la memoria histórica y, mujeres que hayan sufrido, o sufran *violencia de género*.

Esa tendencia emergente del saber hacia un mundo tan amplio como incierto o desconocido como es la transmisión de mensajes en la red o a través de la digitalización, no debe dejar al albur de las sombras jurídicas, el razonamiento sobre la posible improcedencia del contenido que se desea transmitir. Por ello, los medios de comunicación deben transmitir mensajes que no inciten a ningún tipo de violencia, jugando un papel muy importante, a los efectos que interesan al presente estudio, respecto a la violencia de género.

---

[8] LLORIA GARCÍA, Paz, «Violencia de Género en el entorno digital», in *Crímenes y castigos, miradas al Derecho Penal a través del arte y la cultura*, en la obra de Tomás Salvador Vives Antón, Juan Carlos Carbonell Mateu; José Luis González Cussac; Alberto Alonso Rimo y Margarita Roig Torres (Dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

[9] FUERTES LÓPEZ, Mercedes, *Neutralidad de la red ¿realidad o utopía?*, Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 9.

4. La administración pública en la prevención y la erradicación de la violencia de género en materia audiovisual

La delimitación del soporte y del contenido de los medios de comunicación resultan importantes a fin de poder comprender que mensajes se desean transmitir, y de este modo, poder valorar el papel del sector audiovisual en la sociedad. No debemos obviar, que la evolución de los medios de comunicación se ha caracterizado históricamente en relación a tres hitos. En primer lugar, la *desaparición del monopolio* que había caracterizado durante muchos años al sector audiovisual y que, da lugar a la liberalización del sector. En segundo lugar, la *liberalización* de la actividad y el acceso de las cadenas privadas al espacio público de comunicación[10]. En tercer y, último lugar, la *creación de administraciones de regulación independiente*, cuya labor cobra un papel fundamental en la prevención y erradicación de conductas, que inciten a la violencia de género, emitidas a través de los contenidos de los diferentes medios que conforman el sector audiovisual.

4.1 Las medidas administrativas de control de contenidos: prevención y represión

Centrando el objeto de análisis en las medidas que desde la Administración Pública se han impulsado, a fin de evitar la transmisión de mensajes que fomenten reacciones violentas en los consumidores, podemos observar los siguientes informes y textos jurídicos.

Una de las medidas adoptadas en las diversas campañas contra la violencia de género la conforma el *Informe del Defensor del Pueblo del año 2016*[11]. En este documento, se dedicó el apartado 6 del Título II a la "violencia de género", en el que la señala como una de las prioridades de las actuaciones llevadas a cabo por la institución. Igualmente, realiza un análisis sobre las diferentes demandas que se realizan al Estado, es decir, medidas concretas para lograr su erradicación. A modo de ejemplo, debemos señalar la existencia de una supervisión de la actuación que se inició de oficio ante la Dirección General de Policía a fin de realizar una Valoración Integral del Riesgo (en adelante VPR), la Valoración Policial de Evolución de dicho Riesgo (en adelante VPER), así como, el estudio del riesgo

[10] Este sistema dual se reafirma en la identidad y los cometidos que son propios a los medios públicos y que, a su vez, son reconocidos a los medios privados, por cuanto, aunque su objeto sea el ánimo de lucro, cumplen una función o cometido social.

[11] Informe anual del Defensor del Pueblo. Año 2016. Título II Apartado 6 «Violencia de género». Página web oficial del Defensor del Pueblo España situado en el enlace: *https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2017/03/II_6_Violencia_de_genero.pdf*. Fecha de última visita: 6.4.2018.

y la posible reincidencia como parte del contenido de una nueva Instrucción de la Secretaria de Estado de Seguridad.

No obstante, las medidas en relación a la solicitud llevada a cabo por el Defensor del Pueblo no finaliza en estos aspectos, el Protocolo indica que se deberá realizar una valoración del nivel de riesgo que supone la violencia de género en la sociedad y la gestión de la seguridad de las víctimas. Para ello, resulta necesario, el correcto funcionamiento de sistemas de coordinación de la información, como es el Sistema de Seguimiento Integral de los Casos de Violencia de Género (en adelante VioGen), que permitirá conocer los datos de aquellos individuos que hayan cometido cualquier ilícito de violencia de género con independencia de la localización, en territorio español, donde hayan sucedido los hechos. Esto permite generar una mayor seguridad jurídica y afrontar situaciones de peligro desde un enfoque preventivo y anticipativo. Es por ello, que a mi juicio, resulta necesaria la implantación de un Protocolo municipal a escala nacional de modo que, los entes locales, posean un esquema de trabajo que les permita conocer cómo actuar de forma coordinada respecto a la atención a las víctimas de violencia de género[12]. Para su consecución se precisa de una labor de sensibilización sobre estas materias y que sea el Estado quien determine las bases de cumplimiento de estos objetivos.

Sin embargo, a pesar de las deficiencias aparentes, debemos destacar el logro que supone la implantación de un Protocolo que comienza a dar visualización a la violencia de género y los problemas que se siguen generando en este ámbito en el siglo XXI. Estas medidas no dejan de ser insuficientes y muestra de ello, son las diferentes interpretaciones que se han realizado sobre el mismo, desde la perspectiva tanto estatal como autonómica.

Entre otros, encontramos casos en la Administración autonómica, como el de la Comunitat Valènciana donde se ha aprobado el *Pacte Valencià contra la violència de gènere i masclista*[13]. En este documento, se da a conocer el compro-

[12] LLORIA GARCÍA, Paz (Dir.), *Convivencia ciudadana: mediación, conciliación y técnicas de prevención y resolución del conflicto ciudadano*, Madrid, Iustel, 2018.

[13] Pacte Valencià contra la violència de gènere i masclista, Generalitat Valènciana, véase en la página web: *https://www.sumatalpacte.com/es/*. Fecha de última visita: 6.4.2018.

miso de las instituciones valencianas, partidos políticos[14], fuerzas y cuerpos de seguridad, universidades, medios de comunicación, intervinientes en la justicia, entidades y organizaciones de la sociedad civil, así como cualquier miembro de la ciudadanía que desee adherirse, en erradicar la violencia de género en la sociedad valenciana, pasando de la teoría a directamente la práctica. El Pacto Valenciano, se estructura en cinco líneas estratégicas[15] en la que debemos resaltar la Línea 4 titulada

> *Romper los muros que invisibilizan la violencia de género y machista y socializarlo como un conflicto político y social". Es importante destacar estos aspectos, por cuanto establece entre sus objetivos la necesidad de "Redefinir y fortalecer el Observatorio de Publicidad No sexista y promover el espacio comunicativo valenciano como herramienta para deconstruir los roles de género tradicionales y estereotipados perpetuados a través de los medios de comunicación, publicidad y cultura.*

---

[14] Entre algunas de las acciones debemos destacar: la Resolución de 8 de marzo de 2018, de la consellera de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas, por la que se nombra a las personas integrantes del grupo de trabajo para la revisión de protocolos de actuación institucional en materia de valoración de riesgos en los casos de violencia de género y para la propuesta de mejora de la formación especializada del personal al servicio de la Administración de justicia en la Comunitat Valenciana (DOGV 14.03.2018, núm. 8254); la *Resolución de 14 de febrero de 2018, de la consellera de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas, por las que se da publicidad a la adhesión del Ayuntamiento de Torrent al Convenio entre la Generalitat, a través de la Conselleria de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas, y la Federación Valenciana de Municipios y Provincias para impulsar la movilidad de las empleadas públicas, por razón de violencia de género, entre administraciones públicas* (DOGV 23.03.2018, núm. 8260); la *Resolución de 15 de febrero de 2018, de la consellera de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas, por las que se da publicidad a la adhesión de la Diputación Provincial de Valencia al Convenio entre la Generalitat, a través de la Conselleria de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas, y la Federación Valenciana de Municipios y Provincias para impulsar la movilidad de las empleadas públicas, por razón de violencia de género, entre administraciones públicas* (DOGV 23.03.2018, núm. 8257); y, la *Resolución de 15 de febrero de 2018, de la consellera de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas, por las que se da publicidad a la adhesión del Ayuntamiento de Gilet al Convenio entre la Generalitat, a través de la Conselleria de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas, y la Federación Valenciana de Municipios y Provincias para impulsar la movilidad de las empleadas públicas, por razón de violencia de género, entre administraciones públicas* (DOGV 23.03.2018, núm. 8260).

[15] Las Líneas Estratégicas de las cuales se compone el *Pacte Valencià contra la violència de gènere i masclista,* son las siguientes: *"*1. *Garantizar una sociedad segura y libre de violencia machista (...); 2. Feminizar la sociedad* (…); 3. *Coordinar el trabajo en red para la atención a las mujeres víctimas de violencia de género y machista y a sus hijos e hijas* (…); 4. *Romper los muros que invisibilizan la violencia de género y machista y socializarlo como un conflicto político y social* (…); y, 5. *Garantizar la dotación presupuestaria estable para poder desarrollar e implementar los objetivos* (…)*".* Página web de consulta: *https://www.sumatalpacte.com/es/pacto/.* Fecha de última visita: 06.03.2018.

En esencia, lo que se pretende es la emisión de contenidos informativos que no promuevan la violencia de género entre sus consumidores.

Para comprender, de mejor modo, esta realidad, debemos señalar que entre las medidas que se pueden adoptar a fin de erradicar contenidos que fomenten la violencia de género existen dos formulas: la prevención y la represión. Mientras que el fundamento que persigue la *prevención* es el establecimiento de medidas tendentes a evitar la perpetuación de un hecho ilícito, la *represión* se manifiesta en forma de sanción o castigo hacia quien haya cometido los hechos.

Desde que se aprobara la LOVG, la mayoría de medidas adoptadas en materia de violencia de género han ido dirigidas a Juzgados y Tribunales[16], buscando en su carácter represor la respuesta a un ilícito concreto. En estos aspectos, se afirma la existencia de una conducta de violencia machista a la cual se le impone un castigo pero no se indaga en los orígenes de la misma. Esta labor, que es obviada por el sistema represivo, es considerada con mayor preocupación por el sistema de *prevención* que encuentra su sustento en torno a tres pilares: la educación, los medios de comunicación y la publicidad[17]. En estos aspectos, resulta importante la labor desempeñada desde el Estado y las Comunidades Autónomas puesto que, como se observará a continuación, a pesar de que estas segundas disponen de un menor número de competencias respecto de la primera, es mayor el número de informes y compromisos llevados a cabo en la erradicación de la violencia de género a través de los contenidos audiovisuales.

4.1.1 El papel de la educación en la erradicación de la violencia de género

Comenzando con el análisis de los tres puntos que podrían conducirnos a prevenir contenidos que fomenten la violencia de género, debemos señalar en primer lugar, la gran importancia que adquiere la educación[18] o, dicho en otros términos, la *alfabetización hacia la igualdad de hombres y mujeres*. Una de las respuestas más latentes de porque se siguen generando conductas discriminato-

---

[16] Existen en España Tribunales y Juzgados especializados en materia de violencia de género. Véase, a propósito de los 'Juzgados de violencia sobre la mujer', el art. 43 y ss. de la LOVG y la página web del Consejo General del Poder Judicial, en la web: *http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Directorio-de-Juzgados-de-Violencia-y-Oficinas-de-ayuda/Juzgados-de-Violencia-sobre-la-mujer/Juzgados-de-Violencia-sobre-la-Mujer*. Fecha de última visita: 14.04.2018.

[17] BELANDO GARÍN, Beatriz, «Pacte Valencià contra la violencia de gènere i masclista», *Seminario organizado por la Cátedra PROTECPOL y moderado por LLORIA GARCÍA*, Paz, el viernes, 2 de febrero de 2017, en la Sala Tomás Vives (Departamento de Derecho penal, Universitat de València).

[18] ESCÁMEZ SÁNCHEZ, Juan, «La prevención educativa de la violencia de género», *La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre),* en Javier Boix Reig y, Elena Martinez García (Coords.), Madrid, Iustel, 2005, p. 111-134.

rias por razón de sexo en nuestro país es la deficiente calidad educativa en estos términos. Es cierto, que el Pacto de Estado del año 2016 señala la necesidad de mejorar la calidad educativa en su apartado 7. Ahora bien, su propósito no cuenta con su incorporación en la práctica, como si lo hiciera el Pacto Valenciano[19]. Esta realidad, representa las diferencias existentes en la instauración de medidas concretas en el sector de la coeducación que se concretan, entre otros textos, en el Plan del Gobierno del 2018[20]. De este modo, se vino a establecer la necesidad de crear una escuela inclusiva e igualitaria, que tenga entre sus objetivos que la educación erradique en el presente y en el futuro conductas de violencia de género.

4.1.2 Los medios de comunicación ante la violencia de género

El segundo aspecto que en estos términos nos interesa señalar es la importancia de los *medios de comunicación* para prevenir conductas de violencia de género[21]. Con el objeto de llevar a cabo esta labor, las Administraciones Públicas deben ofrecer los mecanismos necesarios, a través de técnicas de fomento, para lograr que los ciudadanos se formen con contenidos que destaquen la importancia de la igualdad de género[22]. A título de ejemplo, deberán romper con los estereotipos tradicionales, establecer técnicas de acceso a la producción de programas que incentive la igualdad de condiciones, etc. Así, dentro de la finalidad perseguida, se han establecido en los últimos años, desde la perspectiva tanto estatal como autonómica, determinados compromisos a fin de garantizar la igualdad de género en los contenidos audiovisuales.

---

[19] En la tercera página del Manifiesto por un Pacto Valenciano contra la Violencia de Género y machista expresa que se precisa de "*Un cambio de paradigma que debe fundamentarse en una escuela coeducativa, en unos medios de comunicación responsables con perspectiva de género, en unos usos de tiempo corresponsables y en un nuevo espacio público que permita el desarrollo de relaciones saludables, críticas y libres*". Página web de consulta: https://www.sumatalpacte.com/wp-content/uploads/2017/09/Manifest_cast-1.pdf. Fecha de última consulta: 08.04.2018.

[20] Véase el Plan de Govern de la Comunitat Valenciana en materia de igualdad. Página de consulta: https://www.dogv.gva.es/datos/2017/12/30/pdf/2017_12223.pdf. Fecha de última visita: 08.04.2018.

[21] Este tema ha sido abordado por autores como LLORIA GARCÍA, Paz, «La influencia de los medios en la regulación y aplicación de los delitos de violencia sobre la mujer», *La Prevención y Erradicación de la Violencia de Género*, en Elena Martinez Garcia (Dir.), Valencia, Editorial Aranzadi, 2012, p. 177-202.

[22] MONTIEL ROIG, Gonzalo, «¿Qué contenidos generan violencia y desigualdad de género? Una aproximación a la regulación y autorregulación de los medios de comunicación», *Retos de la Comunicación ante la Violencia de género*, en José María Bernardo Paniagua; Elena Martinez Gárcia y Gonzalo Montiel Roig (Coord), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009, p. 115-135.

a Los medios de comunicación estatales

Desde la perspectiva estatal, encontramos el compromiso realizado por los diferentes canales de televisión tanto públicos como privados. Así quedó establecido en el Preámbulo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (en adelante LGCA), en el que expresa que

> *la Ley General de la Comunicación Audiovisual se presenta como norma básica no sólo para el sector privado sino también para el público fijando, con el más absoluto respeto competencial que marca nuestra Constitución, los principios mínimos que deben inspirar la presencia en el sector audiovisual de organismos públicos prestadores del servicio público de radio, televisión y servicios interactivos. Principios inspirados en la normativa y recomendaciones comunitarias sobre financiación pública compatible con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, control independiente a través de organismos reguladores y garantía y protección de derechos.*

En este sentido, la LGCA aspira a

> *promover una sociedad más incluyente y equitativa y, específicamente en lo referente a la prevención y eliminación de discriminaciones de género, en el marco de lo establecido en materia de publicidad y medios de comunicación en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres.*

A fin de dar cumplimiento a estos objetivos, las Administraciones Públicas pretenden actuar a través de la Radio y Televisión pública en España (en adelante RTVE) contra la violencia de género[23]. No obstante, la obtención de la información que permita observar el Código de Buenas prácticas de este ente no resulta una labor sencilla ni se encuentra a primera vista del espectador, lo cual dificulta su cumplimiento. Sin embargo, estos compromisos dados desde la representación organizativa de la RTVE no hace más que recordar lo establecido por la Ley sin proponer nada nuevo, quedando desprovista de medios con los cuales hacer efectivo su cumplimiento.

b Los medios de comunicación autonómicos

[23] Propósitos de RTVE, *Tratamiento de la violencia contra las mujeres*, véase en la página web oficial: http://manualdeestilo.rtve.es/cuestiones-sensibles/5-5-tratamiento-de-la-violencia-contra-las-mujeres/. Fecha de última visita: 06.04.2018. Véase del mismo modo, el Código de Autorregulación de la RTVE para la defensa de los derechos del menor. No debemos olvidar que a raíz de la aprobación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito los menores son considerados como posibles víctimas de violencia de género, en la web oficial: http://codigodeautorregulacion.rtve.es/clasficacion-de-los-contenidos/contenidos-para-todos-los-publicos/.

A sensu contrario de lo establecido en el contexto estatal encontramos la aplicación llevada a cabo por las Comunidades Autónomas, en especial la Comunitat Valenciana. Entre las posibilidades que diferencian la actuación de sendas administraciones territoriales –estatal y autonómica- podemos observar la búsqueda de medidas concretas a través de las cuales comenzar a abordar el problema que suscitan los medios de comunicación respecto a la violencia de género. Entre las opciones existentes realiza una concreta alusión a incluir contenidos de igualdad, tanto en los medios de comunicación como en la educación, ampliando de este modo la formación específica en materia de violencia de género y machista a través de subvenciones.

Este impulso llevado a cabo desde las Administraciones Públicas permite promover la perspectiva de género, lo que da a conocer que se comienzan a implementar las medidas establecidas por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOIMH). En concreto, el tercer apartado de la Exposición de Motivos de la LOIMH establece que

> *el logro de la igualdad real y efectiva en nuestra sociedad requiere no sólo del compromiso de los sujetos públicos, sino también de su promoción decidida en la órbita de las relaciones entre particulares. La regulación del acceso a bienes y servicios es objeto de atención por la Ley, conjugando los principios de libertad y autonomía contractual con el fomento de la igualdad entre mujeres y hombres. También se ha estimado conveniente establecer determinadas medidas de promoción de la igualdad efectiva en las empresas privadas, como las que se recogen en materia de contratación o de subvenciones públicas o en referencia a los consejos de administración.*

En esencia, se comienzan a concretar medidas del marco teórico establecidas por la Ley[24], que se sintetizan, entre otras, en la necesidad de acabar con la brecha salarial[25].

Del mismo modo, las transformaciones que ha experimentado la televisión pública valenciana hasta su extinción[26] ha posibilitado que se pueda plantear la creación de un nuevo servicio público audiovisual autonómico, en la Comunitat Valenciana, con las garantías de las cuales adolecía el modelo anterior[27]. Así, entre otras medidas, se aprobó el Libro de Estilo de la Corporación Valenciana de Medios de Comunicación que pretendió, entre otras materias, evitar el uso del lenguaje sexista en su programación. En concreto, busca dotar de contenido a lo establecido en el *Informe sobre el lenguaje no sexista del Parlamento Europeo aprobado el 13 de febrero de 2008*, donde se defiende que

> *La utilización de un lenguaje no sexista es algo más que un asunto de corrección política. El lenguaje influye poderosamente en las actitudes, el comportamiento y las percepciones. El Parlamento como institución respalda plenamente el principio de igualdad de género, y el lenguaje que utiliza debe reflejar este hecho[28]".*

---

[24] Para un estudio más exhaustivo de la materia, véase a SALA FRANCO, Tomás y CARDONA RUBERT, María Belén, «La negociación colectiva y el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres*, en la obra de Tomas Sala Franco, Mª Amparo Ballester Pastor, José María Baño León, José Miguel Embid Irujo, José María Goerlich Peset (Coords.), Wolters Kluwer, 2008, p. 379-402.

[25] Entre los ejemplos más destacados en estos aspectos debemos aludir a la creación del Libro Violeta de la función pública valenciana que permite garantizar la igualdad efectiva de mujeres y hombres en la Ley de función Pública valenciana. Véase en SEVILLA MERINO, Julia, BELANDO GARÍN, Beatriz, FABREGAT MONFORT, Gemma y, GARCÍA CAMPÁ, Santiago, *Llibre Violeta de la funció* pública valenciana, Generalitat Valenciana, Conselleria de Justicia, Administració Pública, Valencia, Reformes Democrátiques i Llibertats Públiques, 2017. Asimismo, BELANDO GARÍN, Beatriz, «Función Pública y realidad social. La nueva adaptación del régimen jurídico de los funcionarios públicos realizada por la Ley Integral contra la Violencia de Género», *La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre),* en Javier Boix Reig y Elena Martínez Garcia (Coords.), Madrid, Iustel, 2005, p. 463-492.

[26] Para una mayor comprensión del fenómeno que llevó a la extinción de Canal 9, véase ANDRÉS SEGOVIA, Belén*, Las transformaciones de la televisión pública valenciana*, Tirant Lo Blanch, 2015.

[27] Para su puesta en funcionamiento *ex novo*, se aprobó la Ley 6/2016, de 15 de julio, del Servicio Público de Radiodifusión y Televisión de Ámbito Autonómico, de Titularidad de la Generalitat y las primeras emisiones tuvieron lugar el 10 de junio de 2018.

[28] Véase en estos aspectos el Informe sobre lenguaje no sexista del Parlamento Europeo, de 13 de febrero de 2008. Página web de consulta: *http://www.fademur.es/_documentos/Informe-Eurocamara-Lenguaje-sexista.pdf.* Fecha de última visita: 09.04.2018.

De acuerdo con este argumento, y a modo de 'Recomendaciones', entre los usos fundamentales que debe guiar el contenido informativo del nuevo ente público valenciano se encuentra:

1. El uso de formas genéricas y sustantivos genéricos. *Ejemplo: la parte demandada.*

2. Para referirse a nombres de profesiones, títulos y cargos, se podrá hacer alusión a la acción, función u organismo al cual representa. *Ejemplo: alcaldía, presidencia.*

3. Se podrá sustituir el nombre genérico por una metonimia. *Ejemplo: cambiar los candidatos a la presidencia por las candidaturas a la presidencia.*

4. Cuando se trata de titulaciones que no hacen referencia a una persona en concreto, se podrá utilizar las denominaciones de las mismas evitando el masculino. *Ejemplo: licenciatura (y no licenciado).*

5. El uso de un adjetivo en lugar de un sustantivo puede ser una alternativa al masculino singular y las formas dobles. *Ejemplo: Colegio Notarial de Castellón en lugar de Colegio de Notarios.*

6. El uso de las formas dobles completas expresa la voluntad de precisar o enfatizar la referencia a mujeres y hombres con la intención de hacer visibles a las mujeres, en las alusiones genéricas de las profesiones. *Ejemplo: Se necesita locutor o locutora para à punt.*

7. Adaptación del nombre de las profesiones. *Ejemplo: doctor/doctora.*

8. Utilización de construcciones no sexistas. *Ejemplo: funcionariado (no marca el género).*

9. Tratamiento simétrico. *Ejemplo: El/Ella ha tomado posesión.*

10. Estrategia retórica. *Ejemplo: Mujeres (más recomendable) que mujer, esta medida se aplicará para hacer referencia a contextos históricos*[29].

Estas medidas, entre otras, constituyen un avance a fin de garantizar la igualdad y evitar determinados contenidos que puedan dañar la imagen de la

[29] Véase *Libro de Estilo de la Corporación Valenciana de Medios de Comunicación*, Publicación de la Generalitat Valenciana, noviembre 2017, p. 41-49. Página web de consulta: *https://www.apuntmedia.es/images/documentos/Llibre-destil-CVMC_web.pdf*. Fecha de última visita: 09.04.2018.

mujer a través de los medios de comunicación. Por lo que hemos tenido ocasión de comentar, la búsqueda de esta información es mucho más sencilla que en el caso estatal, a propósito de RTVE[30], lo cual facilita su incorporación y la adopción de la información por parte de la ciudadanía. En este sentido, falta a mi juicio por crear, un Estatuto del Periodista que siente las bases para la aplicación de estas normas entre los profesionales del sector.

No obstante, las perspectivas son positivas en un escenario, donde se comienzan a observar indicios de aplicación de cláusulas que permiten que los medios sean más cautelosos en la presentación de las diferentes noticias de violencia de género en el informativo. Ejemplo de ello, es la inadecuada presentación de un hecho de violencia de género donde aparezca la imagen de la mujer fallecida. La emisión de estas imágenes puede llegar a incentivar y normalizar la violencia. Por ello, se debe dotar a los medios de los mecanismos necesarios a fin de evitar un mal uso de la información sin olvidar, tanto a nivel estatal como autonómico, los postulados europeos sobre tratamiento de las víctimas de violencia de género[31].

4.1.3 La importancia del soporte en la difusión de contenidos publicitarios que fomenten la violencia de género

La publicidad se ha convertido, en los últimos años, en una herramienta muy importante con el objeto de prevenir conductas de violencia de género. Debemos recordar que, a diferencia de los medios de comunicación, cuya regulación viene contenida en la LGCA, la previsión normativa de la publicidad queda reconocida en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en adelante LGP). El presente texto, define a la publicidad como "Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles

---

[30] Véase en este sentido, RTVE, *5.5. Tratamiento de la violencia contra las mujeres*, en la página web: *http://manualdeestilo.rtve.es/cuestiones-sensibles/5-5-tratamiento-de-la-violencia-contra-las-mujeres/*. Fecha de última visita: 10.04.2018.

[31] Entre otras, Comisión Europea, *Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias*, COM (96) 67 final: 21 de febrero de 1996. Página web: *http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0067&from=ES,* fecha de última visita: 09.04.2018. También, la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos delimita el concepto de "violencia por motivos de género". Véase asimismo, otras medidas que se han aplicado desde la UNIÓN EUROPEA "Por una sociedad sin violencia de género", del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en *http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/marcoInternacional/ambitoInternacional/unionEuropea/normativa/home.htm*. Fecha de última visita: 08.04.2018.

o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones" (art. 2 LGP). No obstante, el fin empresarial, no podrá justificar en ninguno de los casos, el contenido publicitario que se desea transmitir cuando comporte connotaciones ilícitas, las cuales tendrán determinadas consecuencias jurídicas dependiendo del soporte a través del cual se emita. Véase, vallas, marquesinas, carteles, rótulos, edificios, etc.

En esencia, se trata de un texto normativo antiguo en el que podemos observar una cierta complejidad respecto a la regulación del contenido[32]. En concreto, cuando su emisión incite a la comisión de actos que induzcan a la violencia de género o degradación de la imagen de la mujer, ya que, a diferencia de los medios de comunicación, su regulación dependerá del soporte de transmisión[33].

A pesar de que la LGP resulta bastante esclarecedora en estos términos, existen asuntos aún por resolver. Entre ellos, encontramos la emisión de contenidos vejatorios hacia la mujer emitidos a modo de publicidad a través de la prensa. Véase como ejemplo, el Informe del Consejo de Estado E1/2010 sobre las posibilidades de actuación contra el contenido sexual y prostitución publicados a diario en diversos medios de comunicación de prensa escrita. El presente documento fue favorable a la supresión de contenidos despectivos hacia la mujer, pero con escaso éxito en la práctica, debido a que su publicación constituye la base de su financiación[34]. Es en este punto, donde deben actuar los poderes públicos, donde a través de recomendaciones y sanciones intentan evitar la emisión de contenidos que induzcan a la violencia de género.

4.2 La actuación de las Autoridades de Regulación Independiente respecto a la violencia de género en el contenido audiovisual

En España, existen en la actualidad Administraciones de Regulación Independiente que deben velar por el control y la supervisión de los diferentes contenidos audiovisuales con el objeto de garantizar la legalidad[35]. Por un lado,

---

[32] BELANDO GARÍN, Beatriz, «El papel de la regulación y supervisión pública de los medios de comunicación en la erradicación de la violencia de género», *Retos de la Comunicación ante la Violencia de género*, en José María Bernardo Paniagua; Elena Martínez Garcia y Gonzalo Montiel Roig (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 83-95.

[33] ANDRÉS SEGOVIA, Belén, «La divergente regulación del contenido publicitario por razón de género según el soporte», *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 6, 2017, p. 259-277.

[34] Entre otros, véase la CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia*, Informe sobre el cumplimiento de las obligaciones de servicio público por la corporación radio y televisión española y su financiación años 2015 y 2016,* MSP/CNMC/001/16, de 27 de marzo de 2018. Página web de consulta:*https://www.ara.cat/2018/04/04/CNMC_informe_RTVE.pdf?hash=320de9f6adaa3a11f1bc55667ccedb197f8c5ead.* Fecha de última visita: 09.04.2018.

[35] BOIX PALOP, Andrés, MARTÍNEZ OTERO, Juan María y MONTIEL ROIG, Gonzalo (Coords.), *Regulación y control sobre contenidos audiovisuales en España*, Navarra, Aranzadi, 2017.

conocemos desde una perspectiva estatal, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante CNMC). Por otro lado, desde la perspectiva autonómica, existen el Consell Audiovisual de Catalunya (en adelante CAC), el Consejo Audiovisual Andaluz (en adelante CAA[36]) y el Consell del Audiovisual de la Comunitat Valenciana (CACV[37]).

Por su parte, el CAC ha venido cumpliendo una labor muy importante en la erradicación de la violencia de género en el sector audiovisual. A fin de acometer esta realidad, se aprobó, entre otros, un Informe con hasta 15 Recomendaciones sobre el Trato de la Violencia Machista en los medios de comunicación en noviembre de 2009, que pretendía mostrar métodos de conducta adecuados, a fin de tratar los diferentes formatos informativos y dar a conocer su respuesta ante su incumplimiento. En esencia, estableciendo mecanismos de supervisión y control de aquellos contenidos que fomentaran conductas de violencia contra la mujer.

Respecto al CAA, se ha elaborado una Guía de tratamiento informativo para la violencia de Género[38] a través del cual se pretende erradicar cualquier tipo de manifestación que conduzca a fomentar conductas arraigadas de violencia de género a través de los medios de comunicación.

Por último, el CACV, ya ha comenzado a dejar entrever entre sus fines la necesidad de contemplar la perspectiva de género del siguiente modo

> *La plena eficacia de los derechos de la ciudadanía en relación con los medios audiovisuales y el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la legislación vigente. En especial, se deberá respetar: la pluralidad, la diversidad, la diversidad funcional, la igualdad de género, los derechos de las personas menores de edad, favoreciendo así una alianza intergeneracional, la no discriminación, igualdad de trato a las minorías, respetando en todo caso, los principios de transversalidad y perspectiva de género (art. 4.1.g) LCACV).*

A pesar de que es pronto para valorar su cumplimiento, si que es cierto que este artículo abre la posibilidad a instaurar un nuevo sistema audiovisual

---

[36] GHICHOT, Emilio (Coord.), *Derecho de la Comunicación*, Cuarta Edición, Madrid, Iustel, 2016, p.107-110.

[37] Este organismo independiente de regulación se crea a raíz de la aprobación de la Ley 10/2018, de 18 de mayo, de creación del Consell del Audiovisual de la Comunitat Valenciana. Para una información más detallada sobre el mismo, véase, ANDRÉS SEGOVIA, Belén, «La creación del Consell del Audiovisual de la Comunitat Valenciana: una realidad a tenor de la Ley 10/2018, de 18 de mayo», *Revista Jurídica de Tirant Lo Blanch*, núm. 67, 2018, (en prensa).

[38] Consejo Audiovisual de Andalucía, Guía de tratamiento informativo para la violencia de Género, con fecha 8 de junio de 2016. Véase su contenido a través de la página web oficial del CAA: *http://www.consejoaudiovisualdeandalucia.es/actividad/actuaciones/recomendaciones/2016/06/guia-parael-tratamiento-informativo-de-la-violencia-d*. Fecha de última visita 20.06.2017.

basado en: la igualdad y el control de la emisión de contenidos que fomenten la violencia de género.

No obstante, tras observar las diferentes iniciativas que se están ofreciendo desde las diferentes Administraciones autonómicas, no podemos advertir que suceda lo mismo respecto a la de origen estatal. Por ello, la CNMC ante la ausencia de una regulación en este sentido, deberá proceder a la elaboración de un código que permita defender la promoción de la igualdad y la erradicación de la violencia de género que contemple, como campo de aplicación, la totalidad del territorio español. En estos aspectos, tras su aprobación, deberá asumir las competencias correspondientes a la elaboración de informes periódicos que muestren cuál es la realidad comunicativa respecto a la violencia de género. De este modo, se podría observar cuales son los problemas que se suscitan de este medio, y así, poder proponer ulteriores soluciones para su erradicación, sin los cuales, estos propósitos quedarán en meras declaraciones de intenciones desiertas de protección.

Si bien es cierto que se comienzan a tomar medidas en este sentido, como es el caso de la existencia de una *Subcomisión para un Pacto de Estado en materia de Violencia de Género*[39], lo establecido en la misma no resulta eficiente por cuanto no va acompañado de la asignación de una partida presupuestaria que lo ejecute. Por ello, considero que se debe educar a la ciudadanía y a los profesionales de la información a fin de conseguir que los medios de comunicación no emitan contenidos que fomenten la violencia de género, logrando de este modo la consecución de una sociedad más igualitaria y sin violencia.

5. Conclusión

En esencia, este proceso de digitalización y de comunicación en red en el que han ido evolucionando los medios de comunicación, ha permitido numerosos avances que han contado con connotaciones positivas y negativas respecto a la violencia de género. Por un lado, la cara de la moneda nos muestra, cómo determinados contenidos nos han permitido conocer mecanismos con los que poder combatir casos de violencia de género y la existencia de nuevas modalidades comunicativas que nos ayudan a vislumbrar tales situaciones. A título de ejemplo, haciendo más eficaz, en algunos casos, la atención prestada por parte de los diferentes agentes de protección cívicas (constituyendo este uno de los aspectos positivos de las nuevas tecnologías). Por otro lado, encontramos la cruz de la moneda, que nos muestra las desventajas que de los nuevos avances se deducen en relación a la violencia de género. Véase determinadas conductas que

[39] Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 8 de agosto de 2017, núm. 200, sobre la constitución de una "*Subcomisión para un Pacto de Estado en materia de Violencia de Género*".

reproducen y fomentan actos ilícitos, tales como el: *Sexting, stalking, grooming, etc*… Ante esta realidad, corresponde al Derecho y a las Administraciones Públicas determinar nuevos mecanismos de prevención y erradicación de la violencia de género a través del sector audiovisual, fomentando y dando ejemplo de una educación y una cultura basada en la igualdad.

Bibliografía

ANDRÉS SEGOVIA, Belén, *Las transformaciones de la televisión pública valenciana*, Tirant Lo Blanch, 2015.

ANDRÉS SEGOVIA, Belén, «La divergente regulación del contenido publicitario por razón de género según el soporte», *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 6, 2017.

ANDRÉS SEGOVIA, Belén, «La creación del Consell del Audiovisual de la Comunitat Valenciana: una realidad a tenor de la Ley 10/2018, de 18 de mayo», *Revista Jurídica de Tirant Lo Blanch*, núm. 67, 2018, (en prensa).

BELANDO GARÍN, Beatriz, «Función Pública y realidad social. La nueva adaptación del régimen jurídico de los funcionarios públicos realizada por la Ley Integral contra la Violencia de Género», *La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre),* en Javier Boix Reig y Elena Martínez García (Coords.), Madrid, Iustel, 2005.

BELANDO GARÍN, Beatriz, «El papel de la regulación y supervisión pública de los medios de comunicación en la erradicación de la violencia de género», *Retos de la Comunicación ante la Violencia de género*, en José María Bernardo Paniagua; Elena Martínez García y Gonzalo Montiel Roig (coords.),Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

BELANDO GARÍN, Beatriz, «Pacte Valencià contra la violencia de gènere i masclista», *Seminario organizado por la Cátedra PROTECPOL* y moderado por LLORIA GARCÍA, Paz, el viernes, 2 de febrero de 2017, en la Sala Tomás Vives (Departamento de Derecho penal, Universitat de València).

BOIX PALOP, Andrés, MARTÍNEZ OTERO, Juan María y MONTIEL ROIG, Gonzalo (Coords.), *Regulación y control sobre contenidos audiovisuales en España*, Navarra, Aranzadi, 2017.

DE LA SIERRA MORÓN, Susana, *Derecho del Cine: Administración cultural y mercado*, Madrid, Iustel, 2010.

ESCÁMEZ SÁNCHEZ, Juan, «La prevención educativa de la violencia de género», *La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre),* en Javier Boix Reig y Elena Martínez García (Coords.), Madrid, Iustel, 2005.

FUERTES LÓPEZ, Mercedes, *Neutralidad de la red ¿realidad o utopía?*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

GHICHOT, Emilio (Coord.), *Derecho de la Comunicación*, Cuarta Edición, Madrid, Iustel, 2016.

LLORIA GARCÍA, Paz, «La influencia de los medios en la regulación y aplicación de los delitos de violencia sobre la mujer», *La Prevención y Erradicación de la Violencia de Género*, Elena Martínez García (Dir.), Valencia, Editorial Aranzadi, 2012.

LLORIA GARCÍA, Paz, «Violencia de Género en el entorno digital», *Crímenes y castigos, miradas al Derecho Penal a través del arte y la cultura*, en la obra de Tomás Salvador Vives Antón; Juan Carlos Carbonell Mateu; José Luis González Cussac; Alberto Alonso Rimo y Margarita Roig Torres (Dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

LLORIA GARCÍA, Paz (Dir.), *Convivencia ciudadana: mediación, conciliación y técnicas de prevención y resolución del conflicto ciudadano*, Madrid, Iustel, 2018.

MONTIEL ROIG, Gonzalo, «¿Qué contenidos generan violencia y desigualdad de género? Una aproximación a la regulación y autorregulación de los medios de comunicación», *Retos de la Comunicación ante la Violencia de género*, en José María Bernardo Paniagua; Elena Martínez García y Gonzalo Montiel Roig (Coords.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009.

SALA FRANCO, Tomás y CARDONA RUBERT, María Belén, «La negociación colectiva y el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres*, en la obra de Tomas Sala Franco, Mª Amparo Ballester Pastor, José María Baño León, José Miguel Embid Irujo, José María Goerlich Peset (Coords.), Wolters Kluwer, 2008, p. 379-402.

SEVILLA MERINO, Julia, BELANDO GARÍN, Beatriz, FABREGAT MONFORT, Gemma y, GARCÍA CAMPÁ, Santiago, *Llibre Violeta de la funció* pública valenciana, Generalitat Valenciana, Consellería de Justicia, Administració Pública, Valencia, Reformes Democrátiques i Llibertats Públiques, 2017.

¿SON LOS DIÁLOGOS RESTAURATIVOS EN DETERMINADOS ESCENARIOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO INSTRUMENTOS EMPODERADORES PARA LA IGUALDAD?

Cristina ALONSO SALGADO[1]

1. Introducción

En mil ocasiones se han destacado las limitaciones de la *restorative Justice* y, específicamente, de la mediación penal, con respecto a ciertos delitos. Sin embargo, como es sabido, el nuevo paradigma y el procedimiento mediador en el ámbito penal no representan realidades idénticas.

[1] Investigadora del Área de Derecho Procesal. Doctora en Derecho. Universidad de Santiago de Compostela

A decir verdad, la pujanza de la mediación penal en la literatura jurídica[2] ha opacado otros métodos de la Justicia restaurativa[3]. En otras palabras: aun cuando las posibilidades restaurativas son diversas, el sistema de Justicia penal parece haber focalizado casi todos sus afanes en la mediación.

A nuestro juicio, sólo el ánimo de ciertos sectores jurídicos por potenciar un *alter ego* restaurativo al proceso penal convencional, explica el actual empuje de la mediación. Con todo, no queremos inducir a equívoco: saludamos con entusiasmo el vigor del señalado método, sólo que al tiempo, subrayamos que el mismo no debe servir para ensombrecer las múltiples opciones ofrecidas por la *restorative Justice*[4].

Y ello porque, en no pocas ocasiones, la devoción filo-mediadora pretende, *sotto voce*, estandarizar lo que, por su propio carácter, resulta forzosamente

---

[2] *Vid*., ALONSO SALGADO, Cristina, *La mediación en el proceso penal,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2018; GARCIANDÍA GONZÁLEZ, Pedro María; SOLETO MUÑOZ, Helena (dirs.), *Sobre la mediación penal: (posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español*), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson Reuters, 2012; RÍOS MARTÍN, Julián [*et al.*], *La mediación penal y penitenciaria: experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano***,** Majadahonda (Madrid), Colex, 2012; BARONA VILAR, Silvia, *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011; BARONA VILAR, Silvia (dir.), *La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos: (experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile),* Valencia, Tirant lo Blanch, 2009; MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia,* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2010; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (dir.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos: análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, Las Rozas (Madrid): La Ley, 2013, etc.

[3] En relación al debate sobre el "nuevo paradigma" *vid.* QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «El nuevo paradigma de la justicia restaurativa: la pretensión de superación del modelo vigente», in *Justicia restaurativa y violencia de género: más allá de la Ley Orgánica 1/2004*, Raquel Castillejo Manzanares (dir.), Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2014; ALONSO SALGADO, Cristina, «La justicia restaurativa en la reciente "transformación" del sistema de Justicia Penal. Especial referencia a la Ley 4/2015, de 27 de abril, como encarnación de un despropósito», in *Los desafíos de la justicia en la era post-crisis*, Ana Neira Pena (dir.), Barcelona, Atelier, 2016, etc.

[4] "*Las experiencias restaurativas, presididas bajo un prisma de informalidad congénito –máxime frente a las rígidas estructuras procesales del modelo de Justicia tradicional-, exigen fundamentalmente la concurrencia de tres axiomas ya referidos anteriormente: la asunción de responsabilidades y resocialización del victimario; la reparación de la víctima; y finalmente, la participación de la sociedad en las prácticas restaurativas para optimizar el análisis de las causas y para mejorar la prevención del delito. Del mismo modo, se hacen necesarias notas definitorias tales como la ordenación del diálogo, la vocación de encontrar una solución al conflicto y el absoluto protagonismo de las partes tanto en la expresión de necesidades y sentimientos, como en la asunción de compromisos, etc.*", en ALONSO SALGADO, Cristina, «Más allá de la mediación. La justicia restaurativa en la propuesta de nuevo Código Procesal Penal», en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal,* Víctor Moreno Catena (dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 800.

heterodoxo. Si, de manera más o menos discutible, se habla de cambio de paradigma, parece razonable pensar que todos los esfuerzos para homologar su metodología pasan por una no asunción de su acervo transformador.

Bajo la evidente "sobre-socialización" del procedimiento mediador, cabe identificar en muchas ocasiones una subterránea desconfianza no sólo hacia la señalada formulación, sino hacia, en general, todos los métodos del nuevo paradigma.

A mayor abundamiento: la negación *de facto* de la pluralidad metodológica a la que antes se hacía referencia, comporta la exclusión de formulaciones que, por su propia naturaleza, pueden resultar incluso, más maleables para adaptarse al caso concreto y, por tanto, más apropiados para la resolución del litigio penal.

A las objeciones de carácter estratégico[5] hay que añadir las resistencias que el debate sobre la incorporación del nuevo paradigma/mediación al sistema de Justicia penal español ha suscitado en la doctrina. A este respecto pueden ser subrayadas cuestiones tales como la determinación del ámbito subjetivo de la mediación, de su ámbito objetivo: comisión con violencia grave, en régimen de tentativa, etc.

Conviene notar en lo que a nosotros concierne los reparos nucleados en torno a su presunta inadecuación para el abordaje de delitos que generan una alta victimización primaria, o aquéllos que, sin atesorar tal condición, son susceptibles de generarla en su formulación secundaria.

Sobre este fundamento se levanta la interdicción dispuesta en el artículo 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y el escenario en el que se sitúan las objeciones de la relación mediación-violencia de género[6].

---

[5] En otras palabras, a la confusión conceptual entre el nuevo paradigma del Derecho penal y un método ADR (*Alternative Dispute Resolution*) que, como sabemos, puede no responder a parámetros restaurativos, hay que añadir problemáticas de estricta técnica jurídica.

[6] DELGADO ÁLVAREZ, Carmen; SÁNCHEZ PRADA, Andrés, «La inviabilidad de la mediación en violencia de género: claves psicológicas», in *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis*, Fernando Martín Diz (coord.), Santiago de Compostela, Andavira, 2011; DEL POZO PÉREZ, Marta, «¿Es adecuada la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004?», in *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis,* Fernando Martín Diz (coord.), Santiago de Compostela, Andavira, 2011, etc.

2. En relación al artículo 44.5 de la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género

Tal y como prevé el artículo 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género[7], en el sistema de Justicia penal español[8] no resulta posible mediar en supuestos de violencia de género. En idéntica línea la Ley 4/2015, de 27 de abril, por la que se aprueba el Estatuto de la víctima del delito, fortalece de manera innecesaria la prohibición al disponer en su artículo 15 que las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa cuando, entre otros requisitos, no esté prohibida por la ley para el delito cometido[9].

Como es sabido, la prohibición se acostumbra a fundamentar en dos argumentos: que, violencia mediante, la mediación resulta improcedente en todos los casos; y que, de igual modo resulta inconveniente, porque no existe igualdad entre víctima y victimario.

---

[7] En adelante, LO 1/2004.

[8] No nos adentraremos en otros debates: en este momento nos referimos al sistema de Justicia penal de adultos.

[9] En adelante, Ley 4/2015. Literalmente, su artículo 15 dispone que "*1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad; b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento; c) el infractor haya prestado su consentimiento; d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido. 2. Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función. 3. La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento*".

Cabe rebatir frente al primero de los argumentos que la normativa internacional[10] no indica la tipología de hechos delictivos susceptibles de derivación a mediación. Lo más que hace es efectuar consideraciones sobre ciertas especificidades metodológicas.

Bien es cierto que la interdicción no es exclusiva del sistema español. Ello no obstante, conviene ahora distinguir que, incluso algunos de esos otros ordenamientos acabaron por posibilitar la opción mediadora mediante figuras jurídicas auspiciadas en el principio de oportunidad reglada. Además, aun cuando pueda parecer tautológico, se hace preciso notar lo que por evidente no debe dejar de ser subrayado: otros tantos ordenamientos de nuestro mismo contexto político-económico, social o cultural, esto es, países en los que la violencia de género obedece a patrones, al menos, similares a los que operan en la sociedad española, no han prohibido la mediación en supuestos de violencia de género.

El segundo de los argumentos se nuclea, tal y como se señalaba *supra*, en torno a la ausencia de igualdad entre las partes. La objeción hunde sus raíces en la consideración de que la mediación en este tipo de contextos puede acabar por revictimizar a la víctima. Con todo, en nuestra opinión, el reparo se fundamenta en una más que presunta desigualdad entre ella y el victimario. Se parte de una idea que lejos, de lo que *prima facie* pudiera parecer, resulta absolutamente refutable. Y es que es más que discutible que la víctima, por serlo en relación a delitos de naturaleza grave, no pueda, nunca, en ningún caso, situarse en un plano de igualdad para la comunicación con el victimario; que siempre y en todo caso vaya a padecer estrés postraumático, etc. Asimismo, determinar lo que por igualdad deba ser entendido, resulta más que difícil. No es ello poco, más aún si se considera la desigualdad de inicio de la que se parte en el ámbito penal tras la perpetración del delito. Además

> *(…) pretender una exacta igualdad podría llegar a contradecir algunos de los extremos donde existe un cierto acuerdo doctrinal y empírico. Así, si la mediación y otras prácticas restaurativas poseen el efecto positivo para las víctimas de reducir el estrés post-traumático derivado del delito, particularmente en los casos en los que éste es grave, ello implica necesariamente que se deba aceptar la posible pre-*

[10] Son innumerables las referencias. Se trae aquí a colación por su interés, el punto 3.9 de la Recomendación n.º R (98)1 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la mediación familiar, de acuerdo con el que los Estados deben velar por la existencia de fórmulas adecuadas para que la mediación se lleve a cabo de conformidad con ciertos principios. Específicamente y en lo que aquí respecta, la persona mediadora debe prestar un particular celo para conocer si ha habido violencia entre las partes o si es susceptible de producirse en el futuro, a los efectos que pueda tener sobre la situación de las mismas en el procedimiento. De igual modo, la persona mediadora debe examinar si, en las señaladas circunstancias, la mediación es adecuado.

> *sencia del mismo en el proceso restaurativo, siempre y cuando no exista una grave situación de desventaja invalidante de cualquier tipo de diálogo*[11].

Insistimos: ¿acaso todos los supuestos de violencia de género cuentan con idéntica gravedad?, ¿son todos supuestos graves?, ¿generan siempre y en todo caso estrés postraumático? No podemos más que enunciar nuestra tesis para no extralimitarnos, sin embargo, conviene destacar la psiquiatría especializada diferencia veinticinco niveles en la graduación del impacto de la violencia en las relaciones interpersonales de carácter familiar y que, en la mayoría de los referidos niveles -dejando por supuesto al margen los que representan violencia grave-, la mediación se identifica como una metodología idónea[12].

Con todo, tal y como venimos de explicar el legislador español ha optado, precisamente, por proscribir la opción mediadora para todos los supuestos de violencia de género. Esta posibilidad de política criminal comporta una neutralización parcial de la víctima y su relegación en la persecución de los hechos delictivos,

> *(…) en aras a la consecución de una política criminal serena, objetiva y desapasionada. El Estado se apropia del conflicto con la intención de hacer disminuir la violencia privada y afirmar la soberanía de la Ley; además, el proceso penal se convierte en un instrumento de custodia de los derechos del imputado y, al mismo tiempo, la creación de órganos específicos de acusación penal (el Ministerio Fiscal que, aunque puede defender los intereses de la víctima, sin embargo, no representa a ésta, sino al Estado) relevan al ofendido de la necesidad de llevar el peso del proceso en la defensa de sus intereses*[13].

En no pocas ocasiones, ello acaba por generar un efecto absolutamente contraproducente. La práctica forense evidencia que más veces de las tolerables, el proceso se convierte en una herramienta disfuncional en cuanto a los fines del sistema de Justicia penal y, particularmente, disfuncional en relación a la víctima y el victimario. El proceso penal en su diseño convencional ocasiona más sufrimiento personal en el victimario que valores reeducativos, de modo que no sólo

---

[11] GUARDIOLA LAGO, María Jesús, «La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal», *Revista General de Derecho Penal*, nº 12, 2009, p. 1-41.

[12] CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, «Mediación en violencia de género, una solución o un problema», *Mediación: un método de conflictos. Estudio interdisciplinar*, Nicolás González-Cuéllar Serrano (dir.), Madrid, Colex, 2010, p. 202.

En línea contraria, DEL POZO PÉREZ, Marta, «¿Es adecuada la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004?», in *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis*, Fernando Martín Diz (coord.), Santiago de Compostela, Andavira, 2011, p. 283 y ss.

[13] FERREIRO BAAMONDE, Xulio, *La víctima en el proceso penal,* Madrid, La Ley, 2005, p. 21-22.

se dificulta su resocialización, sino que también se incrementan las probabilidades de reincidencia. Afecta, igualmente, a la víctima, en tanto que la despoja de la soberanía de la controversia y no se atienden sus intereses y necesidades de reparación, con la misma firmeza, que se da respuesta a la necesidad de castigar el ilícito por parte del sistema de Justicia penal.

A nuestro juicio, la opción sobre-protectora que representa la prohibición de mediar no hace sino aplicar una *capitis diminutio* sobre la mujer víctima de violencia de género. Y ello porque la acaba proyectando como un ser incapaz, siempre y en todos los supuestos, de intervenir en un método diseñado, justamente, para empoderarla en la búsqueda de una solución consensuada al conflicto[14]. En nuestra opinión, por tanto, para evitar los procesos de victimización es preciso dotar al proceso penal tradicional de una herramienta de gestión del conflicto que fortalezca la participación de las partes y favorezca la reparación de la víctima y la auto-responsabilización del victimario.

3. Desde una perspectiva de *lege ferenda*: opciones en relación a las formulaciones restaurativas

A la vista de lo que se viene de examinar, con la prohibición el sistema se optó por imposibilitar la mediación en supuestos de violencia de género. Se procedió categóricamente, en tanto que aparentemente se han dejado pocos cabos sueltos mediante los que poder sortear la exclusión de la opción mediadora. Al contrario que en otros sistemas, en el español se han extremado todas las cautelas para evitar que tal posibilidad se pudiera producir. Nótese en esta línea, por ejemplo, en lo previsto en los artículos 149 y 150 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado en Consejo de Ministros de 27 de julio de 2011[15], de conformidad con los que tanto el archivo por razones de oportunidad, como la suspensión del procedimiento por razones de oportunidad no pueden ser de aplicación a los delitos de violencia de género.

Habida cuenta de la dicción de la prohibición de la LO 1/2004, cabría pensar que, en puridad, sólo se descarta el procedimiento mediador y no otras metodologías propias del nuevo paradigma. Así pues, vedada la posibilidad mediadora, cabría valorar la opción de aplicar al supuesto de violencia de género un diálogo restaurativo entre partes a través de formulaciones tales como confe-

---

[14] ESTIRADO DE CABO, César, «Cuestiones relevantes de derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y de enjuiciamiento», *La mediación civil y penal. Un año de experiencia,* Margarita Pérez-Salazar Resano y Julián Ríos Martín (dirs.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008, p. 212 y ss.

[15] En adelante, ALECrim.

rencias[16] o círculos[17]. Sin embargo, esta opción tampoco se halla exenta de problemas, porque no son pocas las disposiciones legales que, negando la mayor, simplemente impiden el contacto entre partes, imposibilitando de este modo la aplicación de formulaciones propias del nuevo paradigma. Puede destacarse en este sentido, la dificultad representada por la obligatoriedad de la imposición de la pena accesoria de alejamiento. A este respecto, resulta de interés, a nuestro juicio, valorar la opción de la modificación del artículo 57 del Código Penal[18], en la línea de dejar tal posibilidad *"(…) al arbitrio judicial en aquellos supuestos en los que se hubiera producido conciliación entre la víctima y la persona condenada"*[19].

En parecido sentido puede notarse lo dispuesto en el artículo 83 del CP que, con respecto a la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, prevé que cuando resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos hechos delictivos, el órgano jurisdiccional puede condicionar la señalada suspensión al cumplimiento de ciertos deberes y prohibiciones. Particularmente, si se trata de hechos delictivos perpetrados sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, se impondrán siempre las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1.ª, 4.ª y 6.ª del artículo 83.1 del CP[20]:

---

[16] Sobre las conferencias *vid*. GUARDIOLA, María Jesús, ALBERTÍ, Mónica, CASADO, Clara y SUSANNE, Graciela, «Conferencing: origen, transferencia y adaptación», *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Josep Tamarit Sumalla (coord.), Granada, Comares, 2012, p. 239.

[17] Los denominados *Circles*, fundamentados en la participación no sólo de victimario y víctima, sino también y, muy especialmente, en la de aquellas personas representativas del contexto comunitario interesadas en intervenir en la resolución del conflicto. La configuración de los "círculos" está específicamente diseñada para satisfacer su objetivo fundamental, el de pacificar la comunidad y reparar el daño originado (en BELTRÁN MONTOLIU, Ana, «Modelo de mediación en los Estados Unidos de América», *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos,* Silvia Barona Vilar (dir.), Valencia*,* Tirant lo Blanch, 2009, p. 53-62). Para el debate, también en particular en relación al *Circle sentencing vid.* MARQUES CEBOLA, Cátia, *La mediación. Un instrumento de la Administración de la Justicia para la solución de conflictos,* Salamanca, Universidad de Salamanca, 2011, p. 355-356; SOLETO MUÑOZ, Helena, «La justicia restaurativa como elemento complementario a la justicia tradicional», *Sobre la mediación penal. Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español,* Pedro María Garciandía González y Helena Soleto Muñoz (dirs.), Cizur Menor (Navarra), Thomson-Reuters Aranzadi, 2012, p. 62 y ss.

[18] En adelante, CP.

[19] RÍOS MARTÍN, Julián; OLAVARIA IGLESIA, Teresa, «Conclusiones del curso la mediación civil y penal. Dos años de experiencia. 2ª parte del curso sobre alternativas a la judicialización de los conflictos dirigidos a jueces de familia y penales», *La mediación civil y penal. Un año de experiencia,* Margarita Pérez-Salazar Resano y Julián Ríos Martín (dirs.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008, p. 264-265.

[20] Apartado segundo del referido artículo.

1.ª Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que se determine por el juez o tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio. La imposición de esta prohibición será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada (…) 4.ª Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos (…) 6.ª Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares".

Bibliografía

ALONSO SALGADO, Cristina, «La justicia restaurativa en la reciente "transformación" del sistema de Justicia Penal. Especial referencia a la Ley 4/2015, de 27 de abril, como encarnación de un despropósito», *Los desafíos de la justicia en la era post-crisis,* Ana Neira Pena (dir.), Barcelona, Atelier, 2016.

ALONSO SALGADO, Cristina, *La mediación en el proceso penal,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

ALONSO SALGADO, Cristina, «Más allá de la mediación. La justicia restaurativa en la propuesta de nuevo Código Procesal Penal», en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal,* Víctor Moreno Catena (dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

BARONA VILAR, Silvia, *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

BARONA VILAR, Silvia (dir.), *La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos: (experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

BELTRÁN MONTOLIU, Ana, «Modelo de mediación en los Estados Unidos de América», *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos,* Silvia Barona Vilar (dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, «Mediación en violencia de género, una solución o un problema», *Mediación: un método de conflictos. Estudio interdisciplinar,* Nicolás González-Cuéllar Serrano (dir.), Madrid, Colex, 2010.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (dir.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos: análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario,* Las Rozas (Madrid), La Ley, 2013.

DEL POZO PÉREZ, Marta, «¿Es adecuada la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004?», *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis,* Fernando Martín Diz (coord.), Santiago de Compostela, Andavira, 2011.

DELGADO ÁLVAREZ, Carmen; SÁNCHEZ PRADA, Andrés, «La inviabilidad de la mediación en violencia de género: claves psicológicas», *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis*, Fernando Martín Diz (coord.), Santiago de Compostela, Andavira, 2011.

ESTIRADO DE CABO, César, «Cuestiones relevantes de derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y de enjuiciamiento», *La mediación civil y penal. Un año de experiencia,* Margarita Pérez-Salazar Resano; Julián Ríos Martín (dirs.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008.

FERREIRO BAAMONDE, Xulio, *La víctima en el proceso penal*, Madrid, La Ley, 2005.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, Pedro María; SOLETO MUÑOZ, Helena (dirs.), *Sobre la mediación penal: (posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español),* Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson Reuters, 2012.

GUARDIOLA LAGO, María Jesús, «La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal», *Revista General de Derecho Penal*, nº 12, 2009.

GUARDIOLA, María Jesús, ALBERTÍ, Mónica, CASADO, Clara y SUSANNE, Graciela, «Conferencing: origen, transferencia y adaptación», *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones,* Josep Tamarit Sumallia (coord.), Granada, Comares, 2012.

MARQUES CEBOLA, Cátia, *La mediación. Un instrumento de la Administración de la Justicia para la solución de conflictos*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2011.

MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2010.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «El nuevo paradigma de la justicia restaurativa: la pretensión de superación del modelo vigente», *Justicia restaurativa y violencia de género: más allá de la Ley Orgánica 1/2004*, Raquel Castillejo Manzanares (dir.), Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2014.

RÍOS MARTÍN, Julián [*et al.*], *La mediación penal y penitenciaria: experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Majadahonda (Madrid), Colex, 2012.

RÍOS MARTÍN, Julián; OLAVARIA IGLESIA, Teresa, «Conclusiones del curso la mediación civil y penal. Dos años de experiencia. 2ª parte del curso sobre alternativas a la judicialización de los conflictos dirigidos a jueces de familia y penales», *La mediación civil y penal. Un año de experiencia,* Margarita Pérez-Salazar Resano; Julián Ríos Martín (dirs.), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008.

SOLETO MUÑOZ, Helena, «La justicia restaurativa como elemento complementario a la justicia tradicional», *Sobre la mediación penal. Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español,* Pedro María Garciandiá González y Helena Soleto Muñoz (dirs.), Cizur Menor (Navarra), Thomson-Reuters Aranzadi, 2012.

CIDADANIA SEXUAL EM ÁFRICA: REPENSAR FORMAS DE INCLUSÃO EM MOÇAMBIQUE

Rui André GARRIDO[1]

A cidadania configura um estatuto jurídico que se traduz num vínculo entre um Estado e os cidadãos e do qual resultam direitos e deveres para ambas as partes[2]. Este vínculo funciona, desta maneira, como um mecanismo de pertença ou exclusão dos indivíduos numa determinada comunidade política. A cidadania assume, desta forma, um papel fundamental na composição identitária de uma comunidade[3]. Podemos distinguir duas tradições históricas do conceito de cidadania: a tradição liberal e a tradição republicana[4].

Pela cidadania em sentido liberal entendemos o vínculo jurídico entre Estado e cidadãos, sendo que o primeiro tem a responsabilidades sobre os segundos. Neste modelo de cidadania, os indivíduos são agentes passivos, não

[1] Mestre em Direitos Humanos e doutorando em Estudos Africanos no ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa. Endereço de correio eletrónico: rui.a.garrido@gmail.com

[2] JERÓNIMO, Patrícia, «Cidadania e Reconstrução da Identidade Nacional em Contextos Multiculturais», *Interacções*, n.º 36, 2015, p. 4, [consult. 20 set. 2017], disponível em: http://revistas.rcaap.pt/interaccoes/article/view/7245/5284.

[3] JERÓNIMO, Patrícia; VINK, Maarten, «Os múltiplos da cidadania e os seus direitos», in *Portugal e a Europa: novas cidadanias*, Marina Costa Lobo (coord.), Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013, p. 26.

[4] LEYDET, Dominique, «Citizenship», in *The Standford Encyclopedia of Philosophy*, Edward Zalta (ed.), 2017, [consult. 02 nov. 2017] disponível em: https://plato.stanford.edu/entries/citizenship.

existindo a mobilização, participação ou reivindicação destes agentes[5]. Por cidadania em sentido republicano compreende-se o modelo de cidadania assente na ideia de auto-governação dos cidadãos, esperando-se destes uma participação ativa na vida política e social. Neste sentido, é esperado o envolvimento dos cidadãos através dos processos eleitorais, do da mobilização e dos movimentos de ativismo[6].

T. H Marshall, na década de 50 do século XX apresenta uma obra pioneira na problematização da cidadania enquanto conceito sociológico que, segundo o autor, estaria assente em três pilares fundamentais: civil, político e social[7]. A teoria de Marshall, que assenta na realidade pós-Segunda Guerra Mundial da sociedade britânica, viria a ser o ponto de partida para outras teorias da cidadania, que por sua vez deram origem a múltiplas formas de cidadania. Vários autores, nas ciências sociais, têm problematizado o conceito de cidadania, apontando que o mesmo é influenciado pelo género, a raça ou a orientação sexual dos indivíduos, o que, consequentemente, se traduz em formas de discriminação dos mesmo no espaço público[8]. A cidadania sexual, isto é, o transporte da identidade sexual e das práticas amorosas e afetivas para a esfera pública, é um exemplo dos desafios que os Estados têm de dar resposta.

No caso deste ensaio, importa-nos analisar de que forma a orientação sexual e identidade de género (SOGI) são um fator que tem um impacto na forma como o Estado regula matérias relativas à proteção da SOGI. A nossa analise tem como pano de fundo o continente africano, onde têm surgido uma homofobia de Estado muito forte (como no Uganda, na Gâmbia ou na Nigéria), inclusive com adoção de legislação que procura penalizar a orientação sexual homossexual dos cidadãos. Esta legislação, que assenta nos legados colonial da criminalização das relações de sodomia, identifica um conjunto significativo de práticas sexuais e afetivas – salvaguardadas, num entendimento mais amplo, pelo direito à privacidade, direito constitucionalmente consagrado e internacionalmente protegido –, cuja prática constituiria assim uma ilicitude. Esta situação no plano jurídico é acompanhada por uma homofobia social muito acentuada, que resulta numa situação de particular vulnerabilidade das minorias sexuais no continente africano. São frequentes os casos de violência física e psicológica, abandono familiar, chantagem, exclusão de programas de saúde e do acesso a cuidados médicos, despedimento e pobreza, entre outras situações que, quando não configuram uma violação grosseira dos direitos fundamentais destas pessoas, as colocam em

[5] LEYDET, «Citizenship», *op. cit.*

[6] LEYDET, «Citizenship», *op. cit.*

[7] MARSHALL, T. H., *Cidadania, Classe Social e Status*, Rio de Janeiro, Zahar Editoras, 1967.

[8] COSSMAN, Brenda, *Sexual Citizens: The Legal and Cultural Regulation of Sex and Belonging*, Standford, Standford University Press, 2007, p. 3.

situação de grande vulnerabilidade e marginalidade, dificultando-lhes o acesso a bens e serviços essenciais. No caso de estudo de Moçambique, já não se verifica a existência de legados coloniais na legislação, nem tampouco as relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo constituem um ato ilícito no país. De que forma o Estado Moçambicano responde a estas "novas formas" de cidadania, assentes na sexualidade dos indivíduos?

Este ensaio procura num primeiro momento, traçar os principais debates que informam a questão da cidadania sexual, procurando privilegiar o ponto de vista das novas dinâmicas que colocam o conceito jurídico de cidadania sob pressão. Num segundo momento, aborda a proteção da orientação sexual e da identidade de género conferida pelo Sistema Africano de Direitos Humanos. Por último, analisa o caso de Moçambique, privilegiando a análise da legislação e de outras fontes primárias para perceber de que forma se pode falar de um avanço, ou de uma evolução, na proteção que este Estado africano confere à orientação e identidade de género.

1. Cidadania e Sexualidade

As primeiras teorias que problematizam a relação do género e da sexualidade na questão mais ampla da cidadania surgiram no início da década de 90 do século XX. David T. Evans (1993) foi um dos pioneiros na formulação de uma teoria sobre cidadania sexual, relacionando a sexualidade com o Capitalismo predominante nas sociedades ocidentais. Evans entende que a sexualidade desenvolve uma relação intrincada com o Capitalismo, na medida em que se dá uma regulação da sexualidade pelas exigências laborais, mas também pela imposição de modelos de consumo. Para Evans, a cidadania sexual é resultante de uma construção da sexualidade assente nos hábitos de consumo[9].

A cidadania, no seu sentido liberal, funciona como um mecanismo de inclusão dos indivíduos a determinada comunidade política e excluindo todos os demais. O debate da cidadania sexual assenta precisamente na conceção de que o género e a sexualidade dos indivíduos – que já são cidadãos pertencentes à comunidade política – são fatores que concorrem para que estes indivíduos não sejam percecionados de forma igual. Dito de outra forma, o género e a sexualidade são aspetos da esfera pessoal dos indivíduos que, quando transportados para a esfera pública, determinam hierarquias entre estes. Terrell Carver destaca a marginalização da mulher dentro das sociedades para ilustrar esta hierarquiza-

[9] EVANS, David T., *Sexual Citizenship. The Material Construction of Sexuality*, Londres, Routledge, 1993, p. 6.

ção sexual[10]. Jefrey Weeks remete a questão da cidadania sexual para um campo das novas possibilidades no espaço público. Para Weeks, o cidadão sexual é um cidadão híbrido, na medida em que se movimenta tanto na esfera pública como na esfera privada, mas que transporta para a esfera pública novas formas de estar relacionadas com o corpo, com necessidades de prazer ou ainda com as múltiplas identidades sexuais, as quais pertencem à esfera privada[11].

Por seu turno, Diane Richardson, no início da década de 2000, desenvolve uma teoria relativa à cidadania sexual intimamente ligada com direitos sexuais. A autora coloca a tónica no acesso a estes direitos, numa primeira abordagem, para posteriormente se referir ao acesso, por parte do cidadão sexual, aos demais direitos civis e políticos[12]. Richardson constrói um quadro conceptual da cidadania (sexual) enquanto ferramenta de reivindicação por determinados direitos, em particular pelo acesso a direitos sexuais. Este quadro é alicerçado em três ponto essenciais: direitos sexuais baseados na conduta; direitos sexuais baseados na identidade; e, direitos sexuais baseados nas relações[13]. Com relação ao primeiro ponto, este compreende todos os direitos decorrentes da prática da sexualidade, tais como o direito de se envolver em práticas sexuais[14], o direito ao prazer, e o direito à autodeterminação sexual e reprodutiva. O segundo pilar do quadro conceptual de Richardson é relativo à identidade, que por sua vez compreende três elementos fundamentais: o direito à autodefinição[15], o direito à autoexpressão – particularmente no espaço público – e o direito à autorrealização.

Por último, um terceiro pilar, especifico da dimensão das relações, compreende o direito ao consentimento, o direito à livre escolha do parceiro/a, e o direito ao reconhecimento público do relacionamento. Richardson oferece-nos, desta forma, um quadro amplo de análise da relação entre cidadania e sexuali-

---

[10] CRAVER, Terrel, «Sexual Citizenship: gender and de-gendered narratives», *Politics of Sexuality: Identity, genderm citizenship*, Verónique Mottier (ed.), Londres, 1998, p. 14.

[11] WEEKS, Jeffrey, «The Sexual Citizen», *Theory, Culture & Society*, volume 15, n.º 3-4, 1998, [consult. 26 mar. 2018] disponível em: http://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0263276498015003003.

[12] RICHARDSON, Diane, «Constructing sexual citizenship: theorizing sexual rights», *Critical Social Policy*, volume 20, n.º 1, 2000, p. 105 – 135, [consult. a 26 mar. 2018], disponível em: http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/026101830002000105#articleCitationDownloadContainer.

[13] RICHARDSON, «Constructing sexual citizenship...», *op. cit.*, p. 107.

[14] O que compreende aspetos como a regulação da idade legal para o consentimento, o direito à privacidade, ou ainda a liberdade de escolha do/a parceiro/a sexual. Cfr. RICHARDSON, «Constructing sexual citizenship...», *op. cit.*, p. 108 - 112.

[15] Nomeadamente a liberdade de o indivíduo se autoidentificar de acordo com o seu desenvolvimento psicossocial. Cfr. RICHARDSON, «Constructing sexual citizenship...», *op. cit.*, p. 117 - 119.

dade, e da qual se compreende uma grande tensão entre as esferas pública e privada. É neste sentido que Gustavo Santos analisa a questão da cidadania sexual na África do Sul. Para este autor, o reconhecimento constitucional da orientação sexual como fator proibido de discriminação permitiu, não apenas a revogação dos dispositivos penais que penalizava a sodomia, mas também o reconhecimento dos homossexuais como titulares de um conjunto de direitos até então vedados, como o casamento civil e a adoção[16].

Aluminé Moreno, no seu estudo sobre os movimentos de ativismo LGBTI na cidade de Buenos Aires, destaca alguns aspetos particulares que se devem ter em consideração na análise da cidadania e da sexualidade. Em primeiro lugar, frisa a necessidade ter em especial atenção as diferenças económicas que pautam a vida das pessoas LGBTI e da sua estratificação social e económica. Segundo a autora, olhar para um coletivo como algo homogéneo, principalmente no que respeita a coletivos sexuais, lavra num grande erro. Isto porque, nas palavras de Aluminé Moreno, é "imprescindible la distinción de las situaciones grupales atendiendo a la intersección entre la identidad de género y la orientación sexual y la etnia, la nacionalidad, la religión, la clase social, la edad, la (dis) capacidad, entre otros mecanismos de subordinación que operan en contextos socio-históricos particulares"[17].

A cidadania sexual não é um conceito fácil de definir e não reúne consenso na sua definição. Como já tivemos oportunidade de explorar através de algumas das teorias supramencionadas, sem que tal constitua um levantamento exaustivo de todos os trabalhos que se dedicam a esta matéria, a cidadania sexual afigura-se como um conceito dinâmico e com um amplo âmbito de aplicação. Ainda assim, alguns autores procuram definir as fronteiras deste conceito, como Colin Robinson, que define cidadania sexual da seguinte forma:

> *By sexual citizenship, I mean how autonomy over one's sexuality becomes part of the core promises of dignity guaranteed by states to every human being; how consensual erotic pleasure and relationships and their expression in privacy and in public are protected from violence and the interference of the state and others;*

[16] SANTOS, Gustavo Gomes da Costa, «Cidadania e direitos sexuais na África do Sul: reflexões sobre o reconhecimento legal das uniões entre pessoas do mesmo sexo», *Sociedade e Cultura*, volume 15, n.º 2, 2012, p. 319 – 329, [consult. 27 mar. 2018], disponível em: https://www.revistas.ufg.br/fchf/article/view/22400.

[17] MORENO, Aluminé, «Ciudadanía y sexualidad em la ciudad de Buenos Aires», *Nómadas*, n.º 24, 2006, p. 119, [consult. 26 mar. 2018], disponível em: http://nomadas.ucentral.edu.co/nomadas/pdf/nomadas_24/24_10M_Ciudadaniaysexualidad.pdf.

> *and how society and nation recognise that sexuality is a precious part of personhood*[18].

Para João Oliveira, tendo em consideração as teorias produzidas ao longo dos anos 90 do século XX e na primeira metade da década de 2000, a cidadania sexual reporta-se a:

> *uma forma de discutir aspetos de uma cidadania diferenciada, marcada […] pela questão da sexualidade e por uma reivindicação de direitos e responsabilidades que tem vindo a ser negada em função da heterossexualização da figura do bom cidadão*[19].

A reflexão de João Oliveira introduz-nos num dos aspetos particulares atribuídos à cidadania sexual das pessoas LGBTI, particularmente no que concerne à igualdade entre heterossexuais e homossexuais. Referimo-nos ao acesso ao casamento civil, de forma igualitária e sem discriminação, assim como o direito destes casais à adoção. A este respeito, Adilson José Moreira sustenta que a resistência que pauta a atuação política de vários Estados nesta matéria, fundamenta-se numa moralidade que valoriza a heterossexualidade em detrimento da homossexualidade[20]. Ao Estado, inclusive, a heterossexualidade dos seus cidadãos é preterível a outras orientações, na medida em que há a garantia da reprodução e da continuidade da população e do próprio Estado[21].

Uma vez que o conceito da cidadania sexual se reporta às sexualidades marginalizadas, importa assim delimitar que, na presente investigação, interessa-nos abordar a questão da cidadania sexual que se refere especificamente aos coletivos LGBTI, isto é, pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Intersexo. As teorias da cidadania sexual surgiram no contexto europeu e aplicam-se

---

[18] Cfr. ROBINSON, Colin, «Decolonising sexual citizenship: who will effect change inthe south of the Commonwealth?», *Commonwealth Opinion*, 2012, p. 3, [consult. a 26 mar. 2018], disponível em: http://sas-space.sas.ac.uk/4836/1/04_12_Opinion_v6a.pdf.

[19] Cfr. OLIVEIRA, João Manuel, «Cidadania sexual sob suspeita: uma meditação sobre as fundações homonormativas e neo-liberais de uma cidadania de "consolação"», *Psicologia & Sociedade*, volume 25, n.º 1, 2013, p. 70, [consult. 26 mar. 2018], disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822013000100009&script=sci_abstract&tlng=pt. João Oliveira apresenta neste trabalho um conceito de "cidadania de consolação", assente, por um lado, na análise do caso português relativamente ao direito de casamento por pessoas do mesmo sexo, mas o impedimento de adoção por estes novos casais, e por outro, na dicotomia jurídico vs. Social, no qual o avanço da legislação não permite que as pessoas – em particular em meios menos urbanizados – possam expressar livremente a sua identidade sexual.

[20] MOREIRA, Adilson José, «Cidadania Sexual: Postulado Interpretativo da Igualdade», *Direito, Estado e Sociedade*, n.º 48, 2016, [consult. 26 mar. 2018] disponível em: http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/547.

[21] MOREIRA, Adilson José, «Cidadania Sexual: Postulado Interpretativo da Igualdade», *op. cit.*

aos modelos sociedades ocidentais e capitalistas. Alguns autores têm trabalhado a relação estreita entre a cidadania e a sexualidade em outros contextos, tais como Carlos Basilio Muñoz, que procurou mapear a construção de uma cidadania sexual no Uruguai no início da década de 2000[22], ou Aluminé Moreno que se debruça sobre o impacto da lei das uniões civis na cidade de Buenos Aires[23].

No entanto, as sociedades africanas são regidas por outros parâmetros e a sua fraca industrialização e a dependência dos Estados Africanos da Ajuda Internacional condicionam, na nossa opinião, a aplicação destes modelos ocidentais. Assim, impõe-se a reflexão sobre um modelo, ou que modelo de cidadania sexual nos pode permitir perceber as dinâmicas dos movimentos LGBTI no continente Africano.

2. Podemos falar de Cidadania Sexual no continente africano?

Apesar de a África do Sul garantir, na sua legislação, a proibição da discriminação em razão da orientação sexual e o acesso pleno de todos os cidadãos ao casamento civil, assim como a adoção por casais do mesmo sexo, no restante continente verificam-se um conjunto de fatores jurídico-políticos adversos para com as minorias sexuais.

A criminalização das relações sexuais consentidas entre adultos do mesmo sexo é um desses fatores. Fruto da colonização europeia[24] que semeou nas suas colónias pelo mundo um tipo de legislação que criminalizava a sodomia, sob a forma de "conhecimento contranatura", ou de "ofensas não naturais", ou

---

[22] MUÑOZ, Carlos Basílio*, La construcción regional de ciudadanía (homo)sexual*, [consult. 28 mar. 2018], disponível em: https://www.cienciassociales.edu.uy/wp-content/uploads/sites/3/2013/archivos/LasBrujas4-Munoz.pdf.

[23] MORENO, Aluminé, «Ciudadanía Y Sexualidad em la ciudad de Buenos Aires», *Nómadas*, número 24, 2006, [consult. 28 mar. 2018], disponível em: https://nomadas.ucentral.edu.co/nomadas/pdf/nomadas_24/24_10M_Ciudadaniaysexualidad.pdf.

[24] HUMAN RIGHTS WATCH, *This Alien Legacy: The Origins of "Sodomy" Laws in British Colonialism,* Londres, Human Rights Watch, 2008, [consult. 26 mar. 2018] disponível em: https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/lgbt1208_webwcover.pdf.

ainda "vícios contra a natureza"[25-26.] Em várias ex-colónias europeias, estes dispositivos ainda se encontram em vigor No continente Africano, segundo o relatório anual da ILGA Internacional, 32 países que ainda mantém em vigor esta legislação[27].

Muito embora não haja uma real aplicação destes dispositivos penais, há casos excecionais, como por exemplo no Malawi, com o caso *Soko* e *Kachepa*, no qual dois jovens que alegadamente tentavam celebrar uma cerimónia matrimonial tradicional foram condenados por sodomia e *indecência* grosseira e sentenciados à pena máxima prevista na lei[28]. Este caso teve repercussão internacional, a qual resultou na libertação dos dois jovens por pressão internacional do então Secretário-Geral da ONU, Ban Ki-moon[29].

O estudo da ILGA Internacional permite perceber que, a nível global, verifica-se uma tendência para uma diminuição do número de Estados que mantém legislação discriminatória e penalizadora dos atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo. Mas é precisamente no continente africano têm surgido projetos legislativos que procuram uma criminalização "expansiva"[30] da homossexuali-

---

[25] GARRIDO, Rui, «Ativismo LGBT num Campo Político Hostil – Uma leitura dos movimentos ativistas no Uganda», *Cadernos de Estudos Africanos*, volume 31, 2016, p. 99 -100, [consult. 28 mar. 2018], disponível em: http://journals.openedition.org/cea/2031.

[26] É preciso ter em atenção que, quando as leis contra a sodomia foram implementadas pelos colonizadores Europeus – em particular o colonialismo Britânico, Francês e Português, mas com maior incidência no caso Britânico –, pretendiam banir toda a atividade sexual que não tivesse como finalidade a reprodução. Quer isto dizer que as leis contra a sodomia, na sua essência, não são leis anti-homossexualidade, na medida em que puniam, previsivelmente de igual forma, o coito anal entre um homem e uma mulher, assim como os atos de bestialidade. Para mais sobre este assunto, ver GARRIDO, Rui, «The State Out of My Bed: The impact of anti-gay laws on human rights in Africa», in *Handbook of Intenational Relations: Issues of Human Rights And Foreign Policy*, Swati Charkraborty (ed.), volume 1, Calcutá, ABS Books, 2017.

[27] Cfr. CARROLL, Aengus, MENDOS, Lucas Ramón, *State-Sponsored Homophobia. A World Survey on Sexual Orientation Laws: Criminalisation, Protection and Recognition*, 12.ª edição, Londres, ILGA, 2017, p. 37, [consult. 28 mar. 2018], disponível em: http://ilga.org/downloads/2017/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2017_WEB.pdf.

[28] Cfr. PRICE, Louise, «The treatment of homosexuality in the Malawian justice system: *R v Steven Monjeza Soko and Tiwonge Chimbalanga Kachepa*», *African Human Rights Law Journal*, volume 10, n. 2, 2010, [consult. 28 mar. 2018], disponível em: http://www.scielo.org.za/pdf/ahrlj/v10n2/11.pdf.

[29] Cfr. "Malawi president pardons gay couple after UN pressure", *The Telegraph,* 29.05.2010, disponível em: https://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/africaandindianocean/malawi/7782886/Malawi-president-pardons-gay-couple-after-UN-pressure.html [consult. 28 mar. 2018].

[30] Cfr. SMUG, *Expanded Criminalisation of Homosexuality in Uganda: A Flawed Narrative*, Kampala, SMUG, 2014, [consult. 27 mar. 2018], disponível em: http://www.humandignitytrust.org/uploaded/Library/Other_Reports_and_Analysis/Alternative_to_Criminalisation_of_Homosexuality_29_Jan_2014_FINAL_SMUG_PRINT_COPY.pdf.

dade. Em 2014, o Uganda adotou o *The Anti-Homosexuality Act, 2014* (AHA, 2014), um diploma legal que esteve em discussão durante cinco anos. Na sua primeira versão, apresentada ao Parlamento Ugandês 25 de setembro de 2009, previa a pena de prisão perpétua para o crime de *homossexualidade*[31] e a pena de morte para o crime de *homossexualidade agravada*[32]. Após a sua aprovação no Parlamento do Uganda a 23 de dezembro de 2013 e promulgação pelo Presidente Museveni em fevereiro de 2014, a AHA, 2014 esteve em vigor até dia 1 de agosto de 2014. Nessa data o Tribunal Constitucional do Uganda declarou a sua nulidade[33]. Por seu lado, na Nigéria foi adotada a *The Same-sex (Prohibition) Act, 2013*, uma legislação que proíbe o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, mas também a manifestação pública de afeto entre pessoas do mesmo sexo e as organizações da sociedade civil que se dediquem à defesa dos direitos humanos das minorias sexuais[34].

A prevalência das leis contra a sodomia e a adoção de nova legislação que, de forma direta, penalizam a orientação sexual e a identidade de género das pessoas, constitui um mecanismo de controlo do Estado sobre a sexualidade dos seus cidadãos. Estes cidadãos passam a ser percecionados como *criminosos,* ou menos cidadãos que os demais, não podendo viver e exprimir-se livremente no espaço público.

---

[31] Define o artigo 2.º do *The Anti-Homosexuality Bill, 2009* o seguinte: (1) A person commits the offence of homosexuality if: (a) he penetrates the anus or mouth of another person of the same sex with his penis or any other sexual contraption; (b) he or she uses any object or sexual contraption to penetrate or stimulate sexual organ of a person of the same sex; (c) he or she touches another person with the intention of committing the act of homosexuality. (2) A person who commits an offence under this section shall be liable on conviction to imprisonment for life.

[32] Compreendendo por "homossexualidade agravada" um conjunto de práticas tais como a ofensa ser cometida contra um menor, ocorrer a propagação do vírus do HIV, o crime ser cometido contra alguém com deficiência, entre outros. Algumas das alíneas previstas ao abrigo desta secção de "homossexualidade agravada" já sem encontram prevista na legislação penal, tais como o crime de pedofilia. Cfr. *The Anti-homosexuality Bill, 2009*.

[33] De referir que o Tribunal Constitucional do Uganda declarou a nulidade do *The Anti-homosexuality Act, 2014*, por inconstitucionalidade material, uma vez que a AHA, 2014 tinha sido aprovada no Parlamento com um *quorum* insuficiente. O Tribunal Constitucional não se pronunciou sobre qualquer inconstitucionalidade formal alegada pelos peticionários, nomeadamente a violação da proibição da discriminação e de a mesma infligir tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, bem como dos direitos à privacidade e igualdade. Cfr. J OLAKA-ONYANGO e Outros v. Procurador Geral (Petição n.º 8 de 2014), disponível em: https://ulii.org/node/15891 [consult. 28 mar. 2018].

[34] Lê-se na secção 5 (3) do *Same Sex Marriage (Prohibition) Act, 2013* que: "A person or group of persons who administers, witnesses, abets or aids the solemnization of a same sex marriage or civil union, or supports the registration, operation and sustenance of gay clubs, societies, organisations, processions or meetings in Nigeria commits an offence and is liable on conviction to a term of 10 years imprisonment.

Este panorama jurídico-político é acompanhado de uma forte homofobia social que é prevalecente em algumas sociedades africanas. A violência física e psicológica, a chantagem, a extorsão, o abandono familiar e pelos círculos familiares são uma constante na vida destas pessoas. A sua vida é vivida em constante alerta e procurando estratégias de sobrevivência num ambiente que lhes é hostil[35]. De acordo com o Afrobarómetro, a tolerância para com os homossexuais é muito baixa no continente, num valor que se fixa nos 21%[36]. O estudo do Afrobarómetro demonstra disparidades muito acentuadas entre os 33 países estudados, com Cabo Verde a destacar-se como o país mais tolerante para com as pessoas homossexuais – com um valor de 74% – e na base da tabela encontra-se o Senegal, com uns preocupantes 3% de valor médio de tolerância[37]. Acima do valor médio de 21% estão Cabo Verde (74%), África do Sul (67%), Moçambique (56%), Namíbia (55%), Maurícias (49%), São Tomé e Príncipe (46%), Botsuana (43%) e Suazilândia (26%)[38]. Este cenário de uma hostilidade social para as minorias tem conduzido a uma constrição da atuação política dos coletivos Africanos LGBTI nos seus respetivos países[39]. Esta situação tem-se traduzido, por exemplo, na recusa de vários Estados em registar legalmente as associações que trabalham sobre os direitos humanos das pessoas LGBTI. Este tratamento diferenciado para com estes coletivos tem sido objeto de importantes batalhas judiciais, nas quais os coletivos procuram, através dos tribunais, garantir os seus direitos constitucionais e forçar o reconhecimento do Estado dos seus direitos enquanto cidadãos. Em muitos destes casos, a prevalência das leis contra a sodomia é usada como argumento para a recusa do registo destas associações[40]. Dos casos que chegaram aos tribunais africanos, os mais emblemáticos são no

---

[35] A título ilustrativo, ver GARRIDO, Rui, «*The Anti-Homosexuality Act, 2014*. Legislação anti gay e a ameaça aos direitos humanos da população LGBTI no Uganda», in *Atas do II Congresso Internacional Dimensões dos Direitos Humanos,* Porto, Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 2016, [consult. 28 mar. 2018], disponível em: https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/12157/1/Rui%20Garrido.pdf.

[36] DULANI, Boniface, SAMBO, Gift, DIONNE, Kim Yi, *Bons vizinhos? Africanos expressam elevados níveis de tolerência para muitos, mas não para todos*, edição n.º 74, 2016, [consult. 29 mar. 2018], disponível em: http://afrobarometer.org/sites/default/files/publications/Dispatches/ab_r6_dispatchno74_tolerance_in_africa_por2.pdf.

[37] DULANI; SAMBO; DIONNE, *Bons vizinhos?..., op. cit*., p. 12.

[38] DULANI; SAMBO; DIONNE, *Bons vizinhos?..., op. cit*., p. 12.

[39] Para mais sobre a escalda homofóbica no Uganda e o impacto nos coletivos LGBTI no país, ver GARRIDO, «Ativismo LGBT num Campo Político Hostil – Uma leitura dos movimentos ativistas no Uganda», *op. cit.*

[40] Estas disposições penais, que na essência penalizam uma prática sexual – o coito anal – são instrumentalizadas como forma de excluir estas pessoas da esfera pública. Cfr. GARRIDO, «Ativismo LGBT num Campo Político Hostil – Uma leitura dos movimentos ativistas no Uganda», *op. cit.*

Quénia[41] e no Botsuana[42]. Em Moçambique a ONG LAMBDA procura o reconhecimento legal há 10 anos, mas o recurso aos tribunais ainda não foi uma das estratégias desta organização. As decisões em tribunal têm sido favoráveis aos coletivos LGBTI e decidido em favor da reparação da violação dos direitos fundamentais. São igualmente demonstrativos da situação de grande vulnerabilidade e precariedade que vivem as minorias sexuais em África.

A cidadania sexual, enquanto quadro conceptual, necessita de ser revisto à luz das múltiplas realidades africanas. Assim, um conceito de cidadania sexual especificamente africano terá que ter em consideração os seguintes fatores:

1 o ambiente de grande hostilidade política e social contra as pessoas em razão da sua orientação sexual;

2 não existir um consenso da proteção da orientação sexual e a identidade de género como fatores proibidos de discriminação, quer ao nível da legislação nacional, quer ao nível do direito comunitário da União Africana;

3 a prevalência de leis contra a sodomia nos dispositivos penais de vários Estados;

4 os movimentos legislativos anti-homossexualidade, quer estejam em vigor, ou ainda propostas;

5 a organização dos movimentos de associativismo LGBTI; e

---

[41] No caso ERIC GITARI v. Others (Petição n.º 440/2013), no qual o requerente (Eric Gitari) pretendia registar uma ONG que dedicada aos direitos humanos LGBTI que foi sucessivamente recusado pelo *Board of NGO* com base nas secções 162, 163 e 165 do Código Penal do Quénia, que penaliza as ofensas "contra a natureza". O *Board of NGO* recusaria ainda o registo de uma ONG desta natureza alegando que a orientação sexual não era um fator proibido de discriminação na Constituição da República do Quénia (no seu artigo 27, n.º 4). O coletivo de juízes viria a pronunciar-se a 24 de abril de 2015, declarando que no caso em apreço foram violados os direitos constitucionais do requerente, em particular o direito de igualdade (afirmando ainda que a redação do artigo 36.º da Constituição, quando declara "Every person" refere-se a todas as pessoas que vivem na República do Quénia, independentemente da sua orientação sexual) e liberdade de associação. Cfr. ERIC GITARI v. Others (Petição n.º 440/2013), High Court of Kenya.

[42] No caso LEGABIBO, que chega aos tribunais do Botsuana após a recusa do Ministro do Trabalho em registar a associação LEGABIBO (Lesbians, Gays and Bisexuals of Botswana). O *High Court of Gaborone* viria a decidir, a 14 de novembro de 2014, que a recusa no registo da LEGABIBO viola o direito a tratamento igual pela lei, a liberdade de expressão e o direito de reunião e associação. Cfr. THUTO RAMMOGE e Outros v. Procurador Geral. A procuradoria geral viria a recorrer da decisão do *High Court*, transitando o caso para o tribunal de recurso de Gaborone, que viria a confirmaria a decisão da primeira instância.

6 a situação económica precária que carateriza a maior parte das pessoas LGBTI em África.

Vamos procurar perceber, de seguida, os avanços em matéria de proteção da orientação sexual e da identidade de género no sistema normativo da União Africana em matéria de direitos humanos, para, posteriormente, nos debruçarmos sobre o caso Moçambicano.

3. A proteção da orientação sexual e da identidade de género no Sistema Africano de Direitos Humanos

Ao nível do Direito Internacional dos Direitos Humanos, não é consensual quer na doutrina, quer na prática jurídica, a SOGI enquanto fator proibido de descriminação. O princípio da não-discriminação, que é a pedra basilar da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, não contemplava a SOGI como um dos fatores proibidos de discriminação dos indivíduos. Esta invisibilidade também se explica pela ausência de um movimento em prol dos direitos das minorias sexuais que viria a marcar as décadas de 60 do século XX. O artigo 2.º da DUDH, apesar de não contemplar a SOGI na sua lista de fatores proibidos de discriminação, adota uma redação em sentido aberto, na medida em que prevê a proibição da discriminação em razão de "qualquer outra situação". Os principais tratados internacionais de direitos humanos subsequentes à DUDH, tais como o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, ou o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, vão em sentido semelhante aquele adotado pela Declaração Universal. Seria necessária a entrada em vigor da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em 2009, para que a orientação sexual fosse reconhecida enquanto fator proibido de discriminação, sem, contudo, ser feita qualquer referência à identidade de género.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem uma vasta jurisprudência que tem consolidado o entendimento, no sistema europeu, de que a SOGI constitui uma situação pela qual os indivíduos podem ser objeto de um tratamento distinto e discriminatório. No entanto, também importa fazer uma referência ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que, apesar de não ter uma jurisprudência tão rica quanto aquela encontrada no continente Europeu, tem dado passos firmes no reconhecimento da proteção das minorias sexuais, em particular no acórdão *Atala Riffo y Niñas v. Chile*, no qual a Corte Interamericana faz uma interpretação do artigo 1.º, n.º 1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e relativo à proibição da discriminação, que numa leitura ajustada à atualidade, proíbe a discriminação com base na orientação sexual,

cabendo esta proteção na formulação aberta da CADH, isto é, "qualquer outra condição social"[43].

No caso do Sistema Africano de proteção dos Direitos Humanos (SADH), aquele que nos importa aqui esmiuçar, a questão da SOGI é um tema politicamente fraturante, à semelhança da situação política e social que vive grande parte do continente[44]. A pedra basilar de todo o SADH é a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, tratado adotado pela então Organização de Unidade Africana, em 1981. À semelhança dos demais tratados internacionais, a Carta Africana não contempla a SOGI enquanto fator proibido de discriminação no seu artigo 2.º, que reza o seguinte:

> *Toda a pessoa tem direito ao gozo dos direitos e liberdades reconhecidos e garantidos na presente Carta, sem nenhuma distinção, nomeadamente de raça, de etnia, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação.*

A redação utilizada pelo legislador africano é em tudo semelhante àquela encontrada tanto nos instrumentos jurídicos de âmbito universal (como a DUDH, mas também os Pactos Internacionais), quer nos sistemas regionais de proteção (Convenção Europeia dos Direitos Humanos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos). No entanto, e como já vimos no caso Interamericano, há um progressivo entendimento de que os tratados devem ser interpretados à luz da realidade presente, incorporando novos fatores que cabem dentro da formulação aberta "qualquer outra situação", garantido desta forma a melhor proteção possível aos indivíduos. Este é precisamente o caso da Carta Africana. Ao optar por uma redação aberta e que elenca um conjunto não exaustivo de fatores proibidos de discriminação, o legislador africano abre espaço suficiente

---

[43] Afirma a Corte Interamericana que "*los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.* (...) *En este sentido, al interpretar la expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano* (...) *la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual*". Cfr. CIDH, *Atala Riffo y Ninãs vs. Chile*, § 83, 84 e 91, pp. 29 e ss, disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf [consult. 17/02/2018] [interpolação nossa].

[44] Para uma análise mais detalhada sobre o Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos, ver BALDÉ, Aua, *O Sistema Africano de Direitos Humanos e a experiência dos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa,* Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017.

para que, quer a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, quer o Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos se possam pronunciar futuramente sobre a questão e em sentido semelhante à posição da Corte Interamericana. Inclusive, devido ao efeito de irradiação entre sistemas, a Carta Africana prevê, entre as fontes de direito internacional para a Comissão Africana, qualquer tratado internacional de proteção de direitos humanos[45].

A Carta Africana traz ainda uma inovação neste domínio e que se trata dos deveres fundamentais. Dispõe o artigo 28.º que:

> *Cada indivíduo tem o dever de respeitar e de considerar os seus semelhantes sem nenhuma discriminação e de manter com ele relações que permitam promover, salvaguardar e reforçar o respeito e a tolerância recíprocos.*

Se no artigo 2.º era definida uma proibição geral de discriminação e a obrigação do Estado em não discriminar os seus cidadãos, no artigo 28.º a Carta Africana estipula a obrigação dos cidadãos considerarem os seus semelhantes sem os descriminar de forma alguma. É certo que o legislador teria em mente o contexto histórico e político que marcava o continente à época, mas não podemos deixar de sublinhar o lugar central que o princípio da não-discriminação ocupa neste instrumento jurídico regional.

Ao nível dos mecanismos africanos de controlo dos direitos humanos, a Comissão Africana tem sido o órgão regional mais ativo neste sentido. Em 2011, a Comissão Africana adotou os Princípios e Diretrizes para a Implementação dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais da Carta Africana, também conhecidos por *Princípios de Nairobi*[46]. O que é particularmente interessante nestes princípios é o facto de, no capítulo preliminar de interpretação dos conceitos, a orientação sexual surge enquanto fator proibido de discriminação:

> *Prohibited grounds of discrimination include but are not limited to […] sex, gender, sexual orientation […] or other status*[47].

A Comissão não se fica por este reconhecimento, que, numa leitura mais desatenta, poderíamos afirmar tratar-se de uma inserção meramente figurativa. Seguidamente, quando define o que se entende por "grupos vulneráveis" no âmbito da Carta Africana, a Comissão clarifica:

---

[45] Ver. Artigos 60.º e 61.º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

[46] CADHP, *Principles and Guidelines on the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights in the African Charter*, 2011, [consult. 16 mar. 2018], disponível em: http://www.achpr.org/files/instruments/economic-social-cultural/achpr_instr_guide_draft_esc_rights_eng.pdf.

[47] CADHP, *Principles and Guidelines on the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights in the African Charter*, *op. cit.*, p. 8.

> *Vulnerable and disadvantaged groups are people who have faced and/or continue to face significant impediments to their enjoyment of economic, social and cultural rights. Vulnerable and disadvantaged groups include, but are not limited to, [...] lesbian, gay, bisexual, transgendered and intersex people, […]*[48].

É muito significativa a inclusão da orientação sexual – embora sem se referir à identidade de género –, como fator proibido de discriminação ao abrigo da Carta Africana. Igualmente emblemático é o reconhecimento das minorias sexuais (pessoas LGBTI) como grupos vulneráveis. Em 2014, a Comissão adotou uma resolução na qual expressa a sua preocupação para com a violência exercida sobre as pessoas em razão da sua orientação sexual e identidade de género reais ou percecionadas[49]. Nesta resolução, para além de reconhecer a orientação sexual e a identidade de género – esta última omissa nos *Princípios de Nairobi* –, a Comissão ainda se refere a estas caraterísticas como reais ou percecionadas. Neste texto, a Comissão expressa preocupação, em particular, pela perseguição de agentes estatais a estas pessoas e pela omissão dos Estados na prevenção de casos de violência e investigação da mesma, nos casos em que se verifica.

Apesar desta postura, aparentemente progressista, da Comissão Africana, este órgão esteve envolvida numa situação que configura um tratamento desigual no processo de concessão do estatuto de observador à ONG *Coalition of African Lesbians*. Tendo em consideração este panorama político hostil às minorias sexuais que domina não apenas os Estados Africanos, mas também a cúpula política das instituições Africanas – incluindo-se os órgãos com a missão de proteger os direitos humanos –, e tendo igualmente em consideração que o Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos ainda não se pronunciou sobre a matéria, não é possível afirmar se este órgão constituirá um último garante dos direitos humanos das pessoas LGBTI em África.

4. O caso de estudo de Moçambique

No contexto africano, Moçambique é apontado como um país onde prevalece uma tolerância para com as minorias sexuais no país. Segundo o Afrobarómetro, Moçambique é o terceiro país africano mais tolerante para com a diferença relativa à orientação sexual homossexual dos seus cidadãos[50].

---

[48] CADHP, *Principles and Guidelines on the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights in the African Charter*, *op. cit.*, p. 8.

[49] CADHP, *275: Resolution on protection against violence and other human rights violations against persons on the basis of their real or imputed sexual orientation or gender identity*, 2014, [consult. 16 mar. 2018], disponível em: http://www.achpr.org/sessions/55th/resolutions/275/.

[50] DULANI, SAMBO, DIONNE, *Bons vizinhos?..., op. cit*., p. 12.

É garantida constitucionalmente a igualdade entre os cidadãos moçambicanos nos seguintes termos:

> *Todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres, independentemente da cor, raça, sexo, origem étnica, lugar de nascimento, religião, grau de instrução, posição social, estado civil dos pais, profissão ou opção política*[51].

Moçambique adotou em 2007 a nova legislação laboral que protege a orientação sexual dos trabalhadores. Na verdade, este diploma legal é generoso na proteção que traz à orientação sexual. O artigo 4.º, sob a epígrafe "Princípios do direito do trabalho", define o seguinte:

> *A interpretação e aplicação das normas da presente lei obedece, entre outros, ao principio do direito ao trabalho, na estabilidade no emprego e no posto de trabalho, da alteração das circunstâncias e da não discriminação em razão da orientação sexual, raça ou de se ser portador de HIV/SIDA*[52].

A obrigatoriedade do empregador respeitar o direito à privacidade dos seus empregados está consagrada no artigo 5.º. O número 2 do referido artigo clarifica que o direito à privacidade é atinente à vida íntima e pessoal do trabalhador, reportando-se às dimensões da "vida familiar, afectiva [e] sexual"[53]. Este diploma introduz uma clara proteção da orientação sexual em contexto de relações laborais no país.

A particularidade da legislação laboral é interessante se tivermos em consideração que, no ano de 2007, Moçambique ainda mantinha em vigor um Código Penal colonial Português que penalizava os "vícios contra a natureza". Em 2015, Moçambique revoga o Código Penal colonial Português, despenalizando os atos sexuais consentidos entre adultos do mesmo sexo, sem, contudo, o legislador Moçambicano garantir qualquer proteção à orientação sexual.

No que tange ao casamento civil, a lei da Família define casamento como "a união voluntária e singular entre um homem e uma mulher"[54], considerando, posteriormente, como juridicamente inexistente o "casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo"[55].

---

[51] Cfr. Artigo 35.º da Constituição da República de Moçambique.

[52] Artigo 4.º, n.º 1 da Lei n.º 23/2007 de 1 de agosto, disponível online em http://www.mitess.gov.mz/sites/default/files/Lei%20%2023%202007%20de%201%20de%20Agosto%20-%20Lei%20do%20Trabalho%20%281%29.pdf [consult. 30 mar. 2018].

[53] Artigo 5.º, n.º 2 da Lei n.º 23/2007, de 1 de agosto [interpolação nossa].

[54] Artigo 7.º da Lei n.º 10/2004, de 25 de agosto.

[55] Artigo 35.º, alínea e), da Lei n.º 10/2004, de 25 de agosto.

No caso do Estado Moçambicano, existem ambiguidades na sua forma de atuação. Isto porque, se por um lado opera reformas legislativas que protegem o trabalhador em razão da sua orientação sexual – pelo que podemos assumir que, embora a orientação sexual não configure, ao nível da lei constitucional Moçambicana, um fator proibido de discriminação, a sua explicitação na legislação laboral abre caminho a essa interpretação –, por outro lado, o Estado Moçambicano dá sinais de alguma *homofobia de Estado*, percetível através do tratamento dado à ONG LAMBDA Moçambique.

A LAMBDA é a única ONG dedicada em exclusivo à defesa dos direitos das minorias sexuais e promoção da igualdade entre cidadãos e cidadãs em todo o espaço lusófono Africano. Esta organização é um caso de sucesso, com uma ação concertada entre vários agentes locais e articulada com outras organizações (principalmente de direitos das mulheres), que lhes permite ter uma atuação em todo o território moçambicano. Em 2008 a LAMBDA apresentou um pedido para que seja registada legalmente como ONG e lhe fosse reconhecido o seu estatuto legal, sem que tal tenha acontecido até ao momento.

O Estado Moçambicano nunca deu uma resposta satisfatória aos anseios da LAMBA. A 14 de outubro de 2015, o Ministro da Justiça, Assuntos Constitucionais e Religiosos, Abdurremane de Almeida, afirmou à comunicação social que "o Governo não definiu como prioridade tomar conta da vida dos homossexuais"[56], expressando ainda o facto de a homossexualidade não ser objeto de penalização em Moçambique. De acordo com o *site* da LAMBA, Abdurremane de Almeida teria frisado que, para o Governo Moçambicano, a prioridade estaria centrada em garantir o acesso à educação, alimentação e paz aos Moçambicanos[57]. No nosso entender, em primeiro lugar, entendemos que as ditas prioridades não conflituam com o reconhecimento legal de uma associação. Em segundo lugar, parece-nos evidente que, ao secundarizar o registo de uma ONG em detrimento de outras "prioridades", secundariza-se consequentemente este grupo de pessoas, que se tornam *menos* cidadãos do que os demais.

A pedido do Provedor de Justiça, o Conselho Constitucional viria a pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.º da Lei n.º 8/91 de 18 de julho, que regula o direito à livre associação[58]. Sinteticamente, alegava o Pro-

---

[56] Cfr. "Governo diz que legalização da associação de minorias sexuais não é prioridade", SAPO Notícias, 14.10.2015, [consult. 30 mar. 2018], disponível em: https://noticias.sapo.mz/actualidade/artigos/governo-diz-que-legalizacao-da-associacao-de-minorias-sexuais-nao-e-prioridade.

[57] "Ministro da Justiça afirma que Registo da Associação LAMBA não é prioridade", LAMDA Moçambique, [consult. 01 abr. 2018], disponível em: http://lambdamoz.org/index.php/perguntas-frequentes/homossexualidade/19-lambda/ultimas/60.

[58] "Poderão constituir-se associações de natureza não lucrativa cujo fim esteja conforme os princípios constitucionais em que assenta a ordem moral, económica e social do país e que não ofendam direitos de terceiros ou do bem público.", cfr. artigo 1.º da lei n.º 8/91, de 18 de julho.

vedor que a norma em apreço padecia de inconstitucionalidade formal – por prever exceções ao direito de associação que não estão na Constituição Moçambicana (CRM)[59] – e inconstitucionalidade material por violação do princípio da igualdade (art. 35 CRM) e do princípio de não discriminação (art. 44 CRM). No seu acórdão n.º 07/CC/2017, de 31 de outubro de 2017, os Juízes Conselheiros decidem, de forma unânime, pela declaração de inconstitucionalidade material e formal da norma, por violação dos artigos 35 (igualdade), 44 (não discriminação) e 52, n.º 3 (Direito de associação) da CRM[60]. Esta decisão coloca pressão no Estado Moçambicano, na medida em que este órgão constitucional não deixa margem para a recusa no registo da LAMDA.

5. Considerações finais

Com este curto ensaio procuramos perceber de que forma a cidadania enquanto estatuto jurídico que vincula um Estado e os seus cidadãos, é mobilizada pelas minorias sexuais como forma de uma maior inclusão destes grupos na sociedade. A fragmentação da cidadania e a consequente dispersão dos seus elementos criaram novas formas de ser cidadão, e de vivenciar essa cidadania, como por exemplo, quando a sexualidade é transportada para a esfera pública e operacionaliza demandas específicas.

Este ensaio procurou, ainda que superficialmente, compreender como é efetuada esta mobilização da sexualidade – em particular, a orientação sexual homossexual – no espaço público, mas em ambiente politicamente hostil. Ao nível regional africano, a orientação sexual ainda não tem um reconhecimento legítimo como fator proibido de discriminação, o que por sua vez, se traduz numa postura intolerante e excludente dos Estados Africanos das pessoas LGBTI. O caso Moçambicano permitiu-nos perceber que, apesar de uma consciência do legislador para a necessidade de proteção das minorias sexuais, a atuação do Estado passa por uma discricionariedade no que tange a estas pessoas, conferindo-lhes um tratamento diferenciado e discriminatório em relação aos demais cidadãos. Concluímos que, para um efetivo gozo dos direitos e a igualdade que decorre da sua cidadania, as pessoas LGBTI em Moçambique necessitam de recorrer às instâncias judiciais como forma de garantir o efetivo gozo desses direitos que lhes são constitucionalmente reconhecidos. Esta estratégia deverá ser mobilizada não apenas nas instâncias judiciais nacionais, mas também os órgãos judiciais da União Africana. Percebemos que a Comissão Africana pode ser um

[59] Nomeadamente, as associações armadas, militares ou paramilitares, ou aquelas que promovam a violência, o racismo ou a xenofobia. Cfr. Artigo 52, n.º 3 da CRM.

[60] Acórdão n.º 07/CC/2017 de 31 de outubro, Conselho Constitucional de Moçambique, 2017, p. 16, disponível em: http://www.cconstitucional.org.mz/Jurisprudencia/07-CC-2017 [consult. 16 mar. 2018].

ator chave na garantia dos direitos humanos das pessoas LGBTI no continente Africano, estando mais sensibilizada para a vulnerabilidade destes coletivos, o que, através de jurisprudência por si produzida, poderá influenciar uma futura decisão pelo Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos na interpretação da orientação sexual como fator proibido de discriminação na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

Referências bibliográficas

BALDÉ, Aua, *O Sistema Africano de Direitos Humanos e a experiência dos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017.

CARROLL, Aengus, MENDOS, Lucas Ramón, *State-Sponsored Homophobia. A World Survey on Sexual Orientation Laws: Criminalisation, Protection and Recognition*, 12.ª edição, Londres, ILGA, 2017, disponível em: http://ilga.org/downloads/2017/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2017_WEB.pdf.

CADHP, *Principles and Guidelines on the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights in the African Charter*, 2011, disponível em: http://www.achpr.org/files/instruments/economic-social cultural/achpr_instr_guide_draft_esc_rights_eng.pdf.

CADHP, *275: Resolution on protection against violence and other human rights violations against persons on the basis of their real or imputed sexual orientation or gender identity*, 2014, disponível em: http://www.achpr.org/sessions/55th/resolutions/275/.

COSSMAN, Brenda, *Sexual Citizens: The Legal and Cultural Regulation of Sex and Belonging*, Standford, Standford University Press, 2007.

CRAVER, Terrel, «Sexual Citizenship: gender and de-gendered narratives», in *Politics of Sexuality: Identity, genderm citizenship*, Verónique Mottier (ed.), Londres, 1998.

DULANI, Boniface, SAMBO, Gift, DIONNE, Kim Yi, *Bons vizinhos? Africanos expressam elevados níveis de tolerência para muitos, mas não para todos*, edição n.º 74, 2016, disponível em: http://afrobarometer.org/sites/default/files/publications/Dispatches/ab_r6_dispatchno74_tolerance_in_africa_por2.pdf.

EVANS, David T., *Sexual Citizenship. The Material Construction of Sexuality*, Londres, Routledge, 1993.

GARRIDO, Rui, «Ativismo LGBT num Campo Político Hostil – Uma leitura dos movimentos ativistas no Uganda», *Cadernos de Estudos Africanos*, volume 31, 2016, disponível em: http://journals.openedition.org/cea/2031.

_____, «*The Anti-Homosexuality Act, 2014*. Legislação anti gay e a ameaça aos direitos humanos da população LGBTI no Uganda», in *Atas do II Congresso Internacional Dimensões dos Direitos Humanos*, Porto, Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 2016, disponível em: https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/12157/1/Rui%20Garrido.pdf.

_____, «The State Out of My Bed: The impact of anti-gay laws on human rights in Africa», in *Handbook of Intenational Relations: Issues of Human Rights And Foreign Policy*, volume 1, Swati Chakraborty (ed.), Calcutá, ABS Books, 2017.

HUMAN RIGHTS WATCH, *This Alien Legacy: The Origins of "Sodomy" Laws in British Colonialism,* Londres, Human Rights Watch, 2008, disponível em: https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/lgbt1208_webwcover.pdf.

JERÓNIMO, Patrícia; VINK, Maarten, «Os múltiplos da cidadania e os seus direitos», in *Portugal e a Europa: novas cidadanias*, Marina Costa Lobo (coord.) Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013.

JERÓNIMO, Patrícia, «Cidadania e Reconstrução da Identidade Nacional em Contextos Multiculturais», *Interacções*, n.º 36, 2015, disponível em http://revistas.rcaap.pt/interaccoes/article/view/7245/5284.

LEYDET, Dominique, «Citizenship», in *The Standford Encyclopedia of Philosophy*, Edward Zalta (ed.), 2017, disponível em: https://plato.stanford.edu/entries/citizenship

MARSHALL, T. H., *Cidadania, Classe Social e Status*, Rio de Janeiro, Zahar Editoras, 1967.

MOREIRA, Adilson José, «Cidadania Sexual: Postulado Interpretativo da Igualdade», in *Direito, Estado e Sociedade*, n. 48, 2016, disponível em http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/547.

MORENO, Aluminé, «Ciudadanía y sexualidad em la ciudade de Buenos Aires», *Nómadas*, n.º 24, 2006, pp. 118 – 128, disponível em: http://nomadas.ucentral.edu.co/nomadas/pdf/nomadas_24/24_10M_Ciudadaniaysexualidad.pdf.

MUÑOZ, Carlos Basílio, *La construcción regional de ciudadanía (homo)sexual*, p. 379 – 399, disponível em: https://www.cienciassociales.edu.uy/wp-content/uploads/sites/3/2013/archivos/LasBrujas4-Munoz.pdf.

OLIVEIRA, João Manuel, «Cidadania sexual sob suspeita: uma meditação sobre as fundações homonormativas e neo-liberais de uma cidadania de "consolação"», *Psicologia & Sociedade*, volume 25, n.º 1, 2013, p. 68 – 78, disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822013000100009&script=sci_abstract&tlng=pt.

PRICE, Louise, «The treatment of homosexuality in the Malawian justice system: *R v Steven Monjeza Soko and Tiwonge Chimbalanga Kachepa», African Human Rights Law Journal*, volume 10, n.º 2, 2010, disponível em: http://www.scielo.org.za/pdf/ahrlj/v10n2/11.pdf.

RICHARDSON, Diane, «Constructing sexual citizenship: theorizing sexual rights», *Critical Social Policy*, volume 20, n.º 1, 2000, p. 105 – 135, disponível em: http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/026101830002000105#articleCitationDownloadContainer.

ROBINSON, Colin, «Decolonising sexual citizenship: who will effect change inthe south of the Commonwealth?», *Commonwealth Opinion*, 2012, p. 3- 7, disponível em: http://sas-space.sas.ac.uk/4836/1/04_12_Opinion_v6a.pdf.

SANTOS, Gustavo Gomes da Costa, «Cidadania e direitos sexuais na África do Sul: reflexões sobre o reconhecimento legal das uniões entre pessoas do mesmo sexo», *Sociedade e Cultura*, volume 15, n.º 2, 2012, p. 319 – 329, disponível em: https://www.revistas.ufg.br/fchf/article/view/22400.

SMUG, *Expanded Criminalisation of Homosexuality in Uganda: A Flawed Narrative*, Kampala, SMUG, 2014, disponível em: http://www.humandignitytrust.org/uploaded/Library/Other_Reports_and_Analysis/Alternative_to_Criminalisation_of_Homosexuality_29_Jan_2014_FINAL_SMUG_PRINT_COPY.pdf.

WEEKS, Jeffrey, «The Sexual Citizen», *Theory, Culture & Society*, volume 15, n.º 3-4, 1998, disponível em: http://journals.sagepub.com/doi/10.1177/026327649801500300 3.

PARTE III

Os desafios à proteção dos migrantes internacionais

CRISE OU ADAPTAÇÃO? MIGRAÇÃO E MUDANÇA CLIMÁTICA EM UM CONTEXTO DE ALTA MOBILIDADE

Clodoaldo SILVA DA ANUNCIAÇÃO[1]
Daniel Francisco NAGAO MENEZES[2]

1. Introdução

O impacto da mudança climática na distribuição e mobilidade da população está atraindo um interesse crescente, bem como um debate acalorado. Os números mais citados estimam que, até 2050, o número de pessoas forçadas a mudar principalmente por causa da mudança climática varia entre 200 milhões (MYERS, 2015) e 1 bilhão (AID, 2007).

Sob essas previsões está a visão de que a migração reflete a incapacidade de se adaptar às mudanças. Isso está de acordo com as visões mais diferenciadas sobre a migração como uma resposta adaptativa fundamental às mudanças socioeconômicas, culturais e ambientais. Nessa perspectiva, as características específicas dos fluxos de migrantes - duração, destino e composição - são essenciais

[1] Doutor em Direito pela Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne em cotutela e dupla diplomação com a Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2006). Professor Assistente da Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC). Membro do Grupo de Pesquisa Observatório de Migrações no Estado da Bahia

[2] Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, especializações em Direito Constitucional e Direito Processual Civil ambos pela PUC-Campinas, Especialização em Didática e Prática Pedagógica no Ensino Superior pelo Centro Universitário Padre Anchieta, Mestre e Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós doutorando pela Universidade São Paulo. Membro do CIRIEC-Brasil.

para a compreensão de seu impacto nas áreas de envio e destino e no desenvolvimento de políticas apropriadas. É provável que ambos os eventos climáticos extremos (tempestades, inundações, ondas de calor) e alterações nas temperaturas médias, precipitação e nível do mar contribuam, em muitos casos, para níveis crescentes de mobilidade.

No entanto, existem dificuldades inerentes em prever com precisão como a mudança climática terá impacto na distribuição e movimento da população. Isso se deve em parte aos níveis relativamente altos de incerteza sobre os efeitos específicos das mudanças climáticas e, em parte, à falta de dados abrangentes sobre os fluxos migratórios, especialmente em relação aos movimentos de dentro das fronteiras nacionais e, em particular, para os países de baixa renda.

Boa informação é importante para informar as respostas políticas apropriadas em nível global e nos níveis local e nacional. Ao mesmo tempo, políticas baseadas em estratégias existentes para apoiar a adaptação à mudança climática estão entre as que têm maior probabilidade de sucesso. Há evidências crescentes sugerindo que a mobilidade, em conjunto com a diversificação de renda, é uma estratégia importante para reduzir a vulnerabilidade a riscos ambientais e não ambientais - incluindo choques econômicos e marginalização social. Em muitos casos, a mobilidade não apenas aumenta a resiliência, mas também permite que indivíduos e famílias acumulem ativos. Como tal, provavelmente desempenhará um papel cada vez mais crucial na adaptação às mudanças climáticas.

A temática galgou status global ao ponto de ser incluída nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da ONU em vários pontos da proposta, notadamente no item 10.7 que propõe *"facilitar a migração e a mobilidade ordenada, segura, regular e responsável de pessoas, inclusive por meio da implementação de políticas de migração planejadas e bem geridas"*.

Políticas que apoiam e acomodam a mobilidade e a migração são importantes tanto para a adaptação quanto para a realização de metas de desenvolvimento mais amplas. No entanto, na maioria dos casos, a migração ainda é vista por muitos funcionários do governo e das agências internacionais como disruptiva exigindo controle e medidas restritivas. O argumento chave deste texto é que o que é necessário e urgente é uma mudança radical nas percepções da migração e uma melhor compreensão do papel que as instituições locais e nacionais precisam desempenhar para fazer com que a mobilidade seja vista como parte da solução e não como problema.

2. O contexto: percepções da migração dos políticos

Existe um risco real de que as previsões alarmistas sobre a migração induzida por mudança climática resultem em políticas inadequadas que pouco farão para proteger os direitos das pessoas mais vulneráveis às mudanças climáticas.

Isso não seria surpreendente: a migração é geralmente vista como problemática e a maioria das políticas tenta influenciar o volume, a direção e os tipos de movimento, em vez de acomodar os fluxos e apoiar os migrantes.

Fatores ambientais afetam os padrões de migração e mobilidade dentro de um contexto mais amplo de mudanças importantes na distribuição da população. Talvez a transformação mais amplamente reconhecida seja a urbanização: desde 2008, estima-se que metade da população mundial vive em centros urbanos e espera-se que mais de 90% do crescimento da população mundial nas próximas décadas esteja nas áreas urbanas (UNPD, 2008).

A palavra-chave é *adaptação*, que conforme a IOM, nos sistemas humanos significa "o processo de ajuste para o clima real ou esperado e seus efeitos, a fim de moderar danos ou explorar oportunidades benéficas"[3]. É um modo de sobreviver aos impactos ambientais com o mínimo de danos e viver em condições que proporcionem um habitat digno.

Wenden[4] afirma que "a migração, como estratégia individual de adaptação, será confrontada às escolhas políticas e de sociedade adotadas pelos Estados" (WENDEN, 2016, p. 26). Isto envolve, por exemplo, o fato da Convenção de Genebra sobre os refugiados não considerar a mudança climática como fator de análise dos pedidos de refúgio, o que precisa ser revisto.

A questão é que os mais pobres não querem mover-se ou não dispõem dos meios adequados para isto, sendo a migração um recurso extremo diante da percepção da ausência de ação governamental efetiva e em face da falência das soluções coletivas para reduzir sua vulnerabilidade.

Naturalmente, não significa que todas as regiões tenham níveis ou taxas de urbanização semelhantes. Além disso, embora haja uma forte associação estatística entre urbanização e crescimento econômico, a escala de pobreza urbana em muitos países de baixa renda está crescendo rapidamente, enquanto que em muitos países de renda média ela agora excede a pobreza rural - a migração urbana é muitas vezes responsabilizada pelo crescimento das populações urbanas e pela pobreza urbana.

Há, no entanto, pouca evidência para apoiar tais alegações. De acordo com as estimativas disponíveis das Nações Unidas, na maioria dos países do mundo o aumento natural da população (o excesso líquido de nascimentos e mortes nas áreas urbanas) faz uma contribuição maior do que a migração rural--urbana combinada e a reclassificação dos assentamentos de rurais para urbanos.

---

[3] A OIM acatou a definição da *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC).

[4] Conforme Cathérine Withol de Wenden (2016), o interesse pelas migrações em razão do clima é recente. É ainda difícil saber quais são as pessoas que migram por razões ambientais. Talvez seja preciso distinguir entre migrantes climáticos e ambientais, pois o impacto da mudança climática sobre as migrações é incerto.

Além disso, na maioria dos países, os migrantes rurais não são a maioria dos pobres urbanos, nem são os únicos residentes de assentamentos informais de baixa renda. Para a maioria dos governos de países de baixa e média renda, a migração tornou-se uma questão política fundamental e é percebida como um problema crescente.

Uma análise dos *Documentos de Estratégia de Redução da Pobreza* (PRSPs) na África mostra a profundidade das percepções negativas da migração, que é vista como pressão nas áreas urbanas, promovendo a propagação da criminalidade e da epidemia de Aids, estimulando a degradação da terra e reforçando tanto as zonas urbanas como rurais (BLACK, *et. al.*, 2006). Entretanto, os países em desenvolvimento negligenciam o fato de que a maioria dos migrantes se saem melhor do que aqueles que permanecem nas áreas rurais, e que suas remessas são um componente importante dos orçamentos das famílias rurais.

Uma preocupação com os possíveis impactos da mudança climática na distribuição da população precisa levar em conta um contexto político que geralmente não reconhece nem apoia o potencial positivo da migração.

Apesar da importância da urbanização, também é enganoso assumir que a migração rural-urbana é a direção predominante do movimento dentro dos países. Em grande medida, a direção dos fluxos migratórios reflete o nível de urbanização de um país (a proporção de sua população residindo em áreas classificadas como urbanas) e a natureza de sua base econômica. A migração rural-rural é predominante em economias baseadas na agricultura, como muitas nações africanas de baixa renda, enquanto o movimento urbano-urbano é mais importante em regiões com altos níveis de urbanização, como grande parte da América Latina e do Caribe.

A migração rural-urbana tende a ser alta em áreas com altos níveis de crescimento econômico e expansão dos setores industrial e de serviços, mas mesmo em países como a Índia e o Vietnã, os fluxos migratórios rurais-rurais continuam grandes. No Vietnã, 37% da migração capturada pelo último censo foi entre áreas rurais, comparado a 26% entre centros urbanos, 10% de áreas urbanas a rurais e 27% de movimento rural-urbano; na Índia, estima-se que 38% dos migrantes recentes se desloquem entre as áreas rurais (SKELDON, 2003). A migração rural-rural tende a ser dominada pelos grupos mais pobres, que muitas vezes não têm as habilidades, capital financeiro e redes sociais para se deslocarem nos centros urbanos.

Também é enganoso supor que o movimento dos países pobres para os países ricos seja a forma predominante de migração. A migração internacional representa apenas uma pequena proporção de todos os movimentos e grande parte é dentro das regiões e não em direção aos países de alta renda. No nível global, no entanto, muitas vezes se assume que a migração relacionada à mudan-

ça climática será através das fronteiras e dos países pobres para os países ricos. Dadas as visões contraditórias da migração internacional nos países de destino, onde a necessidade reconhecida de trabalho migrante frequentemente anda de mãos dadas com tentativas de reduzir chegadas, especialmente de países de baixa renda, não é surpreendente que a perspectiva de chegada milhões de refugiados às margens dos países ricos são vistas com alarme.

A relação entre mudança climática e migração tem sido corretamente definida como "complexa e imprevisível" e a escassez de evidências confiáveis sobre o tema contribuiu para a discussão acalorada e altamente politizada sobre a potencial existência de refugiados ambientais, bem como previsões sobre seus números.

O termo "refugiado ambiental" foi usado formalmente pela primeira vez na década de 1970 e foi fortemente influenciado por suposições neo-malthusianas de que o crescimento populacional levaria à migração e ao conflito causados pela escassez de recursos. Tais visões não foram apoiadas por evidências, e a pressão ambiental como causa fundamental da migração tem sido geralmente minimizada até recentemente, quando a maior atenção aos impactos da mudança climática reabasteceu o debate.

As fontes mais citadas preveem que em 2050 poderá haver até 200 milhões de refugiados ambientais, pessoas forçadas a se mudar por causa da degradação ambiental resultante da mudança climática (MYERS, 2015). Isso se tornou uma ortodoxia inquestionável, especialmente entre cientistas naturais preocupados com a mudança climática. A crítica tem sido difundida tanto à figura quanto aos seus fundamentos conceituais, e talvez ainda mais dado o crescente consenso sobre a importância de causas múltiplas e sobrepostas na maioria dos fluxos migratórios, incluindo fatores econômicos, sociais e políticos. Esse reconhecimento é refletido na mudança do foco dos relatórios do IPCC, de uma ênfase anterior na migração humana para a atual vulnerabilidade da população e capacidade de adaptação às alterações climáticas.

O principal problema com o conceito de refugiado ambiental é a suposição implícita de que existe um nexo causal direto entre a mudança ambiental e a migração. A figura proposta é uma estimativa do número de pessoas em risco - ou seja, das populações que vivem em áreas mais propensas a serem afetadas pelos impactos negativos das mudanças climáticas - em vez do número de pessoas que são efetivamente propensas a se mudar.

Essa visão simplificada é baseada no "senso comum" e não na compreensão da complexa relação entre a mudança ambiental (e a percepção dela) e a agência humana, que inclui a adaptação que reduz a necessidade de se afastar das áreas afetadas, bem como os múltiplos fatores que afetam as decisões de migração. Também ignora o fato de que a migração requer recursos financeiros e apoio

social, os quais podem diminuir com a mudança climática, o que pode resultar em uma menor mobilidade.

Há também pouca evidência de que as pessoas que já foram expostas à degradação ambiental realmente se movem nas formas e números previstos pelo modelo de refugiados ambientais. Novas pesquisas e revisões de informações existentes estão começando a construir uma imagem mais clara de como as mudanças climáticas podem afetar a migração. No entanto, prever mudanças futuras no clima é inerentemente incerto.

Por exemplo, enquanto o aquecimento global no século XXI será mais intenso na África do que no resto do mundo, com o aumento da temperatura média 1,5 vezes maior do que no nível global, os resultados das projeções de chuva permanecem incertos, e nenhuma conclusão pode ser tirada para a África Ocidental. Isso torna claramente difícil entender e prever os impactos das mudanças climáticas nas sociedades humanas, especialmente os impactos de longo prazo, que são mediados por capacidades adaptativas.

Com isso em mente, a melhor aproximação - com todas as suas limitações - é usar as experiências passadas e atuais como análogas à seca induzida pela mudança climática, desertificação e degradação da terra, eventos climáticos extremos como inundações e furacões.

2.1 Seca, desertificação e degradação do solo

Se prevê que a disponibilidade de água doce diminua, afetando entre 75 e 250 milhões de pessoas em África até 2020 e até um bilhão de pessoas na Ásia até 2050 (SOLOMON, *et. al.*, 2007). Esses números representam o número de pessoas vivendo (ou com mais frequência, estimada) em áreas de risco, mas não necessariamente aquelas diretamente afetadas pela escassez de água. É importante notar que o estresse hídrico não implica necessariamente um acesso inadequado à água para fins domésticos, especialmente para os domicílios urbanos.

Estatisticamente, os domicílios em países que enfrentam o estresse hídrico não são mais propensos à migração do que aqueles em outros países a não ter acesso a fontes de água melhoradas, e há evidências consideráveis em casos de cidades com abundantes recursos hídricos em que os domicílios pobres não têm acesso adequado a preços acessíveis de água, e cidades com escassos recursos hídricos onde os agregados familiares pobres são comparativamente bem servidos.

As diminuições das chuvas podem, no entanto, afetar as pessoas em termos econômicos, por exemplo através de um declínio da produtividade agrícola e ser um fator que contribui para a mobilidade. As ligações entre seca, desertificação e migração são complexas, e grande parte da literatura existente baseia-se em analogias com as áreas áridas de África, onde as flutuações climáticas, bem como a mobilidade generalizada, sempre foram uma característica definidora.

Por outro lado, é mais provável que a migração para os centros urbanos e para o estrangeiro, que implica custos mais elevados, ocorra após os períodos normais de precipitação e seja influenciada pela educação dos migrantes, pela existência de redes sociais e pelo acesso aos transportes e redes rodoviárias.

Esses padrões gerais também são diferenciados internamente dependendo das circunstâncias individuais e domésticas. O gênero é uma variável importante, determinada pelas relações de gênero e divisões de trabalho localmente predominantes. Assim, no deserto do Sahel, as mulheres têm menos probabilidade do que os homens de se engajarem em movimentos de curto prazo, já que o casamento é o principal motivo para agir. No Nepal, onde as mulheres são as principais responsáveis pela produção agrícola, elas migram menos do que os homens para destinos distantes. Os padrões de migração de grupos mais ricos, mais instruídos e melhor conectados socialmente parecem ser relativamente pouco afetados pela degradação ambiental. Famílias mais jovens e sem-terra, com poucos dependentes, são mais propensas a se mudar permanentemente do que aquelas que possuem terras e propriedades nas áreas afetadas. No entanto, grupos empobrecidos com capacidade limitada de investir em migração são menos propensos a se movimentar e sua capacidade de migrar será determinada cada vez mais pela disponibilidade de oportunidades locais para a diversificação de renda.

A redistribuição moderna consiste em algo além da transferência pura e simples de riquezas dos ricos para os pobres. Será mais eficaz o financiamento dos serviços públicos e das rendas de substituição de forma igualitária nos domínios da educação, saúde e previdência social (PIKETTY, 2014). Isso implica garantir "capacidades máximas e iguais para todos" a fim de identificar a liberdade como principal objetivo do desenvolvimento, conforme o pensamento de Amartya Sen (2010).

Os impactos da mudança climática de início lento também são mais propensos a afetar grupos politicamente e economicamente marginalizados, especialmente onde as instituições locais são incapazes de mediar a crescente competição por recursos. Grupos de pastores desenvolvem há muito tempo estratégias para lidar com ambientes imprevisíveis, e a mobilidade de famílias ou partes de famílias para a produção pastoril, incluindo transumância sazonal e movimento para os mercados, é um elemento chave de tais estratégias.

O conflito é o resultado da combinação de pressões ambientais, bem como da quebra de estruturas sociais tradicionais e dos mecanismos de mediação local, da resolução de disputas bem estabelecidas, da marginalização econômica dos grupos pastoris, das políticas de desenvolvimento inadequadas que restringem a mobilidade, de um acesso muito menor aos serviços básicos do que as médias nacionais e oportunidades limitadas para a diversificação da renda. Esses são fatores importantes na propensão dos pastores a migrar para os centros

urbanos. Mas também as mudanças nas rotas migratórias tradicionais e na migração para buscar meios de subsistência alternativas são respostas válidas para as mudanças nos contextos ambientais, e ambas precisam ser melhor apoiadas.

2.2 Eventos climáticos extremos

Enchentes e furacões, especialmente quando acompanhados por deslizamentos de terra, em muitos casos forçam as pessoas a deixar suas casas, que se tornam inseguras, e se mudam para outras áreas. Os deslocados costumam ser extremamente vulneráveis, mas na maioria dos casos a experiência mostra que eles retornam o quanto antes para reconstruir suas casas.

Eventos extremos só se tornam desastres quando afetam populações com altos níveis de vulnerabilidade. Eventos repetidos e acesso limitado a sistemas de apoio governamentais e não governamentais são fatores importantes para aumentar a vulnerabilidade. Este não é o caso apenas dos países de renda baixa e média baixa: as comunidades pobres de Nova Orleans, nos Estados Unidos, foram muito mais afetadas pelo furacão Katrina do que os grupos mais ricos, em parte devido à localização e condição de suas casas e em parte por falta de seguro. Como resultado, os grupos pobres eram a maioria dos migrantes permanentes da cidade.

Em contraste, no rescaldo do tsunami no Oceano Índico em 2004, a emigração foi limitada e, a migração em massa nunca ocorreu. Isso é atribuído a uma variedade de fatores, não apenas a rápida resposta humanitária e a substancial mobilização de grupos de diáspora para apoiar as vítimas em casa. Da mesma forma, um estudo sobre o impacto do tornado do Bangladesh em 14 de abril de 2004 mostrou que este causou pouco ou nenhum efeito na migração das áreas afetadas, uma vez que os pacotes de ajuda e recuperação foram distribuídos de forma rápida e justa e o evento em si foi percebido como excepcional e improvável de ocorrer novamente.

A importância de estratégias eficazes de enfrentamento pelas comunidades e os governos são ilustrados pelos diferentes impactos de dois desastres naturais. Após o terremoto de Kobe no Japão em 1995, 300 mil pessoas foram deslocadas, mas em três meses apenas 50 mil não voltaram para casa; em contraste, muitas das pessoas deslocadas pela erupção do Monte Pinatubo, nas Filipinas, em 1991, ainda estavam em acampamentos temporários ou assentamentos ilegais depois de vários anos.

2.3 Elevação do nível do mar

O aumento do nível do mar é tanto um processo gradual de inundação em longo prazo como um contribuinte para a gravidade das tempestades e inun-

dações. Isso faz com que seja uma grande ameaça para os habitantes dos pequenos estados insulares, especialmente aqueles com baixa elevação acima do nível do mar, mas também para aqueles que vivem em planícies próximas aos rios marítimos ou das marés e aqueles que vivem em zonas costeiras propensas a ciclones.

Estima-se que mais de 600 milhões de pessoas (10% da população mundial) vivem em zonas costeiras com uma elevação de até 10 metros (cerca de 2% da área terrestre do mundo). Destas, 360 milhões vivem em áreas urbanas (13% da população urbana mundial) e cerca de 247 milhões vivem em países de baixa renda (MCGRANAHAN, 2007, p. 18). Obviamente, o número em risco devido à subida do nível do mar e tempestades é menor do que isso, mas não há dados confiáveis para os números ou proporções dentro de (digamos) dois metros do nível do mar.

Se a migração for a principal resposta ao aumento do nível do mar dependerá da capacidade das comunidades e governos para responder através de uma variedade de opções, como maior infraestrutura de proteção, a modificação do uso da terra, tecnologias de construção e retirada gerenciada de áreas altamente vulneráveis. Ironicamente, algumas das áreas de maior risco também são destinos importantes dos migrantes, uma vez que oferecem melhores oportunidades econômicas através da concentração da indústria e dos serviços.

Medidas para apoiar um padrão mais descentralizado de urbanização e industrialização ajudariam a reduzir o número de pessoas que vivem em áreas de risco e, ao mesmo tempo, reduzir as desigualdades regionais que são a causa básica da migração. Em resumo, as pesquisas em contextos que oferecem semelhanças com os impactos previstos da mudança climática sugerem que a degradação ambiental não resulta inevitavelmente na migração. Onde isso acontece, é provável que o movimento seja predominantemente de curto prazo, como no caso de eventos climáticos extremos e desastres naturais, e de curta distância, como no caso da seca e da degradação da terra.

No caso do aumento do nível do mar, muito menos pode ser inferido a partir de experiências passadas, e o número de pessoas forçadas a se deslocar dependerá de iniciativas de adaptação, bem como de estratégias nacionais de planejamento mais amplos. A significância de fatores não-ambientais na migração, a incerteza sobre a extensão das mudanças nos padrões de chuvas e a frequência e força dos ciclones, furacões e tufões tropicais como consequência da mudança climática, e o fato de que as previsões só vão até os próximos cinquenta anos são sérias limitações para qualquer avaliação realista a longo prazo da ligação entre mudança climática e migração. Ao mesmo tempo, no entanto, há indicações claras da necessidade de entender a migração como uma das várias estratégias que os indivíduos e as famílias podem usar para se adaptar à mudança climática.

3. Diversificação da renda e mobilidade circular como resposta adaptativa às mudanças climáticas de baixo curso

Há pouca pesquisa que explora diretamente o impacto de fatores ambientais na diversificação da renda e mobilidade. No entanto, há muitas evidências mostrando que essas estratégias inter-relacionadas são elementos substanciais da subsistência das populações rurais e urbanas. Na China, uma pesquisa do Ministério da Agricultura sugeriu em 2004 que as receitas não-agrícolas e transferências internas de migrantes para centros urbanos estavam prestes a ultrapassar os ganhos da agricultura nos orçamentos familiares rurais (DESHINGKAR, 2006).

Na Índia, as remessas representam cerca de um milhão, um terço dos rendimentos anuais dos agregados familiares rurais pobres e sem-terra (ELLIS, 2008). Os rendimentos provenientes de atividades não agrícolas também são substanciais e estima-se que representem entre 30 e 50% dos rendimentos das famílias rurais na África, atingindo os 80-90% na África Austral, cerca de 60% na Ásia e, cerca de 40% na América Latina (ELLIS, 2008).

Por um lado, a diversificação da renda fornece o capital necessário para investir na produção agrícola - insumos, infraestrutura e, por vezes, trabalho assalariado. Por outro lado, a diversificação de renda também fornece a rede de segurança que permite que os agricultores assumam os riscos inerentes à mudança de práticas de longa data. Como tal, é um elemento essencial da adaptação agrícola às mudanças climáticas.

A extensão da migração temporária, circular e sazonal que frequentemente sustenta a diversificação da renda é geralmente subestimada. Em parte, isso ocorre porque esses movimentos tendem a evitar estatísticas nacionais e dados censitários. No entanto, estimativas sugerem que os números envolvidos são impressionantes. Na Tailândia, um terço de toda a migração interna no início da década de 1990 consistiu em movimento temporário para a região metropolitana de Bangcoc durante a estação seca, quando a demanda por mão-de-obra diminui (ELLIS, 2008).

Na Índia, cerca de 20 milhões de pessoas migram temporariamente a cada ano (ELLIS, 2008). A maior parte desse movimento é entre regiões rurais propensas à seca e áreas rurais de agricultura irrigada que exigem mão-de-obra sazonal; no entanto, há sinais de que a combinação de mecanização agrícola e demanda por trabalhadores não qualificados e semiqualificados no setor da construção está reorientando migrantes para centros urbanos e ocupações não agrícolas.

A preferência por destinos urbanos sustenta a visão de que uns números crescentes de migrantes de curto prazo optam pelo emprego em atividades

não-agrícolas, criando um movimento circular envolvendo o retorno às áreas de origem em curto período de tempo, esta modalidade é especialmente alta entre aqueles que se envolvem em migração transfronteiriça, mas também, migrantes rurais-urbanos e, em menor medida, migrantes rurais-rurais.

A insegurança no emprego, o alto custo de vida e, muitas vezes, a acomodação insegura nos centros urbanos podem, indiscutivelmente, agir como fatores que contribuem para a migração circular e se sobrepõem à degradação ambiental nas áreas de origem para aumentar a mobilidade das pessoas. A distribuição espacial das oportunidades econômicas, no entanto, continuará a ser o principal determinante das direções de migração e um foco primário para a ação política.

4. Acomodação e apoio à mobilidade: pequenos centros urbanos e instituições

Como o estresse climático quase invariavelmente se sobrepõe a outros fatores na determinação da duração, direção e composição da migração, esses outros fatores - socioeconômicos, políticos e culturais - precisam ser integrados às políticas de adaptação. Além disso, as iniciativas de adaptação agrícola não devem pressupor que devam contribuir para reduzir a emigração, e especialmente a migração rural-urbana, pois há ampla evidência para mostrar que o desenvolvimento rural geralmente tem pouco efeito sobre a migração, e onde isso tende a incentivar a migração rural-urbana.

Isto não significa que o desenvolvimento rural não deva ser uma prioridade, especialmente quando a maioria da população vive em zonas rurais. Significa, no entanto, que o desenvolvimento agrícola e rural mais amplo e as ações específicas de adaptação às mudanças climáticas para apoiá-las não devem estar vinculadas à redução da migração.

A mudança de oportunidades nos centros urbanos como resultado de desacelerações econômicas é mais provável de afetar os padrões da migração, como é o caso atualmente. A degradação ambiental, no entanto, provavelmente contribuirá para a crescente necessidade de garantir o acesso a atividades econômicas não agrícolas, seja localmente ou envolvendo algum nível de mobilidade. Em muitos casos, pequenas cidades locais ou grandes aldeias são onde essas atividades se concentram.

De fato, o papel potencial dos centros urbanos pequenos e intermediários no crescimento econômico, na redução da pobreza e, mais recentemente, na adaptação aos impactos da variabilidade climática tem atraído a atenção dos formuladores de políticas desde a década de 1960. Pequenas cidades em áreas agrícolas são especialmente importantes para a subsistência dos grupos mais pobres,

muitas vezes sem-terra e sem meios de migrar para cidades maiores, fornecendo acesso a atividades não agrícolas que exigem habilidades e capital limitados.

Eles também desempenham um papel importante na provisão de serviços básicos como saúde e educação para a sua própria população e da área rural circundante e, é provável que isso se torne cada vez mais importante tanto com a mudança climática de início lento como com o aumento na frequência e intensidade de eventos extremos. Além disso, centros urbanos pequenos e intermediários são um componente essencial das políticas nacionais que visam alcançar um padrão mais descentralizado de urbanização entre as regiões - e isso é especialmente importante em vista da concentração de grandes cidades em zonas costeiras de baixa altitude vulneráveis à elevação do nível do mar.

No entanto, muitas das políticas das cidades pequenas em desenvolvimento regional desde a década de 1960 tiveram sucesso muito limitado, em parte devido à sua natureza vertical das políticas públicas, que negligenciaram a importância das características locais e em parte porque negligenciaram a importância crítica das políticas locais, sobrepondo a importância das políticas macroeconômicas nacionais no desenvolvimento local.

Assim, embora as cidades pequenas possam desempenhar um papel importante na adaptação às mudanças climáticas, isso só pode ser alcançado dentro de uma abordagem mais ampla de desenvolvimento e redução da pobreza. As pequenas e microempresas locais, na maioria dos casos, a espinha dorsal das economias das pequenas cidades e, onde os grupos de baixa renda se concentram, precisam de acesso aos mercados, recursos externos ao capital e conhecimento técnico.

Assim como os mercados são importantes para a produção agrícola, os comerciantes de pequenas cidades são essenciais para os pequenos agricultores; no entanto, eles não podem substituir o acesso à terra, crédito e insumos que permitem aos agricultores familiares responder às mudanças na demanda. Talvez, o mais importante, em muitos casos, é que os governos locais nas pequenas cidades não têm capacidade, recursos e apoio do governo em nível mais alto.

Uma área em que os governos locais das pequenas cidades precisam melhorar sua capacidade é a prestação de serviços aos migrantes e a proteção de seus direitos. Os migrantes pobres em centros urbanos menores podem ser mais desfavorecidos do que os migrantes para as grandes cidades, devido à existência limitada de organizações da sociedade civil que podem apoiar seus interesses. Assim, os migrantes são frequentemente pior pagos pelos seus empregadores do que os não-migrantes, em parte porque eles podem não estar conscientes dos salários e geralmente não são membros de sindicatos e associações de trabalhadores.

A disposição dos migrantes em aceitarem salários mais baixos em muitos casos podem colocá-los em conflito com os não-migrantes, resultando em maiores riscos de marginalização e saúde ocupacional. Eles também são menos propensos a acessar serviços públicos que exigem registro junto às autoridades locais, como os cartões de racionamento na Índia, ao mesmo tempo, porém, eles são frequentemente registrados nas listas de eleitores e manipulados por políticos locais que não representam suas necessidades e prioridades.

No geral, no entanto, seja nas grandes cidades ou nas cidades pequenas, os migrantes temporários pobres compartilham muitas das vulnerabilidades dos pobres urbanos. Talvez a principal diferença seja que eles tendem a ser ainda menos visíveis e, portanto, têm menos representação política e voz.

5. Considerações finais

Prever o impacto da mudança climática na distribuição e movimento da população é repleto de dificuldades. No entanto, parece improvável que as previsões alarmistas de centenas de milhões de refugiados ambientais se traduzam em realidade. O que é mais provável é que as tendências atuais de alta mobilidade, ligadas à diversificação da renda, continuem e se intensifiquem.

Experiências anteriores sugerem que os movimentos de curta distância e de curto prazo provavelmente aumentarão, com os muito pobres e vulneráveis em muitos casos incapazes de se mover. Subjacente a essas tendências está a crescente necessidade de diversificação de fontes de renda e a distribuição espacialmente desigual de oportunidades econômicas. A centralidade de ambas as questões para as iniciativas de adaptação não pode ser enfatizada.

O que também é necessário é uma mudança radical nas percepções da migração. A maioria das políticas de gerenciamento de migração tenta influenciar o volume, a direção e o tipo de movimento populacional. No entanto, as políticas podem visar de forma mais útil acomodar as mudanças nos padrões de migração que resultam da degradação ambiental, crescimento econômico ou crise e outras transformações mais amplas.

Dentre as alternativas socioeconômicas e ambientais e ações políticas para harmonizar a sustentabilidade com as migrações propostas pela OIM está o apoio às atividades de adaptação para aumentar a resiliência dos indivíduos frente às dificuldades climáticas e favorecer uma permanência em suas regiões de origem. Este parece ser um elemento essencial de adaptação às mudanças climáticas e outros objetivos de desenvolvimento sustentável.

Referências bibliográficas

AID, Christian, *Human Tide: The Real Migration Crisis*, UK, Christian Aid Report, 2007 [consult. 30 mar. 2018], disponível em: www.christianaid.org.uk.

BLACK, R, J.; CRUSH, S.; PEBERDY, S.; AMMASSARI, L.; MCLEAN, H. S.; MOUILLESSEUX, C. P.; RAJKOTIA, R., *Migration and Development in Africa: An Overview*, Migration and Development Series, Cape Town, Southern African Migration Project, 2006.

DESHINGKAR, P., «Internal migration, poverty and development in Asia», in *Asia 2015 Conference: Promoting Growth, Ending Poverty*, org. DFID, the Asian Development Bank and the World Bank, London, 6–7 March, 2006.

ELLIS, F., «Livelihood diversification and sustainable rural livelihoods», in *Sustainable Rural Livelihoods: What Contribution Can We Make?*, ed. Diana Carney, London, DFID, 2008, p. 78-101.

MCGRANAHAN, G.; BALK, D.; ANDERSON, B., «The rising tide: assessing the risks of climate change and human settlements in low elevation coastal zones», *Environment and Urbanization*, Vol 19, No 1, April 2007, p. 17–37.

MYERS, N., «Environmental refugees: an emerging security issue», *23th Economic Forum*, Prague, 23–27 May, 2015.

OECD, *International Migration Outlook 2017*, Paris, OECD Publishing, 2017 [consult. 30 mar. 2018], disponível em: http://dx.doi.org/10.1787/migr_outlook-2017-en.

OECD; EU, *Recruiting Immigrant Workers: Europe 2016*, Paris, OECD Publishing, 2016 [consult. 30 mar. 2018], disponível em: http://dx.doi.org/10.1787/9789264257290-en.

PIKETTY, T., *O capital no século XXI*, Trad. Monica Baugarten de Bolle, Rio de Janeiro, Intrínseca, 2014.

SEN, A., *Desenvolvimento como Liberdade*, São Paulo, Companhia das Letras, 2010.

SKELDON, R., «Migration and migration policy in Asia: a synthesis of selected cases», *Anais do Congresso Migration, Development and Pro-Poor Choices in Asia*, Dhaka, Bangladesh, 22–24 June, 2003.

SOLOMON, S.; QIN, D.; MANNING, M.; CHEN, Z.; MARQUIS, M.; AVERYT, K. B.; TIGNOR, M.; MILLER, H.L. (eds.), *IPCC: Climate Change 2007:*

The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, Cambridge University Press, Cambridge/New York, 2007.

UNITED NATIONS POPULATION DIVISION (UNPD), *World Urbanization Prospects: The 2007 Revision*, New York, United Nations Department of Economic and Social Affairs, 2008.

WENDEN, C. W. de., «As novas migrações», *Revista SUR* 23, vol. 13, n. 23, 2016, p. 17-28 [consult. 16 jul. 2016], disponível em: http://sur.conectas.org/as-novas-migracoes/.

MIGRAÇÃO E POBREZA NO SUL DA BAHIA: A RELAÇÃO COM A TEORIA DA PRIVAÇÃO DAS CAPACIDADES

Maria Luiza SILVA SANTOS[1]

O presente artigo aborda a realidade da migração rural-urbana na micro-região cacaueira (Ilhéus – Itabuna) no período posterior à crise provocada pelo fungo da vassoura de bruxa (*moniliophtora perniciosa*), ao final da década de 1990 no século XX. A análise é centrada em dados referentes ao êxodo de trabalhadores rurais que não tiveram condições de permanecer nas roças de cacau e migraram para as cidades, criando, na maioria dos casos, situações de insegurança, incerteza e declínio nas condições econômicas e qualidade de vida. O embasamento teórico referente a essa análise é buscado em Amartya Sen e na sua perspectiva do desenvolvimento como liberdade, que trata das privações sociais a que as pessoas são submetidas por viverem em estado de pobreza impactando as liberdades reais que poderiam usufruir.

1. A Migração e a Formação Social

A decisão de migrar de pequenos centros ou de zonas rurais para cidades maiores passa por diversos fatores que terminam convergindo para a efetivação do fato em si. O anseio individual pela modernidade, as necessidades econômicas, o desemprego são fatores que reforçam as decisões de mudança, muitas vezes, apresentando-se como fatores de expulsão de determinados espaços.

[1] Professora de Sociologia da Universidade Estadual de Santa Cruz maluss@uesc.br.

A presença de migrantes nas cidades alimenta um clima diversificado, pluralista, que geralmente contribui para um enriquecimento cultural, pois novas formas de manifestações passam a vigorar. Essas caracterizações podem ser percebidas no vestuário, em artesanatos, na venda de comidas típicas e até na implantação dos centros de convivência. Nessa perspectiva, esse movimento é interpretado sob a ótica do relativismo cultural, como uma riqueza no contexto das novas relações, bem como de toda uma gama de objetos e comportamentos que podem ser conhecidos e assimilados.

Mas, ao mesmo tempo em que esse fenômeno pode ser interpretado como algo positivo, pode ser também interpretado como ameaça à identidade, à integridade local, e à ocupação de espaços físicos e sociais dentro das cidades. Passa, então, a ser interpretado através de discursos etnocêntricos que verbalizam sentimentos de insatisfações frente à ameaça de tudo que é novo e que pode ser nocivo para a sociedade receptora.

Essa sensação de medo e ameaça pode decorrer do modelo de imigração, do perfil dos migrantes e de administrações e governos que, não sabendo lidar com o crescimento urbano, tentam impedir o movimento migratório do campo para a cidade, acreditando ser o fenômeno migratório o desencadeador de problemas relativos a um contingente populacional superior ao desejado, ao qual se atribui a maioria das mazelas referentes àquela população. Mas estudos como o do demógrafo George Martine (2007) informam que "o fator principal do crescimento urbano não é a migração, mas o crescimento vegetativo nas cidades, impedir a migração não evita o crescimento".

Estabelecendo mais uma vez o contraponto, o entendimento negativo do fenômeno migratório se traduz na idéia de que esse novo fluxo populacional pode alimentar na comunidade local os sentimentos como medos e fobias, e nos que chegam o sentimento de exclusão social.

Em termos de infra-estrutura, para os que acreditam nos prejuízos resultantes do êxodo, pode acontecer também e apenas uma transferência de problemas da zona rural para urbana, como citado no artigo "Cidade - lugar de encontro ou exclusão?" (CSEM[2], 2009, p. 3):

> *a migração para os centros urbanos tem resultado em cidades com inchaço populacional que, por sua vez apresentam um crescimento espacial desordenado e carente de infra-estrutura adequada. Além disso, problemas como falta de emprego, serviços de saúde e educação limitados deixam grande parcela da população urbana marginalizada e em situação de vulnerabilidade.*

[2] Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios

O deslocamento, na maioria das vezes, dá-se pela busca de melhores condições de vida, busca de ascensão social, sobrevivência. Porém, ao se deparar com a nova realidade, uma realidade de exclusão pode se apresentar pela falta de condições econômicas, fator que, quase sempre, é o que propicia a sua saída do local de origem. O migrante pode, então, passar por um sentimento de duplo processo de exclusão.

Esses migrantes irão se concentrar em lugares que Bauman (2007) irá denominar de *guetos involuntários* – "espaço do qual não temos permissão de sair" -, áreas em que ficam confinados, marginalizados, sem ser vistos com o sentimento de alteridade e percebidos apenas nos momentos das análises sobre o inchaço das cidades, da violência e da concorrência pelas vagas de emprego. Linberger chama atenção sobre essas análises quando faz o registro de que,

> *sem alternativa grande parte dos trabalhadores migra para as cidades próximas. Alguns são absorvidos pela indústria, mas muitos, sem outra especialização que não a do trabalho no campo incham as periferias, em favelas e ocupações irregulares (CSEM, 2009, p. 14).*

Algumas perguntas encontradas no Editorial do CSEM n. 74, março/2009 "Cidade: lugar de encontro ou exclusão?" servem de reflexão para este trabalho: como tratar do desafio da integração, da incorporação dos migrantes sem enfrentar o tema do planejamento urbano excludente? Como promover uma cultura do encontro e do diálogo sem optar pela criação de espaços abertos e públicos que favoreçam o encontro e a interlocução de todos os habitantes urbanos? Como garantir espaços seguros e confiáveis sem respeitar os direitos humanos fundamentais de todos os residentes? (p. 3 e 4).

Um debate interessante a respeito dessas questões traz posicionamentos sobre o enfrentamento do crescimento urbano provocado pelo êxodo rural.

O demógrafo George Martine, citado anteriormente, consultor das Organizações das Nações Unidas, durante o simpósio "Crescimento Urbano Populacional e Meio Ambiente no Século XXI" realizado em Campinas, expôs que a cada semana 1,2 milhão de pessoas se mudam do campo para a cidade. Esse processo é particularmente comum na Ásia e na África, mas o modo como tem ocorrido tem aspectos negativos que deveriam ser evitados no Brasil.

Segundo o demógrafo, o Brasil tem alto grau de urbanização, com 80% da população em cidades, mas ainda tem que aprender sobre crescimento e planejamento urbano. Acredita que alguns mitos têm que ser derrubados e o primeiro ponto que ele coloca em seu relatório é o que vai de encontro ao senso comum em relação à urbanização, ou seja, de que ela seria inerentemente prejudicial, também de que a migração rural urbana deveria ser controlada, que o cresci-

mento das cidades significa danos ao meio ambiente e que os pobres são um fardo para a economia.

Para Martine (2007), "é importante entender que a principal iniciativa que deve ser tomada em uma cidade que cresce rapidamente não é reduzir o seu crescimento, mas sim tomar atitudes pro ativas para conviver com o crescimento que é mais ou menos inevitável".

Marília Steinberger do Departamento de Geografia da Universidade de Brasília compartilha com algumas dessas idéias. A geógrafa explicita que "nenhum indicador mostra que o crescimento das cidades denigre o meio ambiente". Para a professora, "as questões urbanas rurais e ambientais deveriam ser vistas como uma coisa só." (REYNOL, 2008)

Essa postura de se analisar tudo como uma coisa só é trabalhada também por Monte-Mor quando fala do adjetivo urbano e rural e de toda complexidade neles imbricada na atualidade. Ele ressalta toda a gama de relações culturais, econômicas e espaciais derivadas dos entendimentos da cidade e do campo. Para o autor, essas fronteiras ficam cada vez mais difusas e de difícil identificação, pois "espaço urbanizado se estende por regiões mais amplas, circunvizinhas ou não, cujos espaços de vida e de trabalho 'urbanizados' se estendem, mais ou menos densos, sobre territórios próximos e distantes em um processo expansivo que se iniciou no século XIX e se acentuou irreversivelmente no século XX" (MONTE-MOR, 2006, p. 186).

Mas o que se percebe é que o inchaço das cidades, a invasão de áreas ambientais e a construção de favelas demonstram a falta de atenção e de políticas voltadas para a população mais pobre. Demonstra a dificuldade de pessoas, pertencentes a essa camada da população, quanto ao acesso aos serviços como saúde, segurança, educação e emprego.

Sob essa ótica, o processo de urbanização não estaria sendo construído de forma positiva, estaria sim, assemelhando-se ao que Martine, em entrevista a Washington Castilhos (2007) chama de caos social e ambiental. Martine faz, então, referência à governabilidade e explica a sua idéia:

> *Duas grandes iniciativas precisam ser tomadas desde já nas cidades e países que serão afetados por um crescimento acelerado nas próximas décadas. Uma se refere à questão de moradia para a população pobre. Não prestar atenção a essa questão é o principal fator que gera a miséria nas cidades. A população pobre é uma parte preponderante, senão a maior da população nos países em desenvolvimento, mas os pobres são esquecidos completamente pelos mercados formais e pelo planejamento. Terminam morando nos piores lugares possíveis, explorados por diversos especuladores e tendo que pagar preços exorbitantes por pequenos pedaços de terra. Ter uma moradia segura e um endereço é o ponto de partida para que se possa aproveitar o que a cidade tem a oferecer.*

Essa realidade macro é percebida em dimensão nacional, a exemplo de estados como o Paraná, onde cidades cuja economia agropecuária têm perdido habitantes, "a mecanização cada vez mais intensa na agricultura ainda deve ser a grande responsável pela expulsão de moradores de propriedades rurais, levando-se a optar pela vida próxima dos grandes centros urbanos" (Leila Limberger – coord. do curso de Geografia da Escola Técnica em Foz do Iguaçu *apud* CSEM, 2009, p. 13) e São Paulo, onde há registro de que, no ano de 2008, milhares de famílias sem condições mínimas de inserção em atividades urbanas altamente especializadas continuam a trocar as áreas rurais pelas cidades. "Não assistidas em suas áreas de origem, elas transferem às prefeituras dos municípios em que se fixam uma tarefa muito onerosa, de complexa realização e êxito duvidoso, e tornaram-se protagonistas de pungentes dramas pessoais e familiares com os quais não temos sabido lidar" (PANNUNZIO, 2008, p. 12).

2. O Sul da Bahia

Realidade semelhante pode ser descrita na região sul da Bahia, principalmente no período compreendido nas últimas décadas do século XX. Os espaços urbanos se constituíram em pólos de atração de populações pobres de áreas rurais, criando a ilusão de que nas cidades existiriam oportunidades iguais para todos. Com esse pensamento, muitos trabalhadores rurais deixaram suas casas em busca de emprego em cidades próximas. Dona Joveci, trabalhadora rural, em seu depoimento diz que:

> *Essas pessoas quando chegaram aqui (Itabuna) e não tinham experiência com o trabalho da cidade se prestavam a fazer favores ganhando 50 centavos ou um real. Essas pessoas ficam viciadas em ganhar assim, às vezes se tornam avião pra bandido. Muitas meninas também engravidam e vivem na miséria. O que bem tem aqui é gente que chega procurando emprego. Como ta difícil pra todo mundo tem universitário que ta fazendo trabalho de quem não tem instrução. Como em São Paulo, as pessoas têm um sonho de ir pra Itabuna porque lá tem muito emprego. Mas é só um sonho. Eu adoro um programa chamado 'De volta pra minha terra'. Teve uma moça daqui que passou, ela foi espancada e o filho queimado de cigarro, ainda bem que consegui voltar (SANTOS, 2014, p. 94-95).*

A desestabilidade vivenciada pelos homens do campo no sul da Bahia foi provocada pelas constantes crises da cultura agrícola cacaueira. A insistência no cultivo do cacau como economia monocultora e o relativo conforto que era trazido com essa cultura deixou, de certa forma, uma população despreparada frente a obstáculos não esperados. Momentos difíceis em função das configurações climáticas vinham e terminavam por ser, de certa forma, superados, porém deixando saldos negativos na economia agrícola.

Mas, com o aparecimento do fungo vulgarmente conhecido por *vassoura-de-bruxa*, a "debaque" foi sentida em larga escala numa abrangência que atingiu todos os setores e classes da sociedade de âmbito urbano e rural.

Vai-se presenciar, a partir daí, todo um movimento de produtores rurais que passam a ter necessidade de negociar suas dívidas com os bancos, a recorrer a projetos de recuperação da lavoura e a enxugar o seu quadro de trabalhadores, enfim de trabalhar efetivamente em suas propriedades. "A vassoura de bruxa foi terrível para a região cacaueira, mas, por trás de todo o mal que causou, tem algo de bom, pois fez com que o produtor conhecesse melhor sua propriedade" (GESTEIRA, 2004).

Discurso semelhante ao do Presidente do Sindicato dos Produtores de Cacau de Ilhéus é o do Sr. Silvan, trabalhador rural, que descreve essa realidade da seguinte forma: "Há 40 anos, o proprietário da roça onde eu trabalho estaria em Miami, telefonava para o administrador e dizia: eu quero tantas arrobas de cacau no pé em flor. Hoje é diferente, hoje ele tá dentro, mete a mão no arado, ele sua a camisa para manter o padrão" (ANDRADE, 2004, p. 90).

Essa realidade sentida pelos proprietários de terra atingiu também os trabalhadores que foram obrigados a se deslocar das roças em busca de alternativas de sobrevivência, pois sofreram grande impacto com a nova realidade. Costa Mata (2006, p. 2) destaca que

> *a população de outrora cacaueira da região tem tradição cultural acumulada para trabalhar e dominar tarefas agrícolas nas fazendas, desenvolver as atividades extrativas, porém, já há algum tempo, ante o processo de mudança de trabalho e das características desse mercado, começam a deslocar-se para as mais diversas ocupações.*

Mesmo que a nova configuração da região tenha apostado em produtos e serviços que se apoiaram no emblema rural a exemplo do artesanato, turismo rural e de aventura nas fazendas, produções semi-industrializadas do fruto e seus derivados, "deslocando simbolicamente o cacau da fazenda para o ambiente do litoral, nas praias, áreas de lazer, hotéis, talvez com a visão de que a região volte a ganhar prestígio e outorgue sustentabilidade ao negócio" (COSTA MATA, 2006, p. 2), a mão-de-obra utilizada nas novas empreitadas não tinha sido preparada para as novas alternativas.

Começa-se a se construir um novo discurso sobre o domínio e competência na prestação de serviços que exige desses novos residentes urbanos, os migrantes das roças de cacau, a "prestação de um bom serviço" ao mesmo tempo em que aparece de forma subjacente, a resistência dessas comunidades frente à insatisfação devido às mudanças ou pela real falta de preparo na atuação de ou-

tras frentes. Sr. Antonio, trabalhador rural, ao ser entrevistado no sindicato dos trabalhadores de Itabuna, expressa sua insatisfação:

> *Os trabalhadores que podiam se aposentar se aposentaram e vieram pra cidade ganhando 460,00 reais, só que tão passando fome, o dinheiro não dá pra nada, pois tem mulher, filhos e netos pra sustentar. Chegando na cidade não arranja emprego porque ninguém quer dá emprego a um cabra de 65 anos. Não quer dá aos de 40 que dirá ao mais velho. O que encontram às vezes é um quintal para limpar*[3].

Um trabalho que também expressa a voz do trabalhador rural é "[u]m estudo cultural do cacau com perspectiva para o turismo" (ANDRADE, 2004). Nele a autora descreve várias percepções do trabalhador rural da região cacaueira sobre si mesmo e sobre a realidade regional vivenciada antes e durante a crise.

A autora, em seu texto, defende a visibilidade da ótica e da voz desses trabalhadores sobre a sua história e sobre a história da região. Citando Hall (2003, p. 171 *apud* ANDRADE, 2004, p. 89), fala da ruptura necessária com o discurso oficial "velhas correntes de pensamento são rompidas, velhas constelações deslocadas e elementos novos e velhos são reagrupados ao redor de uma nova gama de premissas e temas".

Muitos dos depoimentos encontrados nesse trabalho retratam os sentimentos de medo e incertezas, citados anteriormente, da angústia frente às perspectivas que se apresentam. Esses depoimentos assinalam, em sua maioria, a vassoura de bruxa como vilã e, como o reflexo da crise, o desemprego para o "lado da parte mais fraca". Esses trabalhadores verbalizam sua preocupação com aqueles que foram obrigados a migrar, acreditam que muitos possam estar vivendo em condições subumanas, "vivendo debaixo de viadutos", sentem, pelos pais de família que tiveram que deixar mulher e filhos e que desejam voltar a trabalhar na terra.

A sazonalidade também foi comentada em alguns depoimentos. Algo aceito por falta de opção pelos trabalhadores. "Alguns fazendeiros contratam um número de trabalhadores maior entre junho/julho e novembro/dezembro e nas outras épocas eles fazem bicos" (ANDRADE, 2004, p. 158).

Esses agricultores se transformam para sobreviver em ajudantes de pedreiro, sapateiro, trabalham na feira e esperam que o serviço na roça aumente para que sejam de novo absorvidos. Aparece, dessa forma, a lógica do "menos mal". Quando se percebem nesse momento de fragilidade, aceitam trabalhar seis meses, parar seis e voltar para trabalhar mais seis meses.

---

[3] Informação obtida de fonte oral em entrevista a Maria Luiza Santos sobre a Região cacaueira no ano de 2010.

3. A Privação das Capacidades

Essa postura e alguns entraves já assinalados no texto frente às condições encontradas no perímetro rural e também apresentadas aos novos moradores dos centros urbanos no que se refere à alimentação, educação e saúde nos remetem à discussão sobre pobreza, estabelecida por Amartya Sen. O economista expande a abordagem sobre as necessidades fundamentais inserindo a reflexão da pobreza nos campo de pensamento sobre justiça social, sobre igualdades e desigualdades, sem negar a relevância dos fatores econômicos. Nessa perspectiva de justiça social, as vantagens são aferidas em termos de privação das capacidades ou das liberdades substantivas de que ela usufrui.

Essa percepção da pobreza em um caráter mais subjetivo até pouco tempo atrás não era pensada nos países em desenvolvimento, pois o que era evidenciado eram os aspectos absolutos. Nos últimos anos, é que a pobreza tem sido analisada a partir de perspectivas subjetivas e metodologias participativas.

No relatório do Banco Mundial de setembro do ano 2000, a defesa que se apresenta quanto à redução da pobreza fala do atendimento a necessidades em áreas como oportunidade, fortalecimento e segurança. Esse trabalho buscou ouvir relatos de mais de 60.000 homens e mulheres que vivem na pobreza em 60 países. A experiência é descrita nas palavras deles próprios, fundamentadas em três temas principais:

1 "a princípio eu tinha medo de todos e de tudo: do meu marido, do *sarpanch* da minha vila, da polícia. Hoje não tenho medo de mais ninguém. Tenho a minha própria conta bancária. Sou líder do grupo de poupança da minha vila... Falo as minhas irmãs sobre o nosso movimento. E temos um sindicato de 40000 pessoas no distrito (de um grupo de discussão de homens e mulheres pobres, na Índia, em 1997.

2 "A pobreza e a humilhação, é o sentimento de depender deles, de ser forçada a aceitar grosserias, insultos e indiferença quando procuramos ajuda" (mulher da Lituânia, em 1998).

3 É uma calamidade quando o meu marido fica doente. A nossa vida pára até que ele se recupere e volte a trabalhar (mulher do Egito, em 1999)[4].

[4] Comunicado à imprensa n.º 2001/042/S do Banco Mundial, Washington, 12.09.2000, disponível em http://siteresources.worldbank.org/NEWS/Resources/pr091200po.pdf

Esse documento

> *baseia-se no ponto de vista segundo o qual a pobreza não representa apenas baixa renda e baixo consumo, mas falta de educação, nutrição, [segurança] e de saúde. Fundamentado no depoimento dos próprios pobres e em mudanças na maneira de se ver a pobreza, ele vai além da definição de pobreza para incluir também o sentimento de falta de poder, a incapacidade de se expressar, a vulnerabilidade e o medo*[5].

Amartya Sen (2000), em seu artigo "Desenvolvimento como liberdade", discorre sobre a noção de desenvolvimento como processo de expansão das liberdades reais de que as pessoas desfrutam, removendo os aspectos que sejam fontes de privação, a exemplo da pobreza, tirania, carência, negligência de serviços públicos, intolerância ou interferência excessiva do Estado. O olhar do desenvolvimento sob esse prisma dá um significado relevante aos valores sociais e aos costumes tais como igualdade entre os sexos, cuidado com os filhos, tamanho de família, meio ambiente, corrupção etc. Isto posto, apesar da ênfase que é colocada nos aspectos econômicos quando se discute desenvolvimento, amplia-se esse viés prioritariamente economicista e percebe-se que outras liberdades podem melhorar e enriquecer a vida das pessoas. Esse enriquecimento se reflete nas coisas que podem ser feitas e também nas coisas que podem ser obtidas.

Sen (2000) trabalha com a idéia de cinco tipos distintos de liberdade: 1. Liberdade política; 2. Facilidades econômicas; 3. Oportunidades sociais; 4. Garantias de transparência; e 5. Segurança protetora, evidenciando que os aspectos descritos não precisam ser estanques e que podem se completar contribuindo com o aumento da liberdade humana em geral e, ainda que com oportunidades adequadas, os indivíduos podem mudar o seu destino e ajudar uns aos outros.

De acordo com essa perspectiva das liberdades, as pessoas devem ser vistas como ativamente envolvidas na conformação do seu destino e não como beneficiários passivos dos frutos de engenhosos programas de desenvolvimento. No momento em que o autor estabelece o indivíduo como ser ativo e não como sujeito de um destino, ele reforça sua idéia de que os bens serão resultados da capacidade.

Nesse viés, o autor defende que, em lugar de se falar em insuficiência de renda, uma vez que a mesma pode resultar em distintas qualidades de vida, é relevante ver como a renda se distribui na classe pobre.

Outro elemento preponderante nas idéias de Amartya Sen é o de considerar a pobreza não como um fato, mas como um sentimento, entrando aí a noção de exclusão social. Para o autor, pessoas que participam de toda noção de

[5] Ibid.

cidadania não têm esse sentimento de "estar fora do contexto", o que permite que o indivíduo/cidadão tenha uma relação mais estreita com a noção de direitos.

Robert Castel, numa entrevista feita a IHU (Revista do Instituto Humanitas Unisinos, edição 220, em maio de 2007), atrela essa percepção dos direitos, acima citado, e o conceito de autonomia dizendo que "as pessoas não são autônomas por natureza, por essência. Para ser autônomo, eu penso que é preciso ter certos recursos e direitos, e eu penso que a reflexão sociológica sobre a autonomia seria descobrir quais são as condições objetivas de possibilidades para ser autônomo ou independente".

A idéia de Castel corrobora o pensamento de Sen uma vez que, ao falar de autonomia ou da falta dela nas pessoas, ele esclarece que as dificuldades passam não por falta de qualidades morais ou inteligência necessária, mas porque se encontram em condições de vida relativas a trabalho e a subsistência em que é difícil ser autônomo. "Faltam a essas pessoas o mínimo de recursos materiais, falta proteção contra os riscos sociais".

A proposta de Castel vai, no sentido da coletividade, desconstruindo a idéia de individualismo como autonomia, pois, muitas vezes, o indivíduo precisa pertencer a coletividades, a formas de solidariedade, pois, isolado, corre o risco de ficar sem proteção caindo no sentimento, citado anteriormente, de exclusão social.

Kerstenetzky (2000) em artigo intitulado "Desigualdade e pobreza: lições de Sen", atribui ao autor, como contribuição mais significativa quanto à desigualdade e à pobreza, a dimensão da avaliação dos estados sociais em termos dos seres e fazeres e do espaço para que esses indivíduos tenham também opções alternativas, ou seja, a capacidade dos indivíduos de levarem a diante seus planos de vida. Essa capacidade seria o demonstrativo de uma liberdade existente.

Kerstenetzky citando Sen, retira um fragmento da segunda conferência *Tanner*, em que o mesmo verbaliza de forma clara e precisa sua idéia quanto à pobreza como sentimento e como expressão de desigualdade:

> *os fracassados e os oprimidos acabam por perder a coragem de desejar coisas que outros, mais favoravelmente tratados pela sociedade, desejam confiantemente. A ausência de desejos por coisas além dos meios de que uma pessoa dispõe pode refletir não uma valoração deficiente por parte dela, mas apenas uma ausência de esperança, e o medo inevitável da frustração. O fracassado enfrenta as desigualdades sociais ajustando seus desejos às suas possibilidades (SEN, 1990, p. 10-11 apud KERSTENETZKY, 2000, p. 118).*

4. Conclusão

Esse sentimento de exclusão descrito por Sen e por outros autores que buscam interpretar suas idéias sobre privação das capacidades e todas as conseqüências advindas dessa situação podem ser percebidas naqueles que, sem desejar, foram obrigados a se deslocar dos seus espaços em função de uma crise que assolou e assola toda uma região que foi monocultora por grande parte de sua existência.

Ao mesmo tempo em que se reconhece nos depoimentos a expectativa de melhores condições de vida na área urbana, principalmente em áreas como educação e saúde, tem-se também os registros de que no campo se adoece bem menos e que a fartura de alimentos é realidade. Mesmo sendo apenas o trabalhador e não o proprietário da terra, ter a fruta e a verdura e até os grãos na mesa não é situação esporádica, pois, muitas vezes, é atribuído a esse trabalhador um pedaço de terra para que possa cultivar a sua horta. Ao contrário na cidade, segundo depoimentos, qualquer coisa que se necessite tem que comprar no mercado.

Mas o que se coloca neste artigo não é a defesa da residência ou do trabalho no campo em detrimento da vida urbana, mas da liberdade de opção ou da privação dessa opção pelas pessoas de fazerem a sua escolha. Na falta da possibilidade de permanecer vivendo no campo, talvez o único lugar que conheça e que conseqüentemente se sinta em segurança, é obrigado, por conta da própria sobrevivência, a migrar e nesse deslocamento toda essa condição de insegurança e incertezas se processa na realidade do migrante. Se desarruma uma situação, que pode ser de pobreza no meio rural, mas que implica características diferenciadas, para uma realidade de pobreza urbana além do sentimento e percepção de exclusão social.

A busca desse espaço pelos migrantes, em cidades como Itabuna e Ilhéus, no interior da Bahia, tem refletido as características descritas por Sen, quanto ao sentimento de privação das capacidades. Através das entrevistas e depoimentos, o sentimento de exclusão é percebido além dos sentimentos de medo, que a literatura descreve como da sociedade receptora, é também percebido naqueles que chegam, frente à falta de perspectivas sobre o seu futuro.

Referências

ANDRADE, Maria Luiza Nora de, *Um estudo cultural do cacau com perspectivas para o turismo*, Ilhéus, Universidade Estadual de Santa Cruz, 2004, Dissertação Mestrado.

BRANDÃO, Carlos Antonio Leite (org.), *As cidades na cidade*, Belo Horizonte, Editora UFMG, 2006.

IHU ONLINE, «As pessoas não são autônomas por natureza, por essência», *Revista IHU Online*, edição 220, 21.05.2007 [consult. 18 mar. 2009], disponível em: http://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/946-robert-castel.

CASTILHOS, Washington, «Crescimento inevitável», *Agência FAPESP*, 17.07.2007 [consult. 18 abr. 2018], disponível em: http://agencia.fapesp.br/crescimento-inevitavel/7448/.

CODES, Ana Luiza Machado de, *Modelagem de equações estruturais: uma contribuição metodológica para o estudo da pobreza*, Salvador, Universidade Federal da Bahia, 2008, Tese de Doutorado.

COSTA MATA, Henrique Tomé; VERGARA, Miguel, *Mudanças e conflitos no mercado de trabalho na região cacaueira da Bahia* [consult. 20 abr. 2018], disponível em: HTTP://www.sober.org.br/palestras.

GESTEIRA, Isidoro, «A Ceplac errou tentando acertar e o produtor ficou endividado», *Jornal A Região*, 20.03.2004 [consult. 20 abr. 2018], disponível em: http://www1.uol.com.br/aregiao/entrev/e-isidoro.htm.

HALL, Stuart, *A identidade cultural na pós modernidade*, Tradução Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Lauro, Rio de Janeiro, DP&A, 2003.

HAY, Phil; WALSH, Christopher; MCMAHON, Cynthia Case, *Comunicado à imprensa n.º 2001/042/S do Banco Mundial*, Washington, 12.09.2000 [consult. 20 abr. 2018], disponível em

http://siteresources.worldbank.org/NEWS/Resources/pr091200po.pdf.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA, *Comunicado da presidência: PNAD* Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios *2007: primeiras análises. Pobreza e mudança social*, v. 1, n. 9, 22 set., 2008 [consult. 20 abr. 2018], disponível em:

http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=1716. KERSTENETZKY, Célia Lessa «Desigualdade e pobreza: lições de Sen», *RBCS*, v. 15. n. 42, fev., 2000.

LOPES, Helger Marra (*et al.*), *Indicador de pobreza: aplicação de uma abordagem multidimensional ao caso brasileiro*, Belo Horizonte, UFMG/Cedeplar, 2003.

MARTINE. George, «Urbanizacion y derechos», *CLAM – Entrevista*, 01.08.2007 [consult. 20 abr. 2018], disponível em: http://www.clam.org.br/busca/conteudo.asp?cod=2970&fbclid=IwAR2VvltfTc4InI0mBxh9vWDIexYTRwc2FDTOuxZ4zgP2bNQ7mlA7e5kMVHA.

MONTE-MÓR, Roberto Luis, «A cidade e o urbano», in *As cidades da cidade*, Carlos Antonio Leite Brandão (org.), Belo Horizonte, Editora UFMG, 2006.

PANNUNZIO, Antonio Carlos, «O impacto do êxodo rural», *Portal Brasil Fator*, 16.07.2008 [consult. 18 abr. 2018], disponível em: https://www.revistafatorbrasil.com.br/ver_noticia.php?not=46331

PEREIRA, I., *Maria Joveci Pereira*: depoimento [01 abr. 2009], Entrevistadora: M. L. S. Santos, Itabuna, Sindicato dos Trabalhadores Rurais – Rua Marquês de Pombal, 256. 1 fita cassete (120 min), $3^{3/4}$ pps, estéreo, Entrevista concedida ao Doutorado em Ciências Sociais CPDA/ UESC.

CENTRO SCALABRINIANODE ESTUDOS MIGRATÓRIOS – CSEM, «Cidade: lugar de encontro ou exclusão?», *Editorial da Resenha Migrações da Atualidade*, ano 20, n. 74, mar., 2009 [consult. 20 abr. 2018], disponível em: http://www.csem.org.br.

REYNOL, Fábio, «Desafios das metrópoles», *Agência FAPESP*, 18.07.2008 [consult. 20 abr. 2018], disponível em: http://agencia.fapesp.br/desafios-das-metropoles-/9145/.

SANTOS, Maria Luiza Silva, *Fluxos contemporâneos: capital humano e acadêmico-cultural reconfigurando a região do cacau*, Ilhéus, EDITUS, 2014.

SEN, Amartya Kumar, *Desenvolvimento como liberdade*, Trad. Laura Teixeira Motta, São Paulo, Companhia das Letras, 2000.

SOUZA, I., *Antonio José*: depoimento [01 abr. 2009], Entrevistadora: M. L. S. Santos, Itabuna, Sindicato dos Trabalhadores Rurais – Rua Marquês de Pombal, 256. 1 fita cassete (120 min), $3^{3/4}$ pps, estéreo, Entrevista concedida ao Doutorado em Ciências Sociais CPDA/ UESC.

AS MIGRAÇÕES NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO E A DIFÍCIL QUESTÃO DA INTEGRAÇÃO DOS MIGRANTES NAS SOCIEDADES DE ACOLHIDA

Maria Hylma ALCARAZ SALGADO[1]

1. Introdução

Desde meados do século XX as sociedades contemporâneas sofrem profundas transformações causadas, principalmente, pela globalização da economia e o aparecimento das novas tecnologias da informação e da comunicação. A facilidade de comunicação permitiu ampliar as fronteiras e ter acesso a novos mercados. A expansão dos mercados foi um fator determinante para o incremento das relações comerciais, dos investimentos econômicos e empresariais e também propiciou um aumento dos deslocamentos humanos.

Os movimentos migratórios atuais estão diretamente vinculados às oportunidades de trabalho e expectativas de melhores condições de vida oferecidas pelos países desenvolvidos ou pelos países em crescimento econômico. Algumas regiões do planeta, como, por exemplo, o espaço comunitário europeu, se tornaram polos de atração dos fluxos migratórios porque consolidaram economias estáveis, sistemas políticos democráticos e respeito aos direitos fundamentais.

[1] Doutora em Direito pela Universidade de Vigo. Investigadora colaboradora da Universidade do Minho.

As migrações internacionais representam, hoje em dia, uma realidade inexorável e exigem soluções aos problemas que são derivados dos deslocamentos e da entrada dos migrantes no espaço soberano dos Estados.

Desde uma perspectiva jurídica, as migrações contemporâneas impõem a necessidade de revisão dos estatutos que estabelecem a condição jurídica do estrangeiro, com o objetivo de ajustar a normativa existente aos reclamos próprios da nova realidade migratória. Tradicionalmente, as legislações nacionais estão voltadas à regulação administrativa da entrada e permanência dos estrangeiros e a atribuição de consequências jurídicas aos imigrantes clandestinos.

Entretanto, a nova realidade migratória ressalta a necessidade de contemplar também a extensão de direitos dos cidadãos aos imigrantes que chegam com a intenção de permanecer nas sociedades de acolhida, como meio para a plena integração dos novos membros.

Neste estudo os objetivos pretendidos são demonstrar que as migrações atuais estão vinculadas à globalização porque a principal motivação dos deslocamentos é econômica e demonstrar que a integração dos novos membros na sociedade de acolhida é fundamental para garantir a efetividade dos direitos básicos dos migrantes e manter o equilíbrio social nas sociedades de destino. Nossa análise começa por uma referência sociológica da imigração, se desenvolve por meio do exame da evolução normativa da integração dos imigrantes no espaço comunitário e termina com algumas reflexões sobre a adoção de uma cidadania inclusiva.

2. A globalização e os movimentos migratórios contemporâneos

Os movimentos migratórios são registrados em todas as etapas históricas. De forma geral, o motor dos deslocamentos humanos sempre foi motivado pela busca de melhores condições de vida. Entretanto, o fenômeno migratório nas sociedades contemporâneas é um fenômeno complexo e representa um desafio para os países de origem e de destino das migrações. Neste sentido, García Ruiz assevera:

> *El auge de las comunicaciones no se produce hasta el siglo XX y conlleva la consecuencia de la transformación del planeta en la llamada aldea global que nos permite la instantaneidad de la información y una asombrosa facilidad en los desplazamientos(...) Si a ello unimos el desarrollo económico como factor facilitador y, al mismo tiempo, polo de atracción, nos damos cuenta de que los desplazamientos de población(…) son un fenómeno relativamente reciente y, por tanto,*

> *hemos de asumir el hecho de comprender que el fenómeno de la extranjería y de las migraciones(…) era un fenómeno muy pequeño, por no decir irrelevante*[2].

Atualmente, as migrações são um reflexo da globalização. A globalização produziu uma nova ordem social lastreada nos movimentos do capital. O novo *mappa mundi* fixou regiões a partir de critérios econômicos e agrupou os países em zonas de desenvolvimento. As regiões desenvolvidas ou ricas, centros produtivos e financeiros, passaram a necessitar mão de obra e a importaram das regiões pobres do globo. Por outro lado, o avanço das comunicações permitiu aos países pobres conhecer o modelo de vida das sociedades desenvolvidas e as converteu em polos de atração ante a expectativa de uma vida melhor. Além das migrações econômicas, o século XX foi responsável, também, pelas chamadas migrações políticas, em virtude de conflitos políticos no interior dos Estados, por governos ditatoriais, por perseguições políticas e por conflitos armados, circunstâncias que contribuíram para a saída de muitas pessoas rumo aos países democráticos.

De acordo com Saskia Sassen a globalização gera três principais tendências na articulação dos movimentos migratórios internacionais:

> *a) a geoeconomia dos movimentos migratórios, que explica a presença de padrões comuns através de diversos movimentos e oferece um contexto fundamental para compreender a dinâmica que faz de uma condição generalizada de pobreza, desemprego ou subemprego um fator de expulsão; b) a conformação atual de mecanismos que vinculam os países de origem com os países receptores, em especial os efeitos das diversas formas de globalização econômica; e, c) a exportação organizada de mão de obra, legal ou ilegal*[3].

Os movimentos migratórios costumam ser explicados por meio da indicação de dois fatores: de atração e de expulsão. Segundo Sassen, os principais fatores de expulsão são a pobreza e o desemprego e os fatores de atração mais importantes são a possibilidade de obter emprego e melhor remuneração[4].

Estes fatores, em certo sentido, justificam alguns movimentos migratórios, mas não são suficientes para determinar todas as causas que motivam as saídas de pessoas de seu país de origem. Há outras causas que determinam as migrações, como por exemplo, a contratação direta de empregados, estudos, rea-

---

[2] GARCÍA RUIZ, J. Luis, «La condición del extranjero y el Derecho constitucional español», in *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España*, II Jornadas Ítalo-Españolas de Justicia Constitucional, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 489.

[3] SASSEN, Saskia, *Una sociología de la globalización*, Traducción de María Victoria Rodil, Buenos Ares, Katz, 2007, p. 171-172.

[4] Idem, p. 167.

grupação familiar, além de outras motivações subjetivas. Deste modo, os fatores de atração e expulsão como condicionantes das migrações podem justificá-las em parte, mas não em sua totalidade. Os movimentos migratórios contemporâneos são complexos e cada situação migratória é única. Ademais, a globalização é um condicionante que desempenha um papel importante nos fluxos migratórios porque *"produz um efeito ponte que gera novos imaginários e condicionantes materiais a partir dos quais a migração aparece como uma opção, quando antes não era"*.[5]

O tratamento estatístico dos movimentos migratórios, cujos resultados pretendem demonstrar os pontos de origem e destino das migrações, permite conformar a geoeconomia das migrações contemporâneas. Sassen assinala que grande parte das migrações atuais resulta dos vínculos estabelecidos entre o país de origem e o de destino. A chamada de empresas que necessitam de mão de obra e os acordos entre empresas e governos facilitam as migrações. Também os vínculos entre o país de destino com antigas colônias favorecem estes movimentos.

Como resultado da análise do fenômeno migratório observa-se que os deslocamentos de pessoas ocorrem dentro de um sistema de relações políticas e econômicas e dentro de determinadas regiões. Ainda que as migrações atuais não se caracterizem pela unidirecionalidade, a observação dos movimentos migratórios aponta para algumas tendências com relação aos destinos, condicionadas por vínculos econômicos e políticos entre o país receptor e o país de origem. Estes padrões de migrações são os que indicam a existência de uma geoeconomia dos movimentos migratórios.

Outro fator importante para a compreensão dos movimentos migratórios atuais são as redes de contato entre os países de origem e os países receptores. Estas *redes* podem ser agrupadas em três categorias principais: *"a) laços gerados pela globalização econômica; b) laços que surgem da contratação de trabalhadores estrangeiros; c) exportação organizada, legal e ilegal, de mão de obra"*.[6]

O desenvolvimento econômico das sociedades contemporâneas, por intermédio das atividades industriais, de construção, agrícolas e de serviços, gera a necessidade de contratação de mão de obra. Nos mercados em crescimento, muitas vezes, é necessário buscar mão de obra externa, seja por falta de trabalhadores locais, seja porque os trabalhos ofertados não são desejados pelos nativos. Nestes casos, os governos, junto com as empresas, desenvolvem campanhas de contratação de mão de obra. Outras vezes, os trabalhadores afluem por vias ilegais, onde atuam as redes de tráfico de trabalhadores.

---

[5] Idem, p. 169.

[6] Idem, p. 179-180.

A exportação organizada de mão de obra está associada às condições econômicas e às expectativas presentes no país de origem, ou seja, a realidade política, econômica e social do país de origem atua como fator de expulsão. Por outro lado, a possibilidade de obter um emprego, de investir em um negócio próprio, de desfrutar de condições mais dignas de vida em novos espaços são circunstâncias que funcionam como fatores de atração. Deste modo, os países em *crise* são, em geral, os exportadores de mão de obra.

No âmbito da exportação ilegal de mão de obra estão as redes organizadas que costumam buscar nos países pobres pessoas para a prostituição ou para a realização de trabalhos clandestinos, inclusive delitivos.

As consequências das migrações são várias: modificação da pirâmide populacional; integração laboral, com efeitos no mercado de trabalho; legalidade ou ilegalidade da imigração, com efeitos sociais e administrativos; e, integração dos novos membros na sociedade de acolhida. Estas consequências implicam em uma reordenação social que deve ser realizada mediante políticas que minimizem os efeitos negativos da imigração e que proporcionem os vetores para a criação de normas assecuratórias dos direitos fundamentais dos imigrantes, ademais de propiciar os meios para a integração dos mesmos.

3. O desafio da integração dos migrantes na sociedade de acolhida

Os movimentos migratórios contemporâneos são, *per se,* um fenômeno amplo e complexo, seja porque são multidirecionais, outras vezes temporais, seja porque as motivações estão globalizadas ou porque os atores são distintos.

A nova realidade migratória fez emergir uma série de questões vinculadas à integração social dos migrantes. A integração dos migrantes na sociedade de acolhida é, na atualidade, o principal objetivo das políticas públicas. Ainda que haja dificuldade em uniformizar os processos de integração, o certo é que este é o objetivo dos governos que se enfrentam com a realidade migratória.

Segundo a Organização Internacional para as Migrações (OIM), a integração pode ser definida como um processo em virtude do qual os migrantes passam a fazer parte da sociedade, tanto a título individual como grupal[7].

A integração abrange uma série de etapas nas quais estão envolvidos não somente os migrantes, mas também a sociedade e o governo do país receptor, e algumas vezes o governo do país de origem. Ademais, desde a chegada dos mi-

[7] OIM – Organización Internacional para las Migraciones, *Los migrantes y la sociedad de acogida: asociaciones acertadas*, Suiza, OIM, 2008, v. 11, p. 15.

grantes até a plena integração há uma série de fatores que influem no processo, como os econômicos, culturais, jurídicos, entre outros.

A integração dos migrantes na sociedade de acolhida é um processo necessário para garantir a coesão social, pois sem uma condução adequada do processo podem surgir conflitos entre os nativos e os migrantes. Por esta razão, são essenciais as políticas públicas para a gestão do processo de integração.

As políticas adotadas para administrar a integração dos migrantes são muito diversificadas porque cada país receptor busca a via mais apropriada para compatibilizar as necessidades dos novos membros com as demandas de seus nacionais.

> *As sociedades desenvolveram uma variedade de modelos e estratégias de gestão da integração dos migrantes, que vão desde a assimilação, em um extremo do espectro, até o multiculturalismo e o transnacionalismo em outro. Em geral, os enfoques e as atitudes com respeito à integração são derivados da forma na qual a sociedade de acolhida e os migrantes consideram as questões relativas à identidade e diversidade cultural*[8].

Não obstante a diversidade das políticas públicas sobre a matéria há alguns temas que devem ser considerados na gestão da integração dos migrantes para que a mesma seja o mais eficaz possível.

Primeiramente, é importante considerar que a integração é um processo dual, ou seja, só é possível realizar-se se há um esforço por parte da sociedade de acolhida e um esforço por parte dos migrantes. De nada adianta a implantação de uma política de integração se na sociedade de acolhida se verifica um preconceito reiterado contra os estrangeiros e se os próprios estrangeiros se encerram em guetos.

O conhecimento e o reconhecimento dos direitos são outro fator essencial no processo de integração. Os migrantes que se incorporam ao novo espaço social têm a obrigação de obedecer às leis vigentes e o país receptor, por sua parte, tem a obrigação de garantir os direitos fundamentais dos estrangeiros.

As diretrizes de integração devem ter presente que os migrantes constituem uma minoria dentro da sociedade e devem ter reconhecidos os direitos que lhes correspondem como grupo minoritário. Por isso, as soluções generalizadas, adotadas como *standards* podem chegar a ser discriminatórias em alguns casos ou ineficazes em outros.

As estratégias de integração devem estar voltadas ao equilíbrio social, mediante a redução dos antagonismos sociais. Neste sentido é importante o diálogo

[8] Idem, p. 20-21.

social e a educação sobre a diferença, a tolerância e, especialmente, sobre os direitos humanos.

Em linhas gerais, os elementos anteriormente destacados devem servir como vetores para a planificação da gestão da integração. Entretanto, é importante considerar que a integração apresenta distintas dimensões: a econômica, a social, a cultural, a jurídica, a religiosa e a política. Todas estas dimensões, e cada uma delas, exercem um papel essencial para a inclusão social dos migrantes.

Como visto anteriormente, as migrações são motivadas por uma expectativa positiva das condições econômicas do país de destino. Os migrantes, por esta razão, buscam lugares onde as possibilidades de trabalho sejam efetivas. A inserção laboral dos migrantes é um fator essencial para dar início ao processo de integração. Sem meios de subsistência não há como atingir os objetivos dos migrantes.

Entretanto, a inserção laboral dos migrantes não é uma questão fácil. Há contratações de estrangeiros pelo alto grau de conhecimento técnico e científico que possuem. Há, também, migrações de trabalhadores motivadas por transferências de trabalhadores de uma filial a outra. Mas, na maioria dos casos, aos imigrantes são destinados os postos de trabalho não desejados pelos nativos ou contratações que não respeitam os direitos dos trabalhadores migrantes. Por exercerem funções consideradas *inferiores* pela população autóctone, os imigrantes costumam sofrer toda sorte de discriminações.

Uma adequada gestão da integração deve ter presente a real situação dos trabalhadores imigrantes, especialmente dos que constituem o grupo de trabalhadores não qualificados ou com pouca qualificação.

É importante considerar que os imigrantes podem proporcionar inovação ao mercado laboral e podem, também, desenvolver seu potencial se lhes são oferecidas oportunidades de formação. O desenvolvimento pessoal do trabalhador e as boas relações no ambiente laboral são circunstâncias que permitem ao imigrante começar a sentir-se parte da comunidade. Fomentar este sentimento é um dos objetivos para concretizar a integração.

A dimensão jurídica da integração se consubstancia no Direito mesmo. Os imigrantes têm o dever de conhecer o Direito do país de acolhida, como também têm o dever de obedecer as normas jurídicas locais. Para o conhecimento do Direito vigente é importante que o governo desenvolva serviços de informação e orientação. Por outro lado, os imigrantes devem ter reconhecidos seus direitos básicos.

Desde uma perspectiva social, a integração ocorre quando os novos atores podem desfrutar dos serviços de educação, saúde, habitação, entre outros serviços sociais. De fato, o acesso a estes serviços amplia o sentimento de pertencer à comunidade porque supõe um tratamento igualitário.

Naturalmente, a integração social vai além do uso de serviços sociais, porque é um processo muito complexo que depende, em grande medida, da atitude que tenham os nacionais com os estrangeiros e da atitude dos próprios estrangeiros com relação à população local.

De modo geral, os estrangeiros são vistos com desconfiança e o preconceito gera uma atitude hostil dos nativos para com os imigrantes, o que se transforma em uma barreira para a integração social destes últimos. Como reação natural, os imigrantes se isolam e formam grupos que apenas mantêm pouco contato com a sociedade local, conduta que tão pouco facilita a integração. Para a aproximação dos grupos e promoção de sua integração é de grande importância a ação governamental, porque a adoção de programas apropriados pode sensibilizar a comunidade local e os imigrantes sobre a nova realidade social produzida pelo fenômeno migratório.

As experiências que resultam da convivência social são positivas tanto para os imigrantes quanto para os nativos. O imigrante, pouco a pouco, aprende e assimila a cultura local; de outro lado, transmite à comunidade seus próprios valores e referências culturais. Este intercâmbio é produtivo porque amplia os horizontes do espaço social e de seus membros. A diversidade cultural que caracteriza estes novos espaços é, hoje em dia, um fator de transformação e evolução das sociedades contemporâneas. No entanto, a diversidade cultural apresenta seus problemas porque os novos referentes culturais introduzidos pelos imigrantes são, muitas vezes, vistos como uma ameaça à população local. Os conflitos que advêm da diversidade podem traduzir-se em intolerância e xenofobia, com a consequente violação dos direitos humanos. Para evitar conflitos desta espécie é importante que as políticas locais administrem a integração cultural de tal modo que as diferenças sejam interpretadas positivamente e se transformem em experiências enriquecedoras.

Outra dimensão importante da integração é a política. A participação política é parte substancial e prioritária nas políticas de imigração[9]. A participação política é relevante no processo de integração porque permite ao estrangeiro desenvolver o sentimento de pertencer à sociedade de acolhida e identificar-se com ela. Javier de Lucas ressalta que a dimensão participativa da integração é a que proporciona as condições de acesso à cidadania, à participação na vida local, aos movimentos de bairro e ao direito de voto em eleições locais, regionais e estatais[10].

---

[9] DE LUCAS, Javier *et alii.*, *Inmigración e integración en la UE: dos retos para el s. XXI,* Eurobask, Consejo Vasco del Movimiento Europeo, 2012, p. 35.

[10] Idem, p. 23.

A integração dos migrantes no país de destino começa com as políticas de acesso ao território do Estado e completa-se com as políticas de convivência na sociedade de acolhida.

3.1 O reconhecimento dos direitos de participação política como via de integração

As políticas de imigração adotadas pelos países de acolhida apresentam duas dimensões principais: a primeira dimensão é referente à entrada dos estrangeiros no território do Estado e a segunda se vincula à coexistência dos imigrantes com a população autóctone e com as instituições públicas.

De acordo com Javier de Lucas, as políticas de acesso fixam as diretrizes para a admissão ou não admissão dos estrangeiros no espaço de soberania do Estado receptor, enquanto que as políticas de coexistência se referem às condições de estância e de desenvolvimento do projeto migratório no país de destino, como também à gestão da diversidade cultural associada à chegada dos fluxos migratórios de procedência heterogênea[11].

A admissão e a permanência dos estrangeiros no país receptor implicam o reconhecimento de direitos aos imigrantes, como também dão início ao processo de integração. A extensão dos direitos dos estrangeiros depende, na maioria dos casos, do perfil do imigrante desejado, perfil este desenhado pelas políticas imigratórias e determinado pelas necessidades internas da sociedade de acolhida.

O reconhecimento de direitos aos imigrantes é um fator essencial para a integração social dos mesmos. Em geral, aos estrangeiros legalmente admitidos são reconhecidos direitos civis e sociais, ademais dos direitos humanos. Entretanto, os direitos políticos nem sempre lhes são reconhecidos, como tão pouco os direitos próprios de sua condição de minoria étnica e cultural.

A participação política dos imigrantes na sociedade de acolhida é de fundamental importância para consolidar o sentimento de participação na sociedade e completar o processo de integração. Neste sentido, Javier de Lucas defende a necessidade de desenvolver a integração cívica por meio das políticas migratórias. Segundo o autor citado, a integração cívica corresponde a uma

> *concepção normativa da integração que tem como núcleo central a participação dos imigrantes na esfera pública e, com ela, a incorporação da voz política dos imigrantes aos distintos mecanismos de formação da vontade coletiva e da dissolução da anômala dicotomia que lhes impede o acesso à cidadania plena*[12].

---

[11] DE LUCAS, Obra citada, p. 37.

[12] Idem, p. 39.

Esta dimensão cívica, ou cidadã, da integração é a que possibilita uma redefinição dos conceitos tradicionais que fundam a construção do Estado Nação. De conformidade com os modelos tradicionais, a cidadania é uma condição própria dos nacionais que estão vinculados jurídica e politicamente ao Estado. Assim sendo, a cidadania, em sentido clássico, não é um atributo do estrangeiro.

No entanto, o novo desenho social orientado pelas migrações contemporâneas relativiza os conceitos tradicionais e exige a construção de novos paradigmas. Neste sentido, a proposta de adoção de uma forma de integração cívica pretende estabelecer um vínculo político entre o Estado e o imigrante utilizando como critério a residência e não os tradicionais critérios determinantes da nacionalidade. De outra parte, a integração cívica incorpora a ideia segundo a qual os imigrantes não são (ou não devem ser) somente destinatários das políticas sociais setoriais, mas atores ou partícipes na determinação de seus perfis normativos e no desenho de seus contornos[13].

É importante ressaltar que a integração cívica impede o assimilacionismo porque o imigrante tem a possibilidade de participar no diálogo político em condições de igualdade e, como consequência, ter voz ativa como grupo minoritário. Esta participação permite, ademais, manter sua identidade étnica e cultural.

A integração cívica caracteriza-se, portanto, pela presença do imigrante no espaço público como agente atuante e integrado. Para alcançar a integração cidadã há que considerar os seguintes pontos, os quais devem ser harmonizados na hora de desenhar as propostas políticas imigratórias: a) é necessário estabelecer um novo conceito de cidadania inclusiva de acordo com a realidade migratória presente nas sociedades contemporâneas; b) é fundamental que o princípio da igualdade seja o vetor da criação e aplicação das normas incidentes na regulação dos estrangeiros e que garanta aos imigrantes o exercício pleno dos direitos fundamentais, incluídos os direitos políticos.

3.2 As diretrizes comunitárias para a integração dos nacionais de terceiros Estados

O fenômeno migratório, como realidade comum aos Estados Membros da União Europeia, sempre foi objeto das políticas comunitárias. As políticas comunitárias de imigração experimentaram importantes transformações ao longo da construção da União Europeia. Entretanto, a introdução do tema da integração nas políticas de imigração só ocorreu depois das Conclusões do Conselho de Tampere em 1999.

A integração dos estrangeiros, como foi anteriormente reiterado, é um processo complexo que começa com a chegada do imigrante e desenvolve-se em

[13] Idem, p. 39.

sucessivas etapas até completar-se com a participação ativa do novo membro como partícipe da sociedade de acolhida.

No processo de integração estão presentes as questões relativas à participação do imigrante no mercado laboral, a aquisição de direitos laborais, o acesso à educação, à saúde e à moradia, a assimilação cultural, a transmissão das experiências culturais de origem, o acesso à justiça, a utilização dos serviços da Administração Pública e, quando possível, a participação política, entre outras situações que destacam a presença do estrangeiro como membro pertencente à comunidade.

A complexidade do processo está localizada em cada etapa do desenvolvimento da integração porque a incorporação do imigrante na sociedade de acolhida não se realiza por simples decreto, mas por sucessivas conquistas dentro do novo espaço de interação. Neste sentido, as políticas integradoras são de vital importância porque proporcionam os meios necessários para permitir a gradual incorporação do estrangeiro na sociedade de destino. Por esta razão, o desenvolvimento das políticas comunitárias de integração desempenha um papel essencial para definir as ações que devem ser adotadas para a adequada incorporação dos novos membros.

Depois da celebração do Conselho Europeu de Tampere foram fixadas uma série de diretrizes comuns para aperfeiçoar as políticas de integração.

Em 2002 o Conselho de Justiça e Assuntos de Interior (JAI) solicitou a criação dos Pontos de Contato Nacionais (os PCN) para a integração. Em junho de 2003 o Conselho Europeu confirmou este mandato e convidou a Comissão a apresentar um relatório anual sobre migração e integração. Em sua Comunicação sobre imigração, integração e emprego, de 3 de junho de 2003, a Comissão apresentou um enfoque global da integração. Em novembro de 2004 publicou a primeira edição do *Manual sobre integração para responsáveis da formulação de políticas.*

O Programa de Haia, adotado pelo Conselho Europeu de 4 e 5 de novembro de 2004, destacou a necessidade de melhorar a coordenação entre as políticas nacionais de integração e as iniciativas da UE neste âmbito. No dia 19 de novembro de 2004 o Conselho JAI adotou os Princípios Básicos Comuns (PBC) destinados a estabelecer as diretrizes gerais para a integração dos nacionais de Estados terceiros. Em 2005 a Comissão criou um Programa Comum para a Integração, com o fim de estabelecer uma referência uniforme para a integração de nacionais de países terceiros[14]. Em 2007 a Comissão apresentou um questionamento global sobre a política europeia de imigração e, neste mesmo ano, foi criado o Fundo Europeu para a Integração de Nacionais de Países Terceiros. E,

[14] COM (2004) 508 final.

em 20 de julho de 2011, a Comissão adotou a Agenda Europeia para a Integração de Países Terceiros.

Na Comunicação da Comissão sobre imigração, integração e emprego[15] foram formuladas propostas concretas para realizar os objetivos da integração e atender, desta maneira, as orientações do Conselho Europeu de Tampere. Esta Comunicação destacou o esforço realizado pelos Estados Membros para desenvolver políticas nacionais de integração. Na prática estas políticas se mostraram pouco eficazes e a ineficácia das referidas políticas exigiu uma ação comunitária para reforçar os planos de integração.

Considerando o contexto económico e social da UE, a Comunicação mostrou a preocupação de estabelecer uma relação entre imigração e mercado laboral, na qual fosse destacada a necessidade de contratação de mão de obra estrangeira pelos países membros. De outro lado, assinalou o peso que tem a imigração no equilíbrio demográfico das populações europeias.

Como forma de reduzir as diferenças entre as cifras de desemprego entre nacionais de países terceiros e nacionais comunitários, a Comunicação propôs valorizar a experiência e a qualificação obtidas fora da União e eliminar a discriminação no lugar de trabalho e os comportamentos racistas.

A educação e as competências linguísticas foram também objeto da Comunicação. Além disto, foram apresentadas propostas para o acesso a uma moradia de qualidade, aos serviços sanitários e sociais e para a participação ativa dos imigrantes na vida civil e nas comunidades locais.

Esta Comunicação destacou, ainda, a importância da cidadania cívica como ferramenta de integração. A cidadania cívica, segundo o documento citado, garante aos imigrantes um determinado número de direitos e obrigações, dentre os quais se destacam: o direito à livre circulação, o direito a trabalhar e o direito ao voto local.

Em 2009 foram criadas duas vias importantes para dar continuidade aos trabalhos comunitários de integração: o Fórum Europeu sobre a Integração, organizado pela Comissão e o Comitê Econômico e Social Europeu e a página web sobre integração[16].

A Agenda Europeia para a Integração de Nacionais de Países Terceiros adotada em 2011[17] responde à petição apresentada pelo Programa de Estocolmo à Comissão no sentido de coordenar as estratégias de integração. Esta Agenda tem seu fundamento na nova base jurídica estabelecida pelo Tratado de Lisboa. O objetivo geral da Agenda é oferecer aos Estados Membros recomendações des-

[15] COM (2003) 336 final.

[16] *European Web Site on Integration:* www.ec.europa.eu/ewsi/en

[17] COM (2011) 455 final.

tinadas a melhorar as políticas de integração. Este documento destaca as transformações produzidas nas sociedades europeias nas últimas décadas e aponta a imigração como uma das principais causas das referidas mudanças. Com base nos dados apresentados pelo Eurostat, os nacionais de países terceiros no espaço comunitário representam 4% da população total da União Europeia[18]. A significativa presença de cidadãos de países terceiros no espaço comunitário produziu uma modificação na forma de ser dos Estados Membros, os quais vão perdendo, pouco a pouco, a característica de espaços identitários fechados para consolidar novos espaços multiculturais.

A diversidade, um dos traços atuais das sociedades europeias, é resultado do intercâmbio cultural entre a população autóctone e os imigrantes. Considerando esta realidade, a Comissão considera que a integração dos extracomunitários é necessária para alcançar os objetivos da União Europeia. Por esta razão, as políticas de integração devem aproveitar ao máximo o potencial da imigração.

Nos últimos anos se produziram importantes modificações no contexto social, econômico, político e jurídico da União Europeia, razão por que muitas das medidas de integração adotadas não se efetivaram. Para alcançar os objetivos de integração propostos pela União Europeia é necessário reforçar a cooperação entre os migrantes, as sociedades de acolhida e os países de origem, coordenar as políticas dos governos locais, realizar um intercâmbio de experiências e conhecimentos e manter uma avaliação constante dos resultados das políticas de integração por intermédio de ações comuns que permitam a inclusão social e a cidadania ativa dos imigrantes.

Considerando a trajetória evolutiva das diretrizes comunitárias relativas à integração dos nacionais de países terceiros, é possível concluir que a União Europeia avançou de modo considerável na gestão dos fluxos migratórios, ainda que esteja longe de consolidar todos os objetivos propostos. Os esforços, neste sentido, ultrapassam o âmbito governamental e exigem a interação dos imigrantes com os membros da sociedade de acolhida, o que transcende a vontade política.

3.3 Cidadania social e integração dos migrantes na União Europeia

Na parte inicial do presente estudo vimos que a imigração é um fenômeno complexo que começa com a chegada do imigrante e estende-se até a sua plena incorporação na sociedade de acolhida. A imigração, como processo, tem um objetivo inicial e um objetivo final, ademais de apresentar também objetivos intermediários. O objetivo inicial da imigração é encontrar na sociedade de destino melhores condições de vida; o objetivo final é integrar-se na comunidade

[18] Esta informação é parte integrante da Comunicação COM (2011) 455 final.

de acolhida; e, os objetivos intermediários constituem as sucessivas etapas que o imigrante deve superar desde a sua chegada até a completa integração social.

A consecução do objetivo inicial implica situar o processo imigratório na sua etapa econômica, a qual coincide muitas vezes com o objetivo final de alguns imigrantes.

De modo geral, a imigração contemporânea apresenta um perfil preponderantemente econômico porque responde às demandas dos mercados em crescimento e representa uma alternativa para conseguir um posto de trabalho. Duas são as consequências que produzem os fluxos migratórios motivados pela busca de emprego e melhores condições socioeconômicas: de um lado, repercute sobre a sociedade receptora impondo a necessidade de adotar novas políticas imigratórias; de outro, exige o reconhecimento de direitos aos imigrantes que lhes permitam residir legalmente no território do país receptor e beneficiar-se da proteção legal por sua condição de trabalhador e membro da sociedade.

A aquisição da permissão de residência e de direitos trabalhistas são elementos de extrema importância porque estabelecem os primeiros signos de vinculação do estrangeiro com a comunidade de acolhida, o que permite erigir um estatuto para os estrangeiros. A definição da condição jurídica do estrangeiro, com o devido reconhecimento de direitos cidadãos, constitui uma espécie de cidadania que é definida pela doutrina como *cidadania social.* A cidadania social corresponde ao conjunto de direitos sociais vinculados à nacionalidade e à condição de trabalhador.

A noção de cidadania social aparece como uma das dimensões da cidadania genérica, de conformidade com a proposição teórica de Marshall[19]. A concepção marshalliana de cidadania contém dois elementos importantes: o primeiro deles está informado pelo princípio da igualdade e deriva do reconhecimento de um *status* social e legal. O segundo se apoia, basicamente, no princípio de participação e se refere à identificação de um vínculo político com a comunidade[20].

Os direitos sociais são direitos de igualdade, ou seja, desenvolvem-se para permitir a equiparação em direitos dos diferentes *status* sociais. Deste modo, a extensão de direitos trabalhistas e de outros direitos sociais aos estrangeiros é uma maneira de igualar os trabalhadores imigrantes aos nacionais. Os direitos políticos, fundados no princípio de participação, constituem outra dimensão da cidadania e poderão ser estendidos aos imigrantes se for contemplado pelo ordenamento estatal.

---

[19] MARSHALL, Thomas Humphrey; BOTTOMORE, Tom, *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza Editorial, 1998.

[20] MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente-Antonio, *Ciudadanía social y políticas inmigratorias de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2005, p. 32.

A cidadania social exerce duas principais funções na integração dos imigrantes: uma função igualadora e uma função constitutiva.

A função igualadora da cidadania social permite corrigir as diferenças derivadas das desigualdades reais entre os cidadãos nacionais e o coletivo imigrante. O reconhecimento de direitos laborais aos trabalhadores migrantes (e as garantias efetivas de referidos direitos) nas mesmas condições estabelecidas para os trabalhadores nacionais constitui uma evidência do tratamento igualitário estendido aos estrangeiros. Além disso, o reconhecimento de direitos laborais aos trabalhadores migrantes permite a gradual extensão de outros direitos sociais, como o direito à saúde, à moradia, à educação. Assim, progressivamente, o imigrante vai incorporando-se à sociedade de destino e encontrando seu lugar como membro por intermédio da gradual conquista de direitos dos cidadãos.

Historicamente, os direitos sociais foram os últimos direitos de cidadania conquistados. Tratando-se da situação dos imigrantes, os direitos sociais constituem os primeiros direitos aos que deve ter acesso, pois a aquisição dos referidos direitos lhes abrirá portas para o desfrute dos demais direitos de cidadania. Nisto consiste a função constitutiva da cidadania social: *constituir* um conjunto de direitos mediante os quais os imigrantes possam consolidar o processo de integração.

No que se refere à segurança do espaço comunitário, um dos aspectos importantes é garantir aos cidadãos comunitários o acesso ao bem estar social e econômico, o que inclui não permitir a consolidação de um *dumping* social pela afluência massiva de trabalhadores extracomunitários dispostos a aceitar condições laborais por debaixo da média nacional.

O controle de fronteiras exteriores realiza-se por intermédio da aplicação das normas do Acordo de Schengen. De conformidade com o sistema Schengen o nacional de um país terceiro para poder ter acesso ao espaço comunitário deve cumprir uma série de exigências como: possuir documento válido que permita cruzar a fronteira, apresentar os documentos que justifiquem o objeto e as condições da estância prevista e dispor de meios adequados de subsistência ou estar em condições de obter legalmente estes meios.

Para os migrantes que buscam uma oportunidade de trabalho para incorporar-se à União Europeia o cumprimento das exigências comunitárias constitui, muitas vezes, uma barreira. Em geral, os migrantes não podem provar a possessão de recursos econômicos suficientes para sua estância, nem podem apresentar documentos que demonstrem estar em condições de obter estes recursos legalmente. As exigências da União Europeia para o acesso ao espaço comunitário, ainda que constituam uma dificuldade, não impedem a entrada clandestina de trabalhadores. Os migrantes que conseguem eludir os controles e acedem ao espaço europeu em situação irregular devem enfrentar as consequên-

cias de sua estância não autorizada; ademais, não podem ter acesso aos direitos reconhecidos aos estrangeiros extracomunitários, uma vez que estes direitos supõem a estância regular.

Desde uma perspectiva social, a imigração clandestina desencadeia situações de exploração laboral e contribui à marginalização do imigrante. Para os imigrantes ilegais o primeiro passo necessário para dar início ao processo de integração é transformar sua estância irregular em estância autorizada.

Para o coletivo imigrante que se encontra dentro do espaço comunitário em situação administrativa regular as políticas da União pretendem assegurar direitos e promover a integração social dos novos membros. Estas políticas marcam o lugar da imigração dentro da integração econômica comunitária. Como resultado, o reconhecimento do direito a obter um trabalho se consolida como uma ferramenta que serve tanto para atingir os objetivos econômicos da comunidade, quanto para promover a integração do estrangeiro extracomunitário.

Nas políticas imigratórias adotadas pela União a equiparação do estrangeiro extracomunitário ao cidadão comunitário, a igualdade de trato, a não discriminação, constituem um *topoi*. A equiparação dos nacionais extracomunitários aos cidadãos europeus, se de fato fosse real, permitiria ao estrangeiro o pleno acesso à cidadania europeia, o que na realidade não ocorre.

A relatividade da isonomia proposta pela normativa comunitária se torna evidente quando se examina o direito de livre circulação de pessoas no espaço comunitário. A liberdade de circulação constitui um direito fundamental do cidadão europeu. Esta liberdade também exerce uma função instrumental para a consecução dos objetivos da União. Neste sentido, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (TJCE) qualificou a liberdade de circulação de trabalhadores como *"um direito fundamental protegido pelas normas constitucionais dos Estados membros e incorporado ao Direito Comunitário"*[21].

4. Considerações finais

A dicotomia *cidadão/não cidadão* que é em princípio inconciliável deve encontrar um termo médio para ajustar-se à realidade das sociedades atuais, especialmente aos que são polos de atração das migrações, como é o caso dos países europeus. As políticas imigratórias da União Europeia, conscientes da necessidade de ordenar os fluxos migratórios dentro do espaço europeu, assim como assegurar os direitos dos imigrantes, indicam que a equiparação entre comunitá-

[21] Sentença de 14 de maio de 1974. As. 4/73. (Rec. 1974), p. 491. TJCE em sentença de 12 de fevereiro de 1974. Assunto 152/73, Giovanni Maria Sotgiu c. Deutsche Bundespost, Rec. 1974, p. 153, elevou a livre circulação de trabalhadores a direito fundamental da ordem jurídica comunitária.

rios e extracomunitários é uma ação fundamental para garantir a integração dos imigrantes e manter o equilíbrio social.

Não obstante a pretensão de construir formalmente uma igualdade entre imigrantes e cidadãos comunitários, a própria norma descompõe a igualdade pretendida ao estabelecer duas categorias de cidadãos, nas que a distribuição dos direitos é desigual.

A separação entre comunitários e extracomunitários marca a posição de inferioridade que ocupam estes últimos não só no âmbito jurídico-administrativo, como também no contexto socioeconômico. Desde uma perspectiva jurídico-administrativa, os imigrantes estão condicionados a atuar dentro dos referentes normativos que limitam a ação e, no âmbito socioeconômico, os imigrantes estão sujeitos a uma situação de marginalização em razão da primazia dos autóctones nestas esferas.

Esta divisão contrasta com a diversidade que caracteriza as sociedades europeias. De fato, no espaço europeu coexistem diferentes nacionalidades e culturas. E, a imigração produz a entrada de novas nacionalidade e culturas. A realidade multicultural das sociedades europeias contemporâneas evidencia a necessidade de encontrar um modelo inclusivo de cidadania.

O modelo atual da cidadania europeia não permite a inclusão dos imigrantes, o que lhes impede o acesso à totalidade dos direitos dos cidadãos. Diante da tensão dialética determinada pela dicotomia comunitários/extracomunitários é fundamental que as políticas imigratórias indiquem novas diretrizes de integração mais inclusivas.

O caráter descritivo da cidadania, cujos pilares são o Estado e a nacionalidade é o que orienta, atualmente, a construção normativa. Entretanto, a cidadania pode ser apreciada também em seu caráter dinâmico, pelo qual ela se consolida como uma prática resultante de um processo histórico de luta pela ampliação dos direitos. A entrada de imigrantes no espaço europeu e os esforços realizados para que este coletivo possa integrar-se como membro da sociedade de acolhida é a mostra de uma atividade que, historicamente, está impondo um novo dinamismo em relação ao lugar do imigrante, dinamismo este que implica em transformações teóricas e práticas.

Apesar da pressão produzida pela imigração, as mudanças necessárias se deparam com barreiras econômicas, políticas e sociais. De um ponto de vista econômico, a inserção do imigrante no mercado laboral está condicionada por limites que são determinados pela lei de oferta e demanda, ademais de restrições impostas pelas legislações nacionais para a proteção de seus trabalhadores. Politicamente, as transformações necessárias para a total inclusão dos imigrantes se deparam com posturas conservadoras que optam por manter concepções tradicionais, não obstante as modificações do espaço. As barreiras sociais, por sua

vez, emergem do preconceito fundado em uma mentalidade de exclusão pela diferença.

Enquanto não se superem estas barreiras a cidadania europeia seguirá sendo prerrogativa dos nacionais dos Estados membros, cuja consequência será a impossibilidade de equilibrar a ordenação formal com a realidade das sociedades europeias.

Referências bibliográficas

DE LUCAS, Javier *et alii, Inmigración e integración en la UE: dos retos para el s. XXI*, Eurobask, Consejo Vasco del Movimiento Europeo, 2012.

GARCÍA RUIZ, J. Luis, «La condición del extranjero y el Derecho constitucional español», in *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España*, II Jornadas Ítalo-Españolas de Justicia Constitucional, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

MARSHALL, Thomas Humphrey; BOTTOMORE, Tom, *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza Editorial, 1998.

MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente-Antonio, *Ciudadanía social y políticas inmigratorias de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2005.

OIM – Organización Internacional para las Migraciones, *Los migrantes y la sociedad de acogida: asociaciones acertadas*, Suiza, OIM, 2008, v. 11.

SASSEN, Saskia, *Una sociología de la globalización*, Traducción de María Victoria Rodil, Buenos Ares, Katz, 2007

ZAPATA-BARRERO, Ricard, «Imigración y multiculturalidad: hacia um nuevo concepto de cidadania», in *Inmigración y ciudadanía*: perspectivas sociojurídicas, José Martínez de Pisón y Joaquín Logroño Giró, Logroño, Servicio de Publicaciones de la Universidad de la Rioja, 2003.

DIREITO INTERNACIONAL DO TURISMO: A LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE PESSOAS ENTRE O TURISMO E O TERRORISMO

Rui BADARÓ[1]

1. A liberdade pessoal

A liberdade, em seu âmbito de aplicação abrange um conteúdo praticamente ilimitado, pois, conforme denota ALEXY "*quase tudo aquilo que, a partir de algum ponto de vista, é considerado como bom ou desejável é associado ao conceito de liberdade*" [2]. Este conceito, ainda segundo o supracitado autor tem por base uma relação triádica entre o titular de uma liberdade, um obstáculo à liberdade e um objeto da liberdade[3].

No que tange ao direito à liberdade pessoal, expressão esta empregada no mesmo sentido de liberdade física ou de locomoção[4], esta tríade é compreendida da seguinte maneira: o titular da liberdade é o cidadão, o obstáculo à liberdade

[1] Doutor em Direito Internacional pela Universidad Catolica de Santa Fe, Mestre em Direito Internacional pela Universidade Metodista de Piracicaba, Coordenador da Escola de Direito Internacional da ABDI – Academia Brasileira de Direito Internacional. Sócio em Badaró & De Luca Sociedade de Advogados, e- mail: rui.badaro@lawby.com.br.

[2] ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 218.

[3] ALEXY, *op. cit.*, 2008, p. 220.

[4] SILVA, De Plácido, *Vocabulário Jurídico*, 15 Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 84.

é o direito subjetivo do Estado de controlar os fluxos migratórios; e o objeto da liberdade é a alternativa da ação de emigrar ou não emigrar.

A importância de tal prerrogativa foi reconhecida originariamente por Immanuel KANT, que ao defender o direito cosmopolita (*ius cosmopoliticum*) como terceira espécie de direito limitado às condições de hospitalidade universal[5], teria, conforme assinala Norberto BOBBIO, "prefigurado o direito de todo homem a ser cidadão não só do seu próprio Estado, mas do mundo inteiro" [6].

Historicamente, tem-se que o primeiro documento que garantiu a liberdade de ingresso e saída do país, bem como a livre locomoção no âmbito de suas fronteiras foi a *Magna Carta Libertatum* de 1215, em seus artigos 41 e 42[7]. Desde então, formalizada a proteção à liberdade do indivíduo, uma série de outros documentos foram editados com disposições semelhantes, como por exemplo, a Constituição Francesa de 1791, que em seu Título I, garantia ao indivíduo o direito de ir, ficar ou sair sem ser impedido ou preso.

A tutela internacional do direito de ir e vir, no entanto, foi prevista inicialmente pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (*the American Declaration of the Rights and Duties of Man*), de 1948, que em seu artigo VIII dispôs sobre esse direito da seguinte forma:

> *Artigo VIII.*
>
> *Toda pessoa tem direito de fixar sua residência no território do Estado de que é nacional, de transitar por ele livremente e de não abandoná-lo senão por sua própria vontade.*

Ainda no mesmo ano de 1948 a liberdade de circulação de pessoas foi alçada à condição de princípio de direitos humanos e assim se consolidou com

---

[5] O termo hospitalidade, em KANT refere-se ao "direito que tem um estrangeiro de não ser tratado hostilmente pelo fato de estar em um território alheio". KANT, Immanuel, *Para a Paz Perpétua*, Tradução de Bárbara Kristensen, Rianxo, Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz – (Ensaios sobre Paz e Conflitos; Vol. V), 2006, p. 79, [consult. 14 jan. 2010], disponível em: http://www.igesip.org/publicacions.htm.

[6] BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos*, Traduzido por Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 138.

[7] Embora outorgada ao rei João Sem Terra em 1215 pelos barões que ocuparam Londres, conforme ressalta José Afonso da SILVA esta Carta somente se tornou definitiva em 1225, sendo reconhecida como um símbolo das liberdades públicas. O referido autor reconhece sua importância, mas rechaça sua natureza constitucional com base na doutrina de Albert Noblet, segundo o qual "longe de ser a Carta das liberdades nacionais, é, sobretudo, uma carta feudal, feita para proteger os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres. Ora, os homens livres, nesse tempo, ainda eram tão poucos que podiam contar-se, e nada de novo se fazia a favor dos que não eram livres". SILVA, José Afonso da, *Direito Constitucional Positivo*, 24 ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p. 152.

a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Posteriormente a este marco do Direito Internacional dos Direitos Humanos firmaram-se o Protocolo nº 4 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais de 1963, a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial de 1965[8], o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, a Carta Africana dos Direitos Humanos e das Pessoas de 1981, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, além da legislação interna e dos numerosos tratados bilaterais ajustados entre os países.

2. A liberdade de circulação de pessoas como princípio geral do direito

Ao mesmo tempo em que o direito à liberdade pessoal é um direito fundamental também é um direito humano, na medida em que é tutelado tanto na ordem jurídica interna[9] quanto na internacional.

Esta liberdade, entendida como norma de direito fundamental em sua estrutura de princípio, não contém apenas o caráter subjetivo de defesa contra o Estado, mas também um caráter objetivo que influência por completo e de forma abrangente o sistema jurídico[10].

A obtenção do conteúdo objetivo de um princípio se faz da abstração de seu caráter subjetivo. Nesse sentido, se o cidadão possui o direito de ir e vir em face do Estado, este último possui o dever de abster-se de intervir nesta liberda-

---

[8] A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (*the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*), de 1966, dispõe no seu artigo V que: *Artigo V. De conformidade com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo 2, os Estados Partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas suas formas e a garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos: (...) d) outros direitos civis, principalmente, i) direito de circular livremente e de escolher residência dentro das fronteiras do Estado; ii) direito de deixar qualquer país, inclusive o seu, e de voltar a seu país.*

[9] No Brasil, o direito de ir e vir encontra amparo na Constituição Federal, artigo 5°, inciso XV, segundo o qual "é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens".

[10] ALEXY, *op. cit.*, 2008, p. 526.

de[11]. Este dever estatal é o conteúdo do princípio objetivo, que por ser "muito especial para ter efeitos em todos os ramos do sistema jurídico" [12], exige mais duas abstrações, de maneira que à abstração em relação ao titular do direito deve ser adicionada uma abstração relativa ao destinatário do direito (aquele que possui um dever – o obrigado) e uma abstração referente a particularidades de seu objeto (no caso em análise, a abstenção de intervenções por parte do Estado)[13], razão pela qual se conclui que a liberdade de circulação de pessoas é um princípio de nível máximo de abstração ou ainda um princípio triplamente abstraído.

Segundo ALBUQUERQUE MELLO, dois são os princípios a serem ressaltados no tocante à circulação de pessoas: a) admissão do *"jus communicationis"* e o b) *direito do Estado de regulamentar a imigração no seu território.* Enquanto no primeiro observa-se o direito migratório no plano internacional, fulcrado na própria necessidade de comércio internacional e na liberdade do indivíduo; no segundo encontra-se a soberania estatal e na prática internacional já consagrada.

Entende ainda ALBUQUERQUE MELLO: *"tem-se afirmado que as limitações impostas à imigração devem ser genéricas, isto é, sem discriminação de raça, religião e nacionalidade"*[14]. Assim, as limitações à imigração devem observar os princípios da tolerância e da alteridade ao estipular suas condições, de modo a assegurar a livre circulação de pessoas[15].

---

[11] Nesta perspectiva, dessume-se que o ato de emigrar traz em seu conteúdo duas ideias antagônicas que necessitam de harmonização para a garantia de ir e vir: a) o Direito a autodeterminação pessoal (direito do indivíduo dispor de sua própria pessoa); e b) o Direito de controle das migrações pelo Estado (objetivando impedir um possível despovoamento ou a entrada de elementos perigosos). CAVARZERE, T. T., *Direito internacional da pessoa humana*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 48.

[12] ALEXY, *op. cit.*, 2008, p. 526.

[13] *Idem*.

[14] ALBUQUERQUE MELLO, C., *Curso de direito internacional público*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2000.

[15] Nesse sentido, mesmo que o Estado não tenha obrigação jurídica de admitir estrangeiros, possui obrigação moral, de modo a não ensejar represálias. Ora, a admissão de estrangeiros por parte dos Estados acolhedores é um beneplácito regrado pela cortesia, sem o qual se dificultam as relações entre os Estados. CAVARZERE, o*p. cit,* 2001, p. 51.

A adoção do princípio da liberdade de circulação[16] de pessoas como de nível máximo de abstração tem como vantagem a característica irradiadora destes princípios, "aplicáveis como pontos de partida para fundamentações dogmáticas das mais variadas exigências estruturais e substanciais no âmbito dos direitos fundamentais, em todos os campos do sistema jurídico"[17]. Assim, sua disposição possui uma espécie de poder paralisante ante as normas que prescrevam de maneira adversa e influem de maneira decisiva na interpretação do ordenamento jurídico.

Esta característica irradiadora tem como um de seus resultados a ascensão do princípio reconhecido no direito interno à ordem internacional, passando a integrar o rol das fontes do Direito Internacional Público[18], produzindo efeitos neste plano.

3. Instrumentos internacionais relacionados ao direito à livre circulação

O direito à livre circulação está inserido no corpo dos direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 foi o primeiro instrumento universal a expressar o direito à liberdade de circulação, no seu artigo 13.

---

[16] Cf. VATTEL afirma: *"Il est des cas dans lesquels un citoyen est absolument en droit, par des raisons prises du pacte même de la société politique, de renoncer à as patrie e de l'abandonner: 1er – Si le citoyen ne peut trouver as subsistance dans as patrie, il lui est permis san doute de la chercher ailleurs; car la société politique, ou civile, n'étant contractié que dans la vue de faciliter à un chacun les moyens de vivre et de se faire un sort heureux et assuré, il serait absurde de prétendre qu'un membre, à qui elle ne pourra procurer les choses les plus nécessaires, ne sera pas en droit de la quitter; 2 – Si le corp de la société, ou celui Qui le représente, manque absolument à ses obligations envers un citoyen celui-ci peut se retirer. Cas si l'un des contractans n'observe point ses engagements, l'autre n'est plus tenu à remplir les siens, et le contrat est réciproque entre la société et ses membres. C'est sur ce fondement que l'on peut aussi chasser de la société un membre qui en viole les lois. 3- Si la majeure partie de la Nation, ou le souverain qui la répresente, veut établir des lois sur des choses à l'égard desquelles le pacte de société ne peut obligertout citoyen à se soumettre, ceux à qui ces lois déplaisent sont en droit de quitter la société pour s'établir ailleurs."* VATTEL, E., *Le droit de gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*. Paris, Guillaumin, 1863, v.1, p. 511.

[17] ALEXY, *op. cit.*, 2008, p. 527.

[18] Sobre o tema, escreve MAZZUOLI que "Existindo dúvida sobre ser determinado princípio um princípio geral de direito internacional, deve o intérprete verificar se o mesmo se encontra positivado na generalidade dos ordenamentos internos estatais". MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, 4ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 115.

Artigo 13.

Toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.

Toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.

Apesar de sua característica não-vinculante, a Declaração Universal se tornou o instrumento internacional mais autoritário na área dos direitos humanos, tanto nacional quanto internacional[19]. Desde que a DUDH expressou o direito à livre circulação, a maioria dos países decidiu também expressar esse direito em suas constituições e nas convenções internacionais, caracterizando-o como um dos direitos humanos fundamentais.

No entanto, sabe-se que os dispositivos na DUDH são declaratórios e, assim, exigem os dispositivos aplicativos. Os dois pactos internacionais que a Assembléia Geral da ONU adotou, em 16.12.1966, foram esses dispositivos aplicativos[20]. Nesse sentido, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) é o instrumento internacional vinculativo mais importante que dispõe expressamente o direito de liberdade de circulação. O artigo 12 do PIDCP[21] dispõe:

Artigo 12.

Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado terá o direito de nele livremente circular e escolher sua residência.

Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país.

Os direito supracitados não poderão constituir objeto de restrição, a menos que estejam previstas em lei e no intuito de proteger a segurança nacional e a ordem, a saúde ou a moral pública, bem como os direitos e liberdades das demais pessoas, e que sejam compatíveis com os outros direitos reconhecidos no presente pacto.

---

[19] JO, Hee Moon, *Introdução ao Direito Internacional*, 2ª ed., São Paulo, LTr, 2004, p. 395. Ver também, HANNUM, H., «The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law», *Georgia JICL*, vol.25, 1995/6, p. 287.

[20] JO, *op. cit..*, p. 396.

[21] Ver sobre a interpretação do artigo 12 do PIDCP, HANNUM, Hurst, *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, p. 24, segs.

Ninguém poderá ser privado do direito de entrar em seu próprio país.

Com isso, os outros instrumentos internacionais vinculantes começaram a incluir o direito à livre circulação sob situações mais específicas. Por exemplo, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (*the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*), de 1966, dispõe no seu artigo V que:

Artigo V.

De conformidade com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo 2, os Estados Partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas suas formas e a garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos:

(...)

d) outros direitos civis, principalmente,

i) direito de circular livremente e de escolher residência dentro das fronteiras do Estado;

ii) direito de deixar qualquer país, inclusive o seu, e de voltar a seu país;

Já a Convenção sobre os Direitos da Criança (*the Convention on the Rights of the Child*), de 1989, dá um outro exemplo na aplicação desse direito à livre circulação para a proteção das crianças, conforme o seu artigo 10º:

Artigo 10º.

1. Nos termos da obrigação decorrente para os Estados Partes ao abrigo do n.º 1 do artigo 9.º, todos os pedidos formulados por uma criança ou por seus pais para entrar num Estado Parte ou para o deixar, com o fim de reunificação familiar, são considerados pelos Estados Partes de forma positiva, com humanidade e diligência. Os Estados Partes garantem, além disso, que a apresentação de um tal pedido não determinará conseqüências adversas para os seus autores ou para os membros das suas famílias.

2. Uma criança cujos pais residem em diferentes Estados Partes tem o direito de manter, salvo circunstâncias excepcionais, relações pessoais e contatos diretos re-

gulares com ambos. Para esse efeito, e nos termos da obrigação que decorre para os Estados Partes ao abrigo do n.º 2 do artigo 9.º, os Estados Partes respeitam o direito da criança e de seus pais de deixar qualquer país, incluindo o seu, e de regressar ao seu próprio país. O direito de deixar um país só pode ser objeto de restrições que, sendo previstas na lei, constituam disposições necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou moral públicas, ou os direitos e liberdades de outrem, e se mostrem compatíveis com os outros direitos reconhecidos na presente Convenção.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (*the American Declaration of the Rights and Duties of Man*), de 1948, dispõe no artigo VIII esse direito de uma forma genérica:

Artigo VIII.

Toda pessoa tem direito de fixar sua residência no território do Estado de que é nacional, de transitar por ele livremente e de não abandoná-lo senão por sua própria vontade.

Por fim, o artigo 22 da Convenção Americana para a Proteção dos Direitos Humanos é mais específico quanto ao direito de circulação:

Article 22.

Freedom of Movement and Residence

1. Every person lawfully in the territory of a State Party has the right to move about in it, and to reside in it subject to the provisions of the law.

2. Every person has the right lo leave any country freely, including his own.

3. The exercise of the foregoing rights may be restricted only pursuant to a law to the extent necessary in a democratic society to prevent crime or to protect national security, public safety, public order, public morals, public health, or the rights or freedoms of others.

4. The exercise of the rights recognized in paragraph 1 may also be restricted by law in designated zones for reasons of public interest.

5. No one can be expelled from the territory of the state of which he is a national or be deprived of the right to enter it.

6. An alien lawfully in the territory of a State Party to this Convention may be expelled from it only pursuant to a decision reached in accordance with law.

7. Every person has the right to seek and be granted asylum in a foreign territory, in accordance with the legislation of the state and international conventions, in the event he is being pursued for political offenses or related common crimes.

8. In no case may an alien be deported or returned to a country, regardless of whether or not it is his country of origin, if in that country his right to life or personal freedom is in danger of being violated because of his race, nationality, religion, social status, or political opinions.

9. The collective expulsion of aliens is prohibited.

4. Três tipos de liberdade de circulação

Os instrumentos internacionais acima referidos mostram que, até hoje, três tipos de liberdade de circulação são reconhecidas internacionalmente, ou seja: o direito de livremente circular dentro do país, o direito de sair livremente de qualquer país e o direito de entrar em seu próprio país.

4.1 Direito de circular livremente dentro do país

O direito de livremente circular dentro do país é o direito básico da livre circulação. Esse direito implica na liberdade de circular, por qualquer lugar, dentro do território sem permissão específica das autoridades ou sem impedimento. Essa liberdade inclui automaticamente a liberdade de escolher a sua própria residência.

Quais restrições existem à essa liberdade de circulação? Além das limitações impostas pelas leis nacionais, cada instrumento internacional que dispõe sobre o direito à livre circulação estabelece as devidas restrições, geralmente de ordem comum.

Exemplificativamente, o artigo 12 (3) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) expressa que os direitos de livre circulação "poderão constituir objeto de restrição, a menos que estejam previstas em lei e no intuito de proteger a segurança nacional e a ordem, a saúde ou a moral pública, bem como os direitos e liberdades das demais pessoas, e que sejam compatíveis com os outros direitos reconhecidos no presente pacto". No mesmo sentido, o *Protocol No.4 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR),* de 1963, dispõe no artigo 2(3) que esse direito pode ser limitado, de acordo com a lei, para os interesses do Estado tais como se-

gurança nacional, segurança pública, mantença de ordem pública, prevenção de crime, proteção de saúde e moral e proteção dos direitos e liberdades dos outros.

Article 2.

Freedom of movement

Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.

Everyone shall be free to leave any country, including his own.

No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are in accordance with law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the maintenance of order public, for the prevention of crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

The rights set forth in paragraph 1 may also be subject, in particular areas, to restrictions imposed in accordance with law and justified by the public interest in a democratic society.

Article 3.

Prohibition of expulsion of nationals

No one shall be expelled, by means either of an individual or of a collective measure, from the territory of the State of which he is a national.

No one shall be deprived of the right to enter the territory of the state of which he is a national.

Article 4.

Prohibition of collective expulsion of aliens

Assim, o poder do Estado de restringir o direito à livre circulação dentro do Estado não é um poder de caráter arbitrário[22]. Ao contrário, o Estado deve agir dentro da limitação provida pela lei (PIDCP) e justificada pelo interesse

[22] HANNUM, *ibid.*, 1987, p. 24-26.

público de uma sociedade democrática (ECHR). A interpretação das limitações constantes dos instrumentos internacionais tem de ser feita cuidadosamente, dentro dos fundamentos dos direitos humanos, uma vez que essa liberdade está sendo tratada como um dos princípios fundamentais dos direitos humanos. Isso quer dizer que as restrições devem satisfazer tanto as necessidades públicas quanto os meios utilizados para tal, bem como os resultados esperados por essa restrição. Portanto, ao nosso entender, a lei nacional deve estar revestida da legitimidade advinda do poder legislativo, e não de uma decisão discricionária do poder executivo. Nesta mesma linha de raciocínio, a interpretação deve ser feita restritivamente, uma vez que excepcionalmente restringir-se-á o direito individual, de acordo com a filosofia da lei nacional relacionada e dos instrumentos internacionais relacionados.

4.2 Direito a sair livremente de qualquer país

O segundo tipo de liberdade de circulação do indivíduo refere-se ao direito deste de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país. Esse direito está baseado na filosofia da liberdade, ou seja, de que nenhum país pode se apoderar dos indivíduos. De fato, a liberdade de migração é um direito individual dos seres humanos. A DUDH dispõe que "toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar", tratando, assim, da liberdade de sair e entrar em um mesmo dispositivo. No entanto, os instrumentos internacionais mais específicos vêm separando essas liberdades porque, enquanto que a liberdade de entrada em seu próprio país é ilimitada, a liberdade de saída de seu país pode ser limitada, como por exemplo, em caso de detenção legal de criminoso. A saída dos menores também é limitada, de tal sorte a protegê-los.

Em termos gerais, a segurança nacional é o fundamento alegado para a restrição dessa liberdade, sendo aplicada frequentemente pelos países. No entanto, como já ressaltamos anteriormente, qualquer restrição deve atender a legitimidade do objetivo, meio e resultado esperado.

Uma prática exercida pelos países para chegar à essa finalidade de restrição é o impedimento burocrático da emissão de passaporte[23]. Sem o passaporte ou algo similar, o indivíduo não pode nem sair nem entrar no país. Por isso, para a proteção desse direito de circulação, as leis relacionadas à emissão de passaporte de cada país devem ser claras e objetivas. Nesse sentido, a harmonização internacional das normas básicas para a regulamentação dos passaportes pode ser uma boa opção, não somente para a garantia do direito de circulação inter-

[23] HANNUM, *ibid.*, 1987, p. 52.

nacional, mas também como medida de combate ao terrorismo internacional, o qual se vale das atuais facilidades para a falsificação de passaportes.

4.3 Direito de regressar ao próprio País

O terceiro tipo de liberdade de circulação refere-se ao direito de regressar ao seu próprio país. É um dos maiores esforços internacionais para a eliminação da figura do apátrida em direito internacional[24]. No atual sistema legal internacional, o indivíduo necessita da proteção do Estado soberano. Quando o indivíduo adquire uma nacionalidade, o Estado de nacionalidade tem a obrigação de recebê-lo em seu território, quando este se encontrar no exterior. É a obrigação da proteção do seu nacional no exterior. Se o nacional não conseguir entrar em um país estrangeiro por alguma razão, o seu país de nacionalidade deve em regra recebê-lo de volta, apesar de existirem algumas exceções, como no caso dos refugiados. Essa obrigação de proteção está baseada nos fundamentos dos direitos humanos, não podendo ser confundida com a proteção diplomática, que é o direito do Estado que tem o chamado "vínculo mais estreito" com o indivíduo.

Entretanto, a entrada em um país estrangeiro por motivo de turismo não está vinculada à essa liberdade de circulação. Isso porque o direito internacional ainda não reconhece a liberdade de entrada em qualquer país. Nessa sociedade internacional, onde a ordem legal internacional é constituída com base na figura do Estado soberano, é poder soberano deste negar a entrada de estrangeiros em seu território. Até hoje, o direito de regresso ao próprio país encontra seus limites apenas na lei do próprio país.

Obviamente, o intercâmbio internacional dos indivíduos de várias nacionalidades promove a paz internacional. O direito internacional e, mais especificamente, o direito internacional do turismo e os direitos humanos vêm desenvolvendo as suas normas com esse fundamento. No entanto, não há um instrumento internacional que garanta o direito geral de livre acesso a qualquer país soberano. Os instrumentos internacionais somente garantem o direito de regresso ao seu próprio país. Aí está o papel do turismo internacional, qual seja, o desenvolvimento desse direito de livre circulação para a promoção da paz internacional. Entendemos que o direito internacional está evoluindo nessa direção, e o direito internacional do turismo é o motor principal desse processo.

Precisamos ressaltar a importância desse direito de regresso com relação ao estrangeiro com visto permanente no país. Nesse mundo globalizado, existem inúmeros indivíduos que mantêm uma nacionalidade ou dupla nacionalidade, mas que, no entanto, têm a sua residência permanente em um outro país. É a questão da proteção do direito do imigrante. Esses estrangeiros permanentes

[24] JO, Hee Moon, *Moderno Direito Internacional*, São Paulo, LTr, 2001, p. 155.

mantêm um laço sócio-econômico mais estreito como o país de permanência do que com o de nacionalidade[25]. Eles têm sua família, os filhos nascidos e educados no país de permanência, os bens, etc. Para eles, o direito de regresso mais importante seria o direito de regressar ao país de permanência, e não ao de nacionalidade. Se o país de permanência não prorroga o seu visto, o impacto em seus direitos seria enorme, dificultando a condução de uma vida normal. Nesse sentido, a interpretação de "regresso ao seu país" deve ser feita de uma forma ampla, para garantir o real interesse dos indivíduos[26]. A tendência moderna do direito internacional privado, que vem se utilizando de vários elementos de conexão tais como domicílio, residência habitual, lugar da relação mais significativo, lugar do vínculo mais estreito, etc., seria uma boa referência para responder à essa questão.

5. A liberdade de circulação turística na *soft law* do turismo

O princípio oitavo do Código Mundial de Ética do Turismo[27] traz uma nova forma de interpretação do direito universal de ir e vir ao dispor sobre a "*Liberdade do deslocamento turístico*". Os turistas e visitantes se beneficiarão,

---

[25] SEIDL-HOHENVELDERN, I., *International Economic Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, Ver em particular, p. 130-135.

[26] HANNUM, op. cit.., 1987, p. 56-60.

[27] O Código Mundial de Ética para o Turismo embasou-se em diversos instrumentos legais de cunho internacional que resultaram em seus dez princípios, a saber: Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966; Convenção de Varsóvia, sobre o transporte aéreo, de 1929; Convenção Internacional da Aviação Civil de Chicago de 1944, bem como às Convenções de Tóquio, Haia e Montreal com ela relacionadas; Convenção sobre as facilidades alfandegárias para o turismo de 1954 e o Protocolo associado; Convenção sobre a proteção do patrimônio cultural e natural mundial de 1972; Declaração de Manila sobre o Turismo Mundial de 1980; Resolução da 6ª Assembléia Geral da OMT (Sofia) adotando a Carta do Turismo e o Código do Turista de 1985; Convenção relativa aos Direitos da Criança de 1990; Resolução da 9ª Assembléia Geral da OMT (Buenos Aires) relativa às matérias de facilidades das viagens e segurança dos turistas de 1991; Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento de junho de 1992; Resolução da 11ª Assembléia Geral da OMT (Cairo) sobre a prevenção do turismo sexual organizado de 1995; Declaração de Estocolmo contra a exploração sexual de crianças com fins comerciais de 1996; Declaração de Manila sobre os Efeitos Sociais do Turismo 1997; Convenções e recomendações adotadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) em matéria de convenções coletivas, de proibição do trabalho forçado e do trabalho infantil, de defesa dos direitos dos povos autóctones, de igualdade de tratamento e de não discriminação no trabalho. BADARÓ, R.A.L., «Direito internacional do turismo e a atuação da Organização Mundial do Turismo», in *Estudos de Direito Internacional*, W. Menezes (org.), Volume VIII, Anais do 3º. Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Curitiba, Juruá, 2006, p. 343-365.

respeitando-se o Direito Internacional e as legislações nacionais, da liberdade de circulação, quer no interior do seu país, quer de um Estado para outro, em conformidade com o artigo 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos; e poderão ter acesso às zonas de trânsito e de estada, bem como aos locais turísticos e culturais, sem exageradas formalidades e sem discriminações[28].

Assim, o Direito do turismo[29] ganha forças e atua oferecendo suporte à continuidade dos projetos já desenvolvidos, tais como as Declarações de Manila de 1980 sobre o turismo mundial e de 1997 sobre o impacto do turismo na sociedade, bem como da Carta do Turismo e do Código do Turista, adotados em

---

[28] GIULIANO, M.; SCOVAZZI, T; TREVES, T., *Diritto internazionale: parte generale*, Milano, Giuffrè, 1999, p. *passim*

[29] Como propõem Gladston MAMEDE e Rui BADARÓ (in *Estudos de Direito do Turismo*, R.A.L. Badaró (org.), São Paulo, IBCDTur, 2008a), se o direito do turismo não pode ser definido por seu regime jurídico, com certeza é possível a busca de uma definição pela especialidade de seu objeto. A base disso é principiológica (princípio da hospitalidade, da tolerância, da alteridade, entre outros), cujo objetivo-mór é o aproveitamento hermenêutico. Nesse sentido, François SERVOIN (*Institutions touristiques et droit du tourisme*, Paris, Ed. Masson, 1981, p. 23) já defendia o direito do turismo: "A originalidade do turismo no seio do direito é muito acentuada. Seria possível resgatar uma teoria geral da hospedagem a partir de uma inovação da noção de ocupação temporária (contrato de hospedagem, contrato hoteleiro e contrato de tempo compartilhado). Um novo capítulo da teoria geral da liberdade fundamental de ir e vir poderia ser escrito a partir da modalidade de deslocamento turístico" (o Código Mundial de Ética do Turismo o fez em seu artigo 8º, e as justificativas do direito de ir e vir com finalidade turística remetem aos princípios da hospitalidade, da tolerância e da alteridade). O turismo apresenta diversos problemas específicos e dificuldades particulares, ensejando soluções originais, oriundas de um processo de interpretação e aplicação dos princípios inerentes ao direito do turismo, harmonizando, assim, as diversas disciplinas jurídicas. O direito do turismo rompe o dualismo fundamental do direito, abordando de modo transversal, por meio de seus princípios, a divisão clássica do direito, observando-se a unicidade do direito. Detalhe: essa construção torna possível a autonomia desse ramo jurídico, notadamente porque seus princípios permitem uma interpretação condizente com as características do objeto e porque soluções originais (levando em conta que a base principiológica adequada se prestaria à compatibilização das diversas disciplinas jurídicas). Os princípios adequados ao direito do turismo possuem uma tendência a estabilidade e permanência maior que as regras em geral, e, como afirma Emílio BETTI (*Interpretação da Lei e dos atos jurídicos*, São Paulo, Martins Fontes, 2007, *passim*), representam contraponto conceitual àquilo que representa conseqüência, portanto, às normas completas e formuladas. Os princípios, segundo Ronald DWORKIN ("Levando os direitos à sério"), são os estandartes que devem ser observados, não porque favoreçam ou assegurem uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência da justiça, da equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Com os princípios do direito do turismo identificados e estabelecidos, ocorrerá a justificativa da autonomia desse ramo jurídico, visto que oferecem a melhor conduta possível segundo suas possibilidades fáticas e jurídicas. Além dos princípios balizadores do direito do turismo, urge um arcabouço de normas voltadas às especificidades do setor, estabelecendo, como Gladston MAMEDE e Rui BADARÓ afirmam, os parâmetros comportamentais específicos, mas infelizmente o arremedo construído no passado não atingiu seu objetivo e sequer garantiu segurança ao turismo brasileiro, mas, pelo contrário, representou verdadeiro grilhão ao desenvolvimento efetivo da atividade. BADARÓ, op. cit., 2008a, p. 92.

Sofia, em 1985, sob a égide da OMT, todos objetivando a facilitação da circulação de turistas.

Os turistas e visitantes devem ter reconhecida a faculdade de utilizar todos os meios de comunicação disponíveis, interiores ou exteriores, devem beneficiar-se de um pronto e fácil acesso aos serviços administrativos judiciários e de saúde locais, bem como ao livre contato com as autoridades consulares do seu país de origem, em conformidade com as convenções diplomáticas vigentes.

Os turistas e visitantes serão beneficiados com os mesmos direitos dos cidadãos do país visitado quanto à confidencialidade dos dados e informações pessoais que lhes respeitem, sobretudo as armazenadas sob forma eletrônica.

Os procedimentos administrativos do cruzamento de fronteira, estabelecidos pelos Estados ou resultantes de acordos internacionais, como vistos, ou formalidades sanitárias e alfandegárias, devem ser adaptados de modo a facilitar ao máximo a liberdade de viajar e o acesso do maior número de pessoas ao turismo internacional.

In fine, os acordos entre grupos de países visando harmonizar e simplificar os procedimentos das formalidades sanitárias e alfandegárias devem ser encorajados. Os impostos e os encargos específicos que penalizem o turismo e atentem contra a sua competitividade, devem ser progressivamente eliminados ou reduzidos[30].

6. Terrorismo e turismo internacional

No nosso entender, o terrorismo internacional causa um impacto muito negativo no turismo internacional, aumentando os constrangimentos à liberdade de circulação dos povos e ameaçando ainda mais a paz internacional[31].

No dia 13 de novembro de 2015, a França foi vítima de uma série de atentados terroristas que levaram a morte de 137 pessoas. Tais ataques foram os mais mortais desde a 2ª Guerra Mundial, bem como desde os atentados de 11 de março de 2004 em Madrid/ES. Para além, os atentados ocorreram um dia após outro ataque terrorista, ocorrido em Beirute, no Líbano, que vitimou 43 pessoas.

O início do terrorismo em escala internacional se deu no fatídico 11 de setembro de 2001, onde aviões chocaram-se no *World Trade Center*, utilizando-se da vida de civis como meio e alvo. As regras internacionais do direito huma-

---

[30] Desde que a situação econômica dos países de origem o permita, os turistas devem dispor do crédito de divisas conversíveis necessários aos seus deslocamentos PY, P., *Droit du tourisme*, Paris, Dalloz, 2002, *passim*.

[31] DRAKOS, Konstantinos; KUTAN, Ali M., *Regional Effects of Terrorism on Tourism: Evidence from Three Mediterranean Countries*, Working Paper, B26, Bonn, Center for European Integration Studies, 2001, p. 4.

nitário e dos direitos humanos foram vilipendiadas pelos terroristas internacionais, sinalizando uma triste volta aos fenômenos dos séculos passados, quando os indivíduos não eram considerados, pelas normas internacionais, como passíveis de proteção.

O impacto do ato terrorista em Paris foi grande, aproveitando-se de todos os meios de comunicação desenvolvidos pelo fenômeno da globalização. O turismo, por sua vez, também foi seriamente afetado. Suas receitas e os valores das ações das companhias aéreas despencaram em território francês. Consequentemente, muitas pessoas na área do turismo perderam seus empregos[32].

[32] "Seis meses depois do atentado de 13 de novembro, em Paris, a baixa taxa de ocupação hoteleira, os restaurantes quase vazios e as lojas com poucos clientes são indícios de que os turistas ainda não voltaram à cidade mais visitada do mundo. A hotelaria parisiense ainda não conseguiu levantar a cabeça, golpeada em janeiro de 2015 pelos ataques contra a revista satírica Charlie Hebdo e um supermercado judeu, e em novembro pelo atentado contra a casa de shows Bataclan e outros locais de divertimento. Abril ´foi o pior mês` desde os ataques de novembro, afirmou a consultora MKG, especializada no setor. Existe ´um desinteresse dos clientes que vinham por lazer e dos estrangeiros, que preferem o sul da Europa, além de um temor da abertura do calendário das férias escolares`, explicou à AFP Vanguelis Panayotis, diretor de desenvolvimento da MKG. Em abril, a taxa de ocupação hoteleira caiu 11 pontos, chegando a 70,4% em comparação com os 81,4% de um ano atrás. Para compensar, os hotéis baixaram os preços e no final do faturamento registraram uma queda de 19,6%, segundo o indicador RevPar, que mede o rendimento financeiro de um hotel. ´Há pelo menos 15 anos que não tínhamos uma queda tão brusca em Paris`, assegurou Panayotis. Phillipe Gauguier, da consultoria In Extenso, assinalou que a onda de atentados de março, em Bruxelas, também impactou negativamente a França. Phillipe Leboeuf, diretor do hotel de luxo Mandarim Oriental, reconheceu que ´as taxas de ocupação desde o início de 2016 têm sido mais baixas que o habitual (49% em janeiro e 40% em abril)`, inclusive levando em conta que esses meses habitualmente têm menos atividades. E se mostrou pouco otimista a respeito das próximas semanas. ´Os turistas estrangeiros não vêm, especialmente os japoneses e os chineses`, acrescentou o executivo, que aumentou a oferta de passeios para promover Paris. Segundo um estudo do escritório especializado ForwardKeys, publicado em março, o número de visitantes estrangeiros registrou baixa de 22% em relação a 2015. A diretor do hotel Meurice, Franka Holtmann, admitiu que o estabelecimento de cinco estrelas não tem obtido sucesso até agora na tentativa de recuperar os clientes individuais que viajam por prazer. ´Quando podem escolher, preferem Londres ou Roma`, aponta. Sem vida noturna o setor espera uma recuperação durante a Eurocopa, que acontecerá na França a partir de 10 de junho. Mas ´as reservas continuam tímidas`, constata Panayotis. O número de clientes nos restaurantes também baixou, sobretudo à noite. ´Há menos clientes e a partir das dez da noite e Paris se transforma em uma cidade fantasma`, lamenta Roland Héguy, presidente da União de Negócios e Indústrias de Hotelaria (UMIH). As lojas de luxo também têm sentido o golpe, sobretudo pela baixa presença de clientes asiáticos. O grupo LVMH registrou uma estagnação nas vendas de artigos de couro. Nas lojas de departamento do bulevar Haussmann também se percebe o impacto. Nem as Galerias Lafayette, nem a rede Printemps quiseram se manifestar a respeito, mas uma fonte do setor assinalou que as vendas não têm retornado até agora ao nível de antes dos atentados de novembro. ´Os clientes estrangeiros, como os japoneses, que são os principais compradores nas lojas de departamento, não retornaram`, afirmou a fonte, apontando que a clientela francesa, afetada pela crise econômica, não está compensando a queda. No setor de entretenimento, as casas de shows têm conseguido preencher a capacidade, depois de um breve período de queda, mas o teatro tem sofrido baixas, ainda mais pela diminuição das obras dirigidas ao público jovem, devido à redução das excursões escolares. O Museu d'Orsay registrou uma queda dos visitantes em 8% desde o início de 2016, apesar do sucesso da exposição de Aduanero Rousseau. O Louvre, sem dar números, afirmou que a quantidade de pessoas ´começou a subir depois do fim de semana da Páscoa`, mas segue abaixo dos números habituais". Para ver a reportagem completa: http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2016/05/seis-meses-apos-os-atentados-paris-espera-recuperacao-do-turismo-5800781.html.

O turismo é um dos mercados mais abertos e que gera mais empregos e receita. No entanto, como todo empreendimento funciona com base na segurança e no conforto, a simples ameaça à segurança já é suficiente para prejudicar o turismo internacional.

Assim, a garantia da segurança dos turistas é o elemento fundamental para a atração destes. Muitas vezes, o país onde ocorreu um ato de terrorismo opta por divulgar as áreas de perigo para os turistas, buscando proteger a imagem do resto do país. Por exemplo, nas Filipinas o governo indica quais são as ilhas "perigosas", mais passíveis de atos de terrorismo, dentre as suas 7 mil ilhas, com o intuito de afirmar que o resto do país é seguro. No mesmo sentido, o país de origem dos turistas busca orientar seus cidadãos acerca dos locais mais perigosos para o turismo internacional, instruindo-os sobre as medidas necessárias para sua segurança.

A dimensão do turismo brasileiro aproxima-se de US$ 50 bilhões ao ano. Cerca de 500 mil turistas americanos visitam o Brasil anualmente. Logo, quando, há 12 anos atrás, ocorreu o atrito diplomático entre os dois países, o turismo brasileiro sofreu com graves prejuízos. Enquanto os EUA controlam a entrada dos estrangeiros por razão de segurança nacional, o Brasil passou a fiscalizar a entrada dos americanos com base em represália diplomática (reciprocidade). De fato, o atrito diplomático começou por uma causa alheia a ambos, ou seja, o terrorismo internacional. Do mesmo modo, a França, logo após os atos terroristas, determinou o controle temporário das fronteiras, ensejando mais de 300 desvios de pousos em território francês. Enfim, perdas para o turismo e, pior, para os cidadãos.

Não é necessário destacar aqui a evidente importância do turismo para os países em desenvolvimento. De acordo com a OMT (Organização Mundial de Turismo), o turismo internacional gerou, em 2015, US$ 470 bilhões, o que significa 1/10 da receita do turismo do mundo inteiro. O turismo internacional (vinda dos turistas estrangeiros) é uma fonte crucial de receita para alguns países em desenvolvimento. Mais ainda, como o turismo internacional nesses países depende muito das suas heranças natural e cultural, a competitividade internacional desse setor é inquestionável, o que justifica o setor do turismo internacional como um grande exportador competitivo.

A partir destas observações, qual seria o impacto nessa indústria internacionalmente competitiva de eventos nefastos tais como, por exemplo, o terrorismo? Ora, o impacto do terrorismo sobre a economia desses países é estrondoso, dando causa direta para o desemprego, a deflação, a recessão econômica, crimes, etc.

De acordo com Adam BLAKE e M. THEA SINCLAIR, que estudaram o impacto do 13 de novembro de 2015 sobre a indústria do turismo francês, o impacto não se limitou apenas ao turismo:

> *The contribution of tourism and travel to both industrialized and developing countries is now so great that any downturns in the level of activity in the industry are a cause of concern. The repercussions extend beyond activities directly associated with tourism, notably airlines, hotels and catering, to sectors that supply intermediate or final goods that are purchased by firms and employees in the industry, so that all sectors of the economy are affected to a greater or lesser extent*[33].

O impacto negativo do terrorismo é mais grave ainda nos países em desenvolvimento. Isso ocorre porque o grau de dependência econômica do país pelo turismo internacional é mais alto nos países em desenvolvimento do que nos países industrializados.[34] As observações de Hassan Y. Aly e Mark C. Strazicich, são convincentes nesse sentido:

> *The international tourism industry has come to play an increasingly important role in many developing countries. In the late 1960s and 1970s, tourism was often promoted as a way to reduce persistent balance of payments deficits and as a major source of foreign exchange. In the late 1980s and throughout the 1990s, tourism was recognized for its direct and indirect positive impact on government revenue, national income and employment. In addition, tourism is recognized as a means to diversify the economy and reduce reliance on traditional agriculture and industry. In general, tourism is one of the fastest growing economic sectors in the developing world and can be characterized as having 'multidimensional' effects"*[35].

Então, porque os terroristas, em suma, atacam a si mesmos, uma vez que os países em desenvolvimento sofrem muito mais com os ataques do que os países industrializados? Em primeiro lugar, por causa das facilidades para o ataque. Os turistas, que visitam os países dos quais esses terroristas são nacionais, são alvos relativamente fáceis de serem atacados. Como seus horários e itinerários são predeterminados, o planejamento do ataque pelos terroristas é muito mais

---

33 BLAKE, Adam; SINCLAIR, M. Thea, *Tourism Crisis Management in France: adjusting to a temporary downturn*, p. 03 [consult. 30 abr. 2018], disponível em: http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.530.5018&rep=rep1&type=pdf

34 JO, Hee Moon, «Turismo e direito internacional», in *Turismo e Direito: convergências*, Rui Aurélio de Lacerda Badaró (org.), 2ª. Ed., Senac, São Paulo, 2014, p. 44-5.

35 ALY, Hassan; STRAZICICH, Mark C., «Terrorism and Tourism: Is the Impact Permanent or Transitory?» *Economic Research Forum*, 2000, p. 1 [consult. 30 abr. 2018], disponível em: https://www.eldis.org/document/A13347 [NOTE: Paper no longer available from original publisher].

fácil. Em segundo lugar, por causa da facilidade de se envolver, em um só ataque, várias nacionalidades. Os turistas internacionais que se reúnem em mesmo local são, via de regra, oriundos de diversos países.

Finalmente, um ataque poderia envolver várias nacionalidades, dando ao mesmo tempo a mesma mensagem para vários países. Essa razão é muito convincente, dada a flexibilidade inerente ao turismo. O turismo internacional é uma opção disponível em vários locais, para vários turistas de diversas nacionalidades. Assim, o local do atentado pode ser substituído por inúmeros outros locais, de diferentes países, desde que o local seja visitado por turistas internacionais. Se o terrorista internacional visar obter um efeito devastador à indústria de turismo local, estes (os turistas internacionais) seriam o alvo ideal.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba, *Manual de direito internacional público*, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008.

AGUIAR, Ana Laura Becker; GODOY, Gabriel Gualano de, «Corte Interamericana de Direitos Humanos e a ampliação do conteúdo material do conceito normativo de jus cogens», *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 8, n. 8, 2008, p. 25-34 [consult. 14 mai. 2016], disponível em: http://www.corteidh.or.cr/tablas/21857.pdf.

ALBUQUERQUE MELLO, C., *Curso de direito internacional público*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2000.

ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros Editores, 2008.

_____, «Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade», Tradução de Luís Afonso Heck, *Revista de Direito Privado*, n. 24, out.-dez., 2005, p. 334-344.

ALY, Hassan; STRAZICICH, Mark C., «Terrorism and Tourism: Is the Impact Permanent or Transitory?» *Economic Research Forum*, 2000 [consult. 30 abr. 2018], disponível em: https://www.eldis.org/document/A13347

AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.), *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*, São Paulo, Quartier Latin, 2009.

BADARÓ, R. A. L., *Estudos de direito do turismo*, São Paulo, IBCDTur, 2008a.

BADARÓ, R. A. L, *Direito internacional do turismo*, São Paulo, Senac, 2008b.

BADARÓ, R. A. L., *Turismo e direito: convergências*, 2ª ed, São Paulo, SENAC, 2014.

BADARÓ, R. A. L., «Direito internacional do turismo e a atuação da Organização Mundial do Turismo», in *Estudos de Direito Internacional*, W. Menezes (org.), Volume VIII, Anais do 3º. Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Curitiba, Juruá, 2006.

BADARÓ, R. A. L.; SANCHES, G. O., «Diálogo das fontes e liberdade de circulação de pessoas: entre normas de direitos humanos e fundamentais», in *Direito internacional: Anais do Congresso Brasileiro de Direito Internacional*, R. A. L. Badaró, São Paulo, ABDI/FUNAG/Reino, 2010, p. 267-280.

BETTI, Emílio, *Interpretação da Lei e dos atos jurídicos*, São Paulo, Martins Fontes, 2007.

BLAKE, Adam; SINCLAIR, M. Thea, *Tourism Crisis Management in France: adjusting to a temporary downturn* [consult. 30 abr. 2018], disponível em: http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.530.5018&rep=rep1&type=pdf.

BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos*, Traduzido por Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992.

_____, *Teoria do ordenamento jurídico*, 4ª ed., Brasília, EdUNB, 1994.

CASELLA, Paulo Borba, *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*, São Paulo, Quartier Latin, 2009.

CAVARZERE, T.T., *Direito internacional da pessoa humana*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001.

DRAKOS, Konstantinos; KUTAN, Ali M., *Regional Effects of Terrorism on Tourism: Evidence from Three Mediterranean Countries*, Working Paper, B26, Bonn, Center for European Integration Studies, 2001.

DINIZ, Maria Helena, *Dicionário Jurídico*, v. 3, São Paulo, Saraiva, 1998.

DOLLOT, L., *Les migrations humaines*, Paris, PUF, 1999.

DWORKIN, Ronald, *O Império do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1999.

_____, *Levando os direitos a sério*, São Paulo, Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*, Tradução de João Baptista Machado, 7ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FAUCHILLE, P., *Traité de droit international public*, 44ª ed., Paris, A-Rousseau, 2000.

FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1992.

FREUND, J., «Les droits de l'homme au regard de la science et de la politique», in *Politique et impolitique*, Paris, Sirey, 1987.

GIULIANO, M.; SCOVAZZI, T.; TREVES, T., *Diritto internazionale: parte generale*, Milano, Giuffrè, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.), *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.

GOODWIN-GILL, GUY, *International law and the movement of persons between the states*, Oxford, Clarendon Press, 2000.

HANNUM, Hurst, *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1987.

HANNUM, H., «The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law», *Georgia JICL*, vol. 25, 1995/6.

HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.

HIKMAT NASSER, Salem, *Fontes e normas de direito internacional*, São Paulo, Atlas, 2006.

HONEYBALL, Simon; WALTER, James, *Integrity, Community and Interpretation: A Critical Analysis of Ronald Dworkin's Theory of Law*, Aldershot, UK, Brookfield, USA, Ashgate Publishing Company, 1998.

JO, Hee Moon, *Introdução ao Direito Internacional*, 2ª ed., São Paulo, LTr, 2004.

JO, Hee Moon, *Moderno Direito Internacional*, São Paulo, LTr, 2001.

KANT, Immanuel, *Para a Paz Perpétua*, Tradução de Bárbara Kristensen, Rianxo, Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz – (Ensaios sobre Paz e Conflitos; Vol. V), 2006, p. 79, [consult. 14 jan. 2010], disponível em: http://www.igesip.org/publicacions.htm.

KELSEN, Hans, *Teoria geral das normas*, Tradução de José Florentino Duarte, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1986.

_____, *Teoria pura do direito*, Tradução de João Baptista Machado, 7ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2006.

MANDELSTAM, N., *La protéction internationale des droits de l'Homme*, Paris, R.C.A.D.I., (1963)2009-IV, vol. 38.

MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *Filosofia del derecho. Tomo I – El derecho, los derechos humanos y El derecho natural*, Buenos Aires, Abeledot-Perrot, 2005.

_____, *Los derechos humanos*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, 4ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MENEZES, Wagner (coord.), *Estudos de Direito Internacional: anais do 3° Congresso Brasileiro de Direito Internacional*, v. 5, Curitiba, Juruá, 2005.

PY, P., *Droit du tourisme*, Paris, Dalloz, 2002.

ROBLES, Gregorio, *Análisis crítico de los supuestos teóricos y del valor político de los derechos humanos*, Milão, R.I.F.D, 1980, 3-LVII.

RODRIGUES MENDES, Dayane Aparecida, «A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a atuação do Poder Judiciário», *IV Encontro de Iniciação Científica e III Encontro de Extensão Universitária*, v. 4, n. 4, 2008 [consult. 14 mai. 2016], disponível em: http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1620/1544.

SEIDL-HOHENVELDERN, I., *International Economic Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1989.

SERVOIN, François, *Institutions touristiques et droit du tourisme*, Paris, Ed. Masson, 1981.

SILVA, De Plácido, *Vocabulário Jurídico*, 15 Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999.

SILVA, José Afonso da, *Direito Constitucional Positivo*, 24 ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005.

SOARES, Guido Fernando Silva, *Curso de direito internacional público*, v. 1, São Paulo, Atlas, 2002.

VARELLA, M. D., *Direito internacional público*, São Paulo, Saraiva, 2010.

VATTEL, E., *Le droit de gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, v.1, Paris, Guillaumin, 1863.

VIGO, Rodolfo Luis, *Perspectivas iusfilosóficas contemporâneas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006.

VILLEY, M., *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1983.

WEIL, Prosper, Écrits de droit international, Paris, PUF, 2000.

O ACORDO UE-TURQUIA SOBRE O FLUXO DE REFUGIADOS VERSUS OS ARTIGOS 18º E 19º DA CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA: UM ESTUDO DE CASO

Manoela GALENDE COSTA[1]

1. Introdução

O acordo entre a União Europeia e a Turquia sobre o fluxo de refugiados, que entrou efetivamente em vigor em 20 de março de 2016, vem sendo alvo de diversas críticas da comunidade internacional, em especial com relação à existência de violação dos artigos 18º e 19º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, fundados por sua vez em normas de Direito Internacional e Direitos Humanos. A UE argumenta ter elaborado os termos do plano de ação que visa uma colaboração bilateral de forma a proteger esses direitos, no entanto, há sérias denúncias de que a realidade fática não suporta essas afirmações. De forma a agravar a situação, divergências entre as partes do acordo o coloca atualmente em risco, deixando em alerta todos os envolvidos no drama da atual crise de refugiados que atinge o continente europeu.

[1] Graduada em Direito pela Universidade Jorge Amado (Bahia-Brasil). Mestranda em Direito Internacional Público e Europeu pela Universidade de Coimbra. Advogada de Direito Migratório, inscrita na OA e OAB.

Sendo assim, o presente trabalho tem como objeto realizar um breve estudo sobre o contexto em que está envolvido o referido acordo: apresentar a Carta de Direitos Fundamentais e seus artigos 18º e 19º, fazer uma explanação sobre a atual crise de refugiados que atinge a Europa e inserir nesse quadro o acordo firmado entre a União e a Turquia, com foco voltado para a análise jurídica geral de seus termos e das possíveis violações de normas internacionais cometidas.

Para alcançar o objetivo proposto neste trabalho, serão utilizadas como base teórica primordial – além de leituras de diversos links que se referem a artigos e publicações online – as obras de Doutor Rui Manuel Moura Ramos; Antonio Goucha Soares; James C. Hathaway, e material legislativo da Comissão Europeia e do Parlamento Europeu, para discorrer sobre conceito, fundamentos, histórico, conjuntura atual e análise jurídica da matéria aqui tratada neste trabalho.

2. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) é um instrumento com força jurídico-vinculativa que elenca e prevê a aplicação de Direitos, Liberdades e Princípios de Direito Fundamental dentro no âmbito da União Europeia (UE) e aos Estados em processo de adesão, com o objetivo claro e expresso de demonstrar que a União Europeia tem a preocupação de preservar a dignidade da pessoa humana e de seus cidadãos no que diz respeito aos Direitos Humanos.

2.1 Breve histórico

Com o fim da Segunda Guerra Mundial ao final de maio de 1945, o mundo – e mais especificamente a Europa – viu a necessidade de serem criados mecanismos que evitassem a repetição das violações aos Direitos Humanos, praticadas até então.

Nesta esteira, em 04 de novembro de 1950 foi concluída em Roma a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que trazia um rol de direitos a serem seguidos pelos Estados vinculados a esta, prevendo ainda a criação de um tribunal permanente: o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que deveria regular a aplicação e obediência desses direitos por parte dos Estados signatários[2].

A ONU, por sua vez, também vislumbrou a necessidade de regular a matéria, criando um sistema de proteção internacional aos Direitos Humanos

[2] RAMOS, Rui Manuel Moura, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a Proteção dos Direitos Fundamentais* [consult. 02 mai. 2017], disponível em: http://www.defensesociale.org/02/17.pdf, p. 173-175.

através da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que possuía força como diretiva moral (posteriormente, a Assembleia Geral da ONU de 1966 adotou também o Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional Relativo aos Direitos Civis e Políticos, estes já com força de garantias jurídicas)[3].

No entanto, ainda não havia um tratado que relacionasse os direitos fundamentais a serem observados quando da criação das primeiras Comunidades Europeias. Os Tratados de Paris (1951) e de Roma (1957) eram omissos quanto aos direitos fundamentais dentro do âmbito da Comunidade Europeia. Dessa forma, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, através da jurisprudência que vinculava os Estados-Membros da então Comunidade Europeia, passou a considerar os direitos fundamentais como princípios gerais do direito comunitário, que por sua vez era originário das normas de direitos humanos tradicionais que já estavam subscritas nas constituições de cada Estado-Membro. Apenas com os Tratados de Amsterdão e Maastricht houve alguma referência a direitos fundamentais existentes, ainda que não houvesse um rol elencando quais seriam esses direitos. Engatinhava a tentativa de criação de uma espécie de *Bill of Rights* de direitos fundamentais comunitários[4].

No início do ano de 1999 a presidência alemã sugeriu a criação da atual Carta de Direitos Fundamentais, formalizada e concretizada pelo Conselho Europeu de Colônia, que entendeu ser a CDFUE um instrumento capaz de reforçar não só a legitimidade da União Europeia, como também uma forma de tornar os direitos fundamentais mais visíveis aos cidadãos da UE, destacando e enfatizando sua importância[5].

Em Nice, no ano 2000, o Parlamento Europeu, o Conselho Europeu e a Comissão Europeia proclamaram solenemente a CDFUE. Em 2007 a Carta foi novamente proclamada devido a alterações sofridas em seu conteúdo. Possuía, no entanto, natureza meramente de declaração proclamatória, enunciando princípios, direitos e liberdades sem vincular juridicamente os Estados-Membros[6].

---

[3] Idem, p. 174.

[4] JALES, Lycia Cibely Porto, «A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia como Ponto de Referência nas Políticas da União», *Revista Âmbito Jurídico,* XVIII, n. 142, nov 2015 [consult. 02 mai. 2017], disponível em: http://www.ambito- juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15824&revista_caderno=29.

[5] SOARES, António Goucha, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: A protecção dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 34.

[6] Cf. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, informação disponível na página eletrônica do Parlamento Europeu, disponível em: http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.1.6.html [consult. 02 mai. 2017].

Apenas em 2009, através do art. 6º, nº 1, do Tratado da União Europeia[7] (ou Tratado de Lisboa), a CDFUE passou a ter caráter jurídico-vinculativo e é direito primário da UE[8], possuindo em seu bojo direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações[9].

Assim é que, atualmente, a Carta serve de parâmetro para os Estados-Membros da União Europeia, e também àqueles que estão em processo de adesão a esta, quando se trata de direito interno, possuindo caráter complementar, uma vez que ao se aplicar o Direito da UE, a Carta tem aplicação obrigatória[10].

Dividida em 07 capítulos que tratam da Dignidade, Liberdades, Igualdade, Solidariedade, Cidadania, Justiça e Âmbito de sua aplicação e interpretação, e estando fundamentalmente inspirada na Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH), nas tradições presentes de forma comum às constituições dos Estados-Membros (já consideradas princípios gerais do direito comunitário), na Carta Social Europeia (Tratado do Conselho da Europa) e na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, a CDFUE é inovadora ao reconhecer a força jurídica dos Direitos Fundamentais dentro da União Europeia[11].

Umas das matérias tratadas em seu conteúdo são os direitos de asilo e dos refugiados, e todos os direitos acessórios a estes: não-repulsão, combate à tortura e penas degradantes, proteção contra situações de risco, entre outros. São justamente essas matérias, tratadas mais especificamente nos artigos 18º e 19º da Carta de Direitos Fundamentais e confrontadas ao Acordo entre a União Europeia e a Turquia sobre o fluxo de refugiados, a espinha dorsal deste trabalho.

2.2 Asilo x Refúgio: um parênteses conceitual

Há certa confusão conceitual quanto aos institutos do Asilo e do Refúgio. Muitas vezes, os termos são usados como sinônimos, outras, como adjetivos instrumentalmente diversos e, ainda, como conceitos latu sensu e strictu sensu de uma mesma matéria.

Na América Latina, por exemplo, os termos asilo e refúgio são utilizados com base em conceitos diferenciados. No caso do asilo, dentro do âmbito

---

7 Art. 6º, nº 1, Tratado da União Europeia: "A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [...], que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados".

8 Supra n.º 6.

9 JALES, *A Carta de Direitos Fundamentais,* Op cit.

10 Ibidem.

11 Supra n.º 6.

latino-americano, este é essencialmente por motivos políticos e ideológicos, individualizado, e foi conceituado e modernizado em diversas convenções e tratados, cronologicamente: Tratado de Direito Penal Internacional de Montevidéu (1889), Convenção de Havana sobre Direito de Asilo (1928), Convenção sobre Asilo Político de Montevidéu (1933), Convenção Sobre Asilo Territorial e Convenção Sobre Asilo Diplomático de Caracas (1954)[12].

Ainda segundo a visão de asilo praticada na América Latina, o Direito de Asilo, que segue normas fundadas na soberania dos Estados, busca conceder proteção diplomática a indivíduos isolados que sofrem – ou alegam sofrer – perseguição política em seus países de origem. O pedido de asilo é individualizado e baseado em situação/ação vivida/praticada pela pessoa que se sente perseguida por atividades e ideologias ligadas à política. Essa perseguição deve vir acompanhada de forte convicção factual, atual e efetiva de que esse indivíduo sofre graves riscos de violação de seus direitos humanos[13].

Quanto ao refúgio, o conceito latino-americano segue as normas comuns de Direito Internacional reguladas pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR): considera-se que apesar de também ser um instituto que visa à proteção de indivíduos, se refere a grupos de pessoas de forma geral que provém de situações de risco coletivas, sejam devido à raça, religião, nacionalidade, grupo social ou razões políticas, situações essas que colocam em risco seus direitos humanos mais básicos, sua integridade física e psicológica. No caso do refúgio, basta o fundado temor de perseguição para que este possa vir a ser concedido[14].

Dentro do âmbito da União Europeia, é possível perceber que a interseção entre asilo e refúgio é tratada de forma conceitualmente diversa daquela praticada na América Latina, e é esta prática conceitual que será utilizada no presente trabalho. O próprio Parlamento Europeu assume que a política de asilo praticada na União Europeia visa à harmonização do procedimento de asilo que seja comum aos Estados-Membros, considerando que tanto o Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia como a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia não definiram o conceito de asilo e de refugiados. Estes dois documentos expressariam claramente que utilizam como base conceitual o que

---

[12] DEL'OLMO, Florisbal de Souza, «Asilo diplomático e refúgio: especificidades, semelhanças e um breve estudo de caso», in *Direito internacional em expansão: volume 3*, Clodoaldo Silva da Anunciação; Wagner Menezes; Gustavo Menezes Vieira (orgs.), Belo Horizonte, Arraes Editores, 2014, p. 03-04.

[13] Cf. *Entenda as diferenças entre refúgio e asilo*, informação disponível no site eletrônico do Ministério da Justiça do Brasil, disponível em: http://www.justica.gov.br/noticias/entenda-as-diferencas-entre-refugio-e-asilo [consult. 29 abr. 2017].

[14] Ibidem.

está disposto na Convenção de Genebra de 1951 e no Protocolo de 31 de janeiro de 1967[15].

Segundo a Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, refugiado é o sujeito que em virtude de fundamentado temor de perseguição por nacionalidade, religião, etnia, grupo social e opiniões políticas, e estando fora de seu estado de origem nacional ou de residência habitual, não pode ou não quer a proteção desse país ou a ele regressar, motivado por esta perseguição. O requerente de asilo seria justamente o indivíduo que se declara como refugiado e pede a proteção de um estado terceiro, devendo, portanto, preencher os requisitos determinados na Convenção de Genebra de 1951 e passar por um processo de avaliação através dos procedimentos de asilo. Existem, ainda, grupos que, em massa, se deslocam devido à violência generalizada e conflitos armados, e não devido à perseguição individual. Estes grupos que fogem coletivamente em busca da proteção de um Estado terceiro são conhecidos como refugiados *prima facie*[16].

Existem requisitos elencados no art. 1º, Seção A, nº 1 e 2 da Convenção de Genebra de 1951 (Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados) a serem preenchidos para que um requerente de asilo venha a ser considerado refugiado, assim como existem excludentes de concessão de asilo, presentes no citado art. 1º, Seções D, E e F da mesma Convenção como estar sendo julgado por crimes que não sejam políticos ou atos contrários aos princípios e propósitos da ONU). Tanto os requisitos como as excludentes são analisados durante o processo para a concessão de asilo e obtenção do *status* de refugiado, sendo considerado por diversos autores, que é importante neste processo observar, o convencimento das autoridades locais do país receptor sobre a possibilidade da existência ou do surgimento de uma situação mais difícil a ser enfrentada pelo requerente[17]. Caso o resultado do processo seja positivo, o requerente passa a ser considerado efetivamente refugiado, ficando então o indivíduo sob a proteção do Estatuto do Refugiado.

O processo de análise de requerimento de asilo pode levar muito tempo, a depender de cada caso e de quem o requeira, muitas vezes causando transtor-

---

[15] Cf. *Política de Asilo*, informação disponível na página eletrônica do Parlamento Europeu, disponível em: http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.12.2.html [consult. 01 mai. 2017].

[16] MOREIRA, Vital; GOMES, Carla de Marcelino, *Compreender os direitos humanos: manual de educação para os direitos humanos*, Coimbra, Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos da FDUC, 2013, p. 505.

[17] HATHAWAY, James C, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 1.

nos diversos ao indivíduo em condição de espera[18]. Com a intenção de promover melhores condições para essas pessoas, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia estabeleceram a Diretiva de 2005 da UE[19]. Em 2011, com a Proposta de Alterações à Diretiva de 2005, feita pela Comissão Europeia, restou demonstrada a intenção de se promover um Sistema Europeu Comum de Asilo, tentando estabelecer maior proteção jurídica e garantias processuais aos requerentes de asilo e aos refugiados[20].

Àqueles requerentes de asilo para os quais é negada a aplicação do Estatuto de Refugiado há a possibilidade de devolução ao país de origem, contanto que esta devolução não viole as normas de não-repulsão (art. 33º da Convenção de Genebra de 1951) ou quaisquer dos outros mecanismos internacionais de proteção internacional subsidiária.

Há, ainda, o conceito de migrantes e as proteções internacionais a indivíduos que não possam ser enquadrados como refugiados por não preencherem os requisitos estabelecidos na Convenção de Genebra de 1951, mas estes não são objeto do presente estudo, e por opção didática, não serão tratados no presente trabalho.

2.3 O Artigo 18º da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia

Este artigo, em específico, trata da política do direito de asilo da União Europeia. De forma clara resta afirmado que, com fundamento e regulação encontrados tanto na Convenção de Genebra de julho de 1951 como no Protocolo anexo de 31 janeiro de 1967 – que tratam do Estatuto dos Refugiados e do Tratado que institui a Comunidade Europeia – é garantido o direito de asilo àqueles que assim o requisitem ao ingressar em solo pertencente aos países membros da UE.

Este artigo tem como base principal o art. 63 do Tratado da Comunidade Europeia. O citado dispositivo regula justamente que a UE deve obedecer à

---

[18] S/A, «Por que alguns imigrantes conseguem refúgio na Europa e outros não?», *BBC Brasil*, 10.09.2015 [consult. 01 mai. 2017], disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150910_imigrantes_recusa_tg.

[19] Cf. *Política de Asilo*, informação disponível na página eletrônica do Parlamento Europeu, disponível em: http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.12.2.html [consult. 01 mai. 2017].

[20] MOREIRA; GOMES, *Compreender os Direitos Humanos*, Op cit.

Convenção de Genebra e ao Protocolo anexo a esta no que tange à matéria sobre os refugiados[21].

Cabe destacar que as disposições presentes nos Protocolos anexos ao Tratado de Amsterdão, relativos à posição do Reino Unido, Irlanda e Dinamarca quanto à política de asilo destes países, são consideradas e levadas em conta sobre a forma em que o citado artigo lhes é aplicável[22].

2.4 O Artigo 19º da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia

Neste dispositivo, que trata da proteção em caso de afastamento, expulsão ou extradição, na alínea 1 se afirma taxativamente que são proibidas expulsões coletivas, e, na alínea 2, a Carta deixa explícito que ninguém pode ser afastado, expulso ou extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito à pena de morte, a tortura, ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes.

No que diz respeito ao número 1, o artigo traz a ideia encontrada no art. 4º do Protocolo nº 4 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), que expressamente e de forma objetiva diz que são proibidas as expulsões coletivas de estrangeiros. Neste quesito, para evitar que grupos de pessoas requerentes de asilo ou sob o status de refugiados sejam expulsas com base em uma medida única genérica, a Carta reitera a necessidade da análise individual do caso concreto[23].

Já o número 2 traz sua base no art. 3º da CEDH, que por sua vez fundamenta a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. O art. 3º trata da proibição da tortura e de penas e tratamentos desunamos ou degradantes. Dessa forma, caso o requerente de asilo ou o refugiado corra riscos de ser alvo das situações descritas no artigo, o Estado-Membro anfitrião está proibido de expulsá-lo.

Este artigo da Carta visa deixar estabelecido que países membros da União Europeia estão proibidos de proceder à expulsão coletiva de grupos que requeiram asilo ou já estejam sob *status* de refugiados, de forma genérica e sem qualquer fundamento específico para essa expulsão. Devem também os Estados-Membros obedecer a certos requisitos para proceder à extradição de indivíduo requerente de asilo ou já sob o status de refugiado: caso estes indivíduos corram

---

[21] CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Anotações Relativas ao Texto Integral da Carta*, Luxemburgo, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2001 [consult. 27 abr. 2017], disponível em: https://infoeuropa.eurocid.pt/files/database/000006001-000007000/000006824.pdf.

[22] Ibidem.

[23] CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Op cit.

risco ao serem devolvidos ao seu local de origem (seja para o país de onde são nacionais ou o local onde possuíam residência permanente), não há também a possibilidade de haver expulsão.

3. A atual "crise de refugiados" e suas implicações gerais para a União Europeia do ponto de vista migratório

A comunidade global vem acompanhando a história recente da chamada "crise de refugiados" que acomete a Europa – em especial os países pertencentes à União Europeia – nos últimos anos.

3.1 Cronologia recente

O conflito na Síria ocasionou uma fuga em massa de cidadãos desse país, que a partir do ano de 2011 passaram a se aglomerar em campos de refugiados nas fronteiras de países vizinhos, como Jordânia, Turquia e Líbano. Muitas destas pessoas conseguiam, diversas vezes contando com a "ajuda" ilegal de falsificadores de documentos e contrabandistas de seres humanos, se deslocarem para países fora do seu continente de origem. A maioria em direção à Europa[24].

Com o agravamento da guerra na Síria no final do ano de 2014, o avanço do Daesh (autodenominado "Estado Islâmico"), além da violência, fome e pobreza intensificadas em países do médio oriente e norte da África, o fluxo de migrantes em busca de reconhecimento do *status* de asilados e refugiados aumentou de forma quase descontrolada em direção ao continente europeu[25].

Em 2015, os campos de refugiados localizados nos países do médio oriente e do norte da África estavam em estado de superlotação: não havia condições de higiene, moradia e trabalho adequadas. Essa falta de dignidade de vida, além do medo constante de que a violência pátria os alcançasse, estimulou que essas pessoas passassem a migrar em massa em busca de melhores condições. O principal alvo deste fluxo migratório foram os países da União Europeia[26].

O ponto inicial de migração foram os países localizados à costa do Mar Mediterrâneo: Itália e Grécia. Utilizando barcos e algumas vezes rotas terrestres, milhões de pessoas chegavam nesses países e depois tentavam alcançar os países mais ao norte da Europa, a chamada "Rota dos Bálcãs". Dezenas de milhares de

---

[24] STEWART, Rachel, «Como começou a crise de refugiados na Europa». *Deutsche Welle*, 09 mar. 2017 consult. 23 abr. 2017], disponível em: http://www.dw.com/overlay/media/pt-br/como- come%C3%A7ou-a-crise-de-refugiados-na-europa/37871829/38296362.

[25] Ibidem.

[26] Ibidem.

pessoas perderam a vida durante a travessia em barcos superlotados, chamando a atenção do mundo para a crise humanitária que se desenrolava[27].

3.1.1 Impacto para a UE

O Espaço Schengen facilitava – e ainda facilita – o deslocamento interno na União Europeia, permitindo desde o início que os migrantes se movimentassem muitas vezes sem o controle dos agentes de fronteira, de forma que os Estados não conseguiam registrar a entrada e/ou saída dessas pessoas. Isto acarretou uma crise interna na UE, pois países que não possuíam fronteira externa, mas eram alvo dos migrantes, entenderam que sua segurança e economia estavam postas em risco[28].

Assim, os países que se encontravam nas fronteiras externas passaram a bloquear seus territórios com cercas em locais específicos, as leis que tratavam da concessão de asilo político foram endurecidas, e países pertencentes ao Espaço Schengen estabeleceram novas políticas para o controle de suas fronteiras. Enquanto isto ocorria, a Alemanha decidiu abrir suas fronteiras com o objetivo de fornecer ajuda humanitária aos migrantes. O governo alemão, na pessoa de sua Chanceler, Angela Merkel, foi duramente criticado, pois parte da comunidade europeia entendeu que esta atitude estimulava ainda mais que novos migrantes partissem em direção ao continente europeu. Em 2016, a própria Alemanha entendeu que havia necessidade de estabelecer controles temporários na fronteira com a Áustria[29].

3.1.2 Reação em Bruxelas

Diante de toda a polêmica gerada pelo fluxo de refugiados, a União Europeia, em Bruxelas, estabeleceu um "plano de ação" com a Turquia. Esse plano tinha o objetivo de criar estratégias para regular a situação migratória em massa cada vez mais descontrolada[30].

---

[27] KARAKOULAKI, Marianna; TOSIDIS, Dimitris, «Um ano após acordo UE-Turquia, migrantes mantém esperança», *Deutsche Welle*, 05 abr. 2017 [consult. 23 abr. 2017], disponível em: http://www.dw.com/pt-br/um-ano-após-acordo-ue-turquia-migrantes-mantêm-esperança/a-38296362.

[28] Ibidem.

[29] Ibidem.

[30] COSTA, Alexandre, «União Europeia dá €3000 milhões à Turquia para travar fluxo de migrantes», *Expresso*, 16 out. 2015 [consult. 23 abr. 2017], disponível em: http://expresso.sapo.pt/internacional/2015-10-16-Uniao-Europeia-da-3000-milhoes-a-Turquia-para-travar-fluxo-de-migrantes.

No início de 2016, em 18 de março, por fim, a União Europeia firmou acordo com a Turquia para conter e administrar o fluxo de refugiados, acordo esse aplicado já a partir de 20 de março do mesmo ano[31].

3.1.3 Situação Atual

No entanto, apenas um mês após firmarem o acordo, a Turquia ameaçou não cumpri-lo, já que o Parlamento Europeu entendeu que deveria "congelar" as negociações para a adesão da Turquia à UE, devido à política interna do país e acusações de violações de Direitos Humanos e leis de Direito Internacional contra o governo turco. A controvérsia de estendeu até o fim do ano de 2016[32].

Atualmente, as fronteiras turcas permanecem bloqueadas, mas a situação entre a UE e a Turquia permanece tensa. O presidente turco Recep Tayyipd Erdogan continua a fazer ameaças – algumas veladas, outras nem tanto – contra a UE, e esta continua a não permitir a entrada da Turquia no bloco europeu. Ainda em novembro de 2016, o presidente turco chegou a estimular que outros países da UE sigam os passos do Brexit[33].

Ainda assim, migrantes continuam a chegar ao continente europeu através de outras rotas alternativas, com a situação ainda preocupante tanto para a União Europeia como para os próprios povos que seguem em busca de condições dignas de vida[34].

4. O acordo UE-Turquia sobre o fluxo de refugiados

O polêmico acordo firmado entre União Europeia e Turquia tem como objetivo primordial a administração e contenção da migração em massa para o continente europeu que partem do território turco, origem da maior rota migratória de pessoas em situação irregular até então.

---

[31] S/A., «ONU acusa UE de violar direitos humanos com expulsões coletivas», *Agência EFE*, 10 mar. 2016 [consult. 23 abr. 2017], disponível em: http://www.efe.com/efe/portugal/portada/onu-acusa-ue-de-violar-direitos-humanos-com-expuls-es- coletivas/50000438-2864310#.

[32] SANTANA, Sofia, «Refugiados: Turquia ameaça cancelar acordo com EU» *TVI24*, 18 abr. 2016 [consult. 23.04.2017], disponível em: http://www.tvi24.iol.pt/internacional/mevlut-cavusoglu/refugiados-turquia- ameaca-cancelar-acordo-com-ue.

[33] PINHO, Ágata, «Turquia ameaça abrir fronteiras para permitir a passagem de migrantes», *Revista Pontos de Vista*, 25 nov. 2016 [consult. 23 abr. 2017], disponível em: https://pontosdevista.pt/2016/11/25/turquia-ameaca-abrir-fronteiras-passagem-migrantes/.

[34] KARAKOULAKI; TOSIDIS, *Um ano após acordo UE-Turquia*, Op cit.

4.1 Fatos

A União Europeia voltou seus olhos para o problema da imigração em massa especialmente com o avanço do fluxo migratório de grupos de pessoas provenientes de países em situações de conflito armado e violência generalizada, como Síria, Iraque e Afeganistão. A preocupação não era apenas pelo impacto social, econômico e político, mas em relação à segurança interna e às condições em que essas pessoas se lançavam e se expunham a altos riscos para chegar às fronteiras dos Países-Membros da União Europeia[35].

Com o drama humano que se desenrolava e os olhos da comunidade global voltados para a forma com a qual a Europa lidava com esse problema, a Comissão Europeia estabeleceu em 13 de maio de 2015 uma Agenda Europeia da Migração, onde informava ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões a necessidade de que todos os intervenientes da União Europeia trabalhassem em conjunto para aplicarem uma política europeia comum relativa à migração[36]. Neste documento, eram previstos acordos com Estados terceiros em busca de regular esse fluxo migratório, criando mecanismos de organização e administração[37].

A Turquia – país que há pelo menos 11 anos está em negociações com a União Europeia para ser aceito como Estado-Membro desta – apresentou proposta em que se comprometia a firmar parceria com a UE para regular esse fluxo migratório irregular. A UE então abriu espaço para conversações acerca de um projeto que viria a ser concretizado como um acordo bilateral[38].

Entre outras matérias, a UE previa que os migrantes que chegassem de forma ilegal à Grécia e não pedissem asilo (ou o fizessem sem fundamentos segundo a lei da UE e este lhes fosse negado), poderiam ser expulsos e enviados à Turquia, e esta por sua vez se comprometia em endurecer a fiscalização de suas fronteiras e a atividade de traficantes de seres humanos, e por isso receberia compensações políticas e financeiras, além de quê para cada migrante devolvido à Turquia, um refugiado sírio seria aceito diretamente da Turquia para a UE.

---

[35] Sobre esta matéria consultar a Declaração UE-Turquia de 18 de março de 2016, disponível em: http://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/ [consult. 03 mai. 2017].

[36] COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Agenda Europeia de Migração*, COM(2015) 240 final, de 13 mai. 2015 [consult. 03 mai. 2017], disponível em: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/communication_on_the_european_agenda_on_migration_pt.pdf.

[37] Ibidem.

[38] MARTINS, Nuno André; SANTOS, Miguel, «União Europeia chega a acordo com a Turquia sobre o mecanismo de refugiados», *Observador*, 18 mar. 2016 [consult. 23 abr. 2017], disponível em: http://observador.pt/2016/03/18/europa-chega-acordo-turquia/.

Ainda, havia a promessa de que o Parlamento Europeu analisaria menos rigidamente o pedido da Turquia para ingressar na UE, e a concessão de vistos a cidadãos turcos para ingressarem na UE seria facilitada. A Turquia se comprometia, também, a tratar com dignidade e respeito às leis internacionais de Direitos Humanos todos os migrantes devolvidos a seu território. Esse acordo, que segundo o Conselho Europeu tem um caráter temporário e extraordinário e o objetivo de acabar com o sofrimento humano e restaurar a ordem pública[39], foi duramente criticado por organizações ligadas aos Direitos Humanos[40] e pela ONU[41].

Já em 20 de março de 2016 o acordo passou a ser aplicado e campos de refugiados na Grécia foram evacuados e migrantes que chegavam viam seu acesso bloqueado[42].

No entanto, a forma com que a Turquia lidava com sua política interna e os flagrantes desrespeitos aos direitos humanos praticados naquele país fez com que o Parlamento Europeu condenasse as práticas turcas e acusasse aquele Estado de descumprir requisitos encontrados no acordo no que dizia respeito à obediência às normas de direito internacional. Ficou decidido então que as negociações entre a UE e a Turquia para que esta se tornasse um País-Membro do bloco europeu ficariam suspensas e os pedidos de vistos de cidadãos turcos não receberiam mais tratamento especial[43].

Em contrapartida, a Turquia acusou a União Europeia de não cumprir sua parte do acordo[44]. Em retaliação, passou a ameaçar abrir novamente suas fronteiras e a cancelar unilateralmente o acordo, e com o desenrolar dos eventos atuais na Turquia relativos à política interna e respeito aos direitos humanos e

---

[39] MARTINS; SANTOS, *União Europeia chega a acordo com a Turquia*, Op cit.

[40] SIZA, Rita, «Acordo sobre o fluxo de refugiados entre a UE e a Turquia é uma "não solução"», *Público*, 08 mar. 2016 [consult. 23 abr. 2017], disponível em: https://www.publico.pt/2016/03/08/mundo/noticia/ue-e-turquia-mais-perto-de-um-acordo-sobre-fluxo- de-refugiados-1725513.

[41] S/A, *ONU acusa UE de violar direitos humanos com expulsões coletivas*, Op cit.

[42] BIANCHINI, Lucy, *Grécia evacua campo de migrantes na fronteira com a Macedônia*, [consult. 23 mai. 2017], disponível em: http://www.arquivointernacional.com/2016/03/26/arquivodenoticias262/.

[43] SANTIAGO, David, «PE aprova "suspensão temporária" das negociações de adesão da Turquia à UE», *Jornal de Negócios*, 24 nov. 2016 [consult. 25 abr. 2017], disponível em: http://www.jornaldenegocios.pt/economia/europa/uniao-europeia/detalhe/pe-aprova-suspensao-temporaria-das-negociacoes-de-adesao-da-turquia-a-ue.

[44] Ibidem.

normas de direito internacional, o acordo para o fluxo de refugiados estabelecido se encontra abalado e em vias de rompimento[45].

4.2 Repercussão

Como demonstrado, houve – e ainda há – grande controvérsia pelo acordo estabelecido entre União Europeia e Turquia.

Tanto organismos internacionais, caso da Anistia Internacional[46], da ONU[47] e da ACNUR[48], por exemplo, quanto parlamentares dos Estados-Membros da UE, como a eurodeputada Ana Gomes[49], questionam não só a validade do acordo, por considerarem que este vai de encontro às normas da própria UE (especificamente os artigos 18º e 19º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) e normas de direito internacional, mas também sua eficácia concreta e o fato de ter sido estabelecido com um país como a Turquia, conhecido pela política interna controversa e a prática reiterada de violação aos direitos humanos.

4.3 Análise jurídica

Do ponto de vista jurídico, para se chegar a uma decisão quanto à efetiva possível violação de normas de Direito Internacional e de Direitos Humanos usados como base para os artigos 18º e 19º da Carta, é necessária que se faça uma análise ponto a ponto do conteúdo do acordo.

Logo de início, feita uma análise geral dos termos mais controversos do acordo, fica clara a tentativa – ao menos teórica – da União em utilizar todo tipo de recurso para proteger as normas internacionais, através de plano de ação que prevê a criação de postos de análise de pedidos de migrantes, com o fim de criar

---

[45] S/A, «Turquia ameaça cancelar unilateralmente acordo migratório com União Europeia», *Lusa/DN*, 15 mar. 2017 [consult. 25 abr. 2017], disponível em: http://www.dn.pt/mundo/interior/turquia-ameaca-cancelar-unilateralmente- acordo-migratorio-com-uniao-europeia-5727567.html.

[46] ANISTIA INTERNACIONAL, *Retornos forçados de pessoas refugiadas e requerentes de asilo da UE para a Turquia são irresponsáveis e ilegais*, 03 jun. 2016 [consult. 25 abr. 2017], disponível em: <https://anistia.org.br/noticias/retornos-forcados-de-pessoas-refugiadas-e-requerentes-de-asilo--da-ue-para-turquia-sao-irresponsaveis-e- ilegais/>.

[47] S/A, *ONU acusa UE de violar direitos humanos com expulsões coletivas*, Op cit.

[48] S/A, «ACNUR diz que acordo UE-Turquia pode violar leis internacionais», *Deutsche Welle*, 08 mar. 2016 [consult. 25 mai. 2017], disponível em: http://www.dw.com/pt-br/acnur-diz-que-acordo-ue-turquia-pode-violar-leis-internacionais/a-19102227.

[49] S/A, «Acordo UE-Turquia é "ilegal, imoral e impraticável", defende Ana Gomes», *Lusa*, 03 abr. 2016 [consult. 25 mai. 2017], disponível em: http://www.dn.pt/mundo/interior/acordo-ue-turquia-e-ilegal-imoral-e-impraticavel- defende-ana-gomes-5108392.html.

celeridade nos processos e fazer uma triagem eficaz daqueles que de fato poderiam ser enquadrados como refugiados[50]. Da mesma maneira, o investimento pecuniário feito à Turquia objetivava dar condições dignas aos migrantes que fossem devolvidos àquele país[51].

Também em teoria, o controle e bloqueio das fronteiras visava estritamente interrupção das rotas usadas pelos traficantes de seres humanos, dificultando assim a atuação destes. O uso de forças da OTAN e de agentes da Frontex não seria feito de forma agressiva contra os migrantes, mas sim contra os traficantes, em tentativa de inibir estes migrantes de seguir nestas rotas e serem convencidos a fazer as travessias de forma irregular. As pessoas em rota de migração teriam seus pedidos analisados da forma devida, inclusive com contratação de novos peritos para que não houvesse a morosidade nos processos como ocorria na Grécia em momento pré-acordo, recebendo este país, para isto, auxílio da UE para lidar com a crise que atinge especialmente suas fronteiras[52].

Está previsto no acordo que não será negado de imediato o pedido de asilo aos migrantes que assim o desejarem, e que serão analisados caso a caso os pedidos e apenas aqueles migrantes que não o fizerem ou tenham esse pedido negado é que serão devolvidos à Turquia de forma também individualizada, e não de forma genérica e sem fundamento legal. Este ponto teve o cuidado de evitar a violação do princípio da não-repulsão[53], inclusive com alteração da legislação grega a fim de que este país estivesse em concordância com os requisitos de "país terceiro seguro" e "primeiro país de asilo seguro". Foi também prevista a criação de diversos comitês para análise dos pedidos de asilo, para que não apenas os processos tenham todas as fases respeitadas e sejam analisados da forma devida, mas que isto ocorra de forma célere[54].

Ainda, a Turquia se comprometeu a modificar sua legislação interna, com criação de normas protetivas voltadas aos migrantes sírios em regresso, e deixaram o diálogo aberto para estender essa proteção a migrantes de outras nacionalidades. Assegurava, assim, que iria cumprir requisitos vinculados às normas internacionais relativas aos direitos humanos e a conceder condições dignas aos migrantes que retornem ao seu território.

---

[50] COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho. Primeiro relatório sobre os progressos realizados na aplicação da Declaração UE-Turquia*, COM(2016) 231 final, de 20 abr. 2016 [consult. 03 jun. 2017], disponível em: https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/PT/1-2016-231-PT-F1-1.PDF.

[51] Ibidem.

[52] Ibidem.

[53] Ibidem.

[54] Ibidem.

O polêmico programa "um por um", em que um migrante em situação irregular é devolvido à Turquia em troca de outro requerente de asilo sírio (que preencha os requisitos para concessão de refúgio), que é encaminhado a um dos Estados-Membros da União, também vem sendo aplicado. Para possibilitar a realocação, os Estados-Membros se comprometeram a receber um número determinado de pessoas e criar condições de inserção destas na sociedade. A Turquia, por sua vez, através do auxílio pecuniário recebido, criaria em seu território condições dignas semelhantes[55].

A Comissão Europeia não se isentou de analisar a atuação turca e seus esforços para cumprir sua parte no acordo, formulando relatórios e cobrando daquele Estado o efetivo cumprimento dos termos[56].

Entretanto, quando da efetiva aplicação do acordo a partir de 20 de março de 2016, organismos internacionais e até mesmo meios de comunicação verificaram que na Grécia, por exemplo, os que conseguem ultrapassar a fronteira são mantidos em condições desumanas e insalubres, e grande parte dos migrantes que chegam não possuem acesso ao território grego, de forma generalizada, sendo expulsos imediatamente. Os pedidos de asilo não estariam, assim, sendo efetivamente analisados e as expulsões em massa estariam ocorrendo. Cabe destacar que migrantes que requisitam asilo, mesmo que não consigam proteção sob o manto do Estatuto do Refugiado, podem obter outros tipos de proteção internacional e esta análise não lhes pode ser negada[57].

O risco de criação de novas rotas de migração e a deterioração da situação dos migrantes, que apenas ficaria ainda mais insalubre e perigosa, agora com as forças militares europeias também agindo para impedir seu acesso ao território da União, tanto pela via terrestre como marítima também é outro agravante com relação à execução do acordo[58]. Crítica que se mostra realista, com a chegada e o resgate de migrantes em outros países da União, por via marítima, que manteve

---

55 COM(2016) 231 final.

56 COMISSÃO EUROPEIA, *Gerir a crise dos refugiados: Comissão apresenta relatório sobre a aplicação do plano de ação conjunto UE-Turquia*, Comunicado de Imprensa, Bruxelas, 10 fev. 2016 [consult. 03 jun. 2017], disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-268_pt.htm.

57 AMNESTY INTERNATIONAL, *A blueprint for despair. Human Rights Impacto of the EU-Turkey Deal*, London, Amnesty International Ltd, 2017 [consult. 03 jun. 2017], disponível em: http://amnistia.pt/images/Noticias/Fevereiro_2017/AIbriefing_A_Blueprint_for_Despair_Human_rightspact_of_the_EU-Turkey_deal.pdf.

58 DELFIM, Rodrigo Borges, «Acordo Turquia-UE deve piorar situação dos migrantes rumo à Europa», MigraMundo, 31 mar. 2016 [consult. 03 jun. 2017], disponível em: http://migramundo.com/acordo-turquia-ue-e-repudiado-por-entidades-e-deve-piorar-situacao-dos-migrantes-rumo-a-europa/.

sem alteração considerável, até o final de 2016, os números absolutos de fluxo de refugiados[59].

A Turquia, em especial, também não estaria cumprindo sua parte no que diz respeito à obediência ao tratamento humano e concessão de qualidade de vida aos migrantes devolvidos. Existem denúncias de expulsão de migrantes, de campos de refugiados sírios em condições desumanas, de não inserção desses migrantes à sociedade e de má gerência quanto ao controle de atuação de traficantes de seres humanos e administração dos pedidos de asilo em território turco, dentre outras violações de normas internacionais e de direitos humanos[60].

Por fim, apesar de argumentar que o acordo teria validade passageira, há na comunidade internacional a desconfiança de que o objetivo real deste é tornar a Turquia – ao menos no papel – um Estado considerado como um país terceiro seguro[61]. Assim, a UE cortaria a rota migratória através daquele país e não seria mais obrigada a receber pedidos de asilo de migrantes provenientes daquele local, já que estaria obedecendo às normas comunitárias que preveem que migrantes que se encontrem em países terceiros seguros não possuem direito de pedir asilo à União, e sim ao país terceiro seguro onde se encontrem[62].

Desta forma, através de um exame global, em teoria, resta constatado que os termos do acordo realmente não violariam os citados artigos da Carta e nem normas de Direito Internacional e de Direitos Humanos. O problema não se encontraria, então, na normatividade e sim na aplicação do acordo. A execução deste, sim, deve ser matéria de profunda análise e estudo, com o fim de estabelecer se há chance real de que seja cumprido e de que maneira isto pode acontecer, do ponto de vista logístico.

5. Conclusão

Assim é que, através de uma breve análise jurídica realizada neste trabalho, se percebe que o acordo firmado entre União Europeia e Turquia tem o caráter de acordo bilateral sob a égide das normas de Direito Internacional

[59] S/A, «Fluxo de refugiados que chega ao Mediterrâneo mantém ritmo constante», Esquerda.Net, 01 set. 2016 [consult. 03 jun. 2017], disponível em: http://www.esquerda.net/artigo/fluxo-de-refugiados-que-chega-ao-mediterraneo-mantem-ritmo-constante/44283.

[60] AMNESTY INTERNATIONAL, *A blueprint for despair*, Op cit.

[61] AMNISTIA INTERNACIONAL. *Cimeira entre UE e Turquia: Não lavem as mãos da crise dos refugiados*, 07 mar. 2016 [consult. 03 jun. 2017], disponível em: http://amnistia.pt/index.php/o-que-fazemos/as-nossas-campanhas/refugiados/2015-09-14-16-44-02/2375-2016-03-04-18-47-03.

[62] Sobre ver: Diretiva 2013/32/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de junho de 2013 relativa a procedimentos comuns de concessão e retirada do estatuto de proteção internacional (reformulação), disponível em:https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0032&from=PT

Público, além de normas de caráter "interno" de Direito da União Europeia: em teoria, o objetivo do acordo seria combater o tráfico humano, a imigração irregular e permitir melhores condições humanitárias aos que estejam efetivamente em situação que os permitam receber o *status* de refugiados, evitando também que possíveis terroristas adentrem o território da União através dessas rotas de migração em massa.

Do ponto de vista estritamente jurídico, o conteúdo estabelecido no acordo em si não viola normas de direito internacional ou da UE. No entanto, a sua execução deixa a desejar, pois está vinculada à discricionariedade e soberania estatal turca, que sistematicamente viola normas de Direito Internacional, além dos princípios norteadores de Direitos Humanos previstos nas Convenções de Genebra.

Além disso, a própria UE não parece possuir condições logísticas e administrativas para analisar efetivamente cada caso dos milhões de migrantes que chegam através das fronteiras turcas, com o agravante de fechar campos de refugiados que os acolhiam, bloqueando fronteiras e impedindo o acesso destes aspirantes a refugiados. Neste sentido, é possível se falar de violação das normas internacionais anteriormente citadas.

Demonstra ser acertada a decisão do Parlamento Europeu quanto à interrupção de negociações com a Turquia sobre seu processo de entrada na União Europeia com fundamento em descumprimento unilateral de artigos do acordo, entretanto, a União já possuía ciência das condições de política interna turca, e era previsto que a possibilidade de real cumprimento das regras acordadas fosse quase utópica. Isto permite afirmar que as críticas quanto ao estabelecimento do acordo com aquele país em primeiro lugar, que já colocavam em descrédito sua fiel execução, eram válidas e corretas, pois na prática de fato se comprovaram.

As rotas utilizadas pelos migrantes e traficantes de seres humanos perpassam por países terceiros que possuem política interna controversa diante da comunidade internacional, com diversas denúncias de violações de Direitos Humanos. A União Europeia em si não possui competência para interferir na soberania de países terceiros, ficando atrelada à boa fé destes e a sanções políticas que muitas vezes se mostram ineficazes, quando da tentativa de estabelecimento de acordos bilaterais que envolvam a crise de refugiados.

Não basta, dessa forma, que o acordo estabelecido tenha previsto e esteja em concordância, em teoria, com os artigos 18º e 19º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Mesmo a existência de previsão de sanções (essencialmente políticas) em caso de descumprimento das normas acordadas já demonstrou ser insuficiente, quando este acordo é estabelecido com um Estado que não possui qualquer crédito em relação ao respeito e cumprimento de normas de Direito Internacional e Direitos Humanos.

Resta então à UE, quanto ao problema do fluxo migratório em massa, estabelecer condições fronteiriças e internas de acolhimento humano e investigação eficaz que permita aos migrantes uma análise rápida, mas justa, de seus pedidos, filtrando situações de migração irregular comum. Do ponto de vista político, econômico e social é tarefa extremamente difícil, e seriam necessários estudos e análises que ultrapassam o objeto deste trabalho. Do ponto de vista jurídico, devem ser aplicadas todas as condições possíveis para que as normas de Direito Internacional, da União Europeia e de Direitos Humanos sejam respeitadas. Para além da formulação e previsão da presença dessas normas nos projetos para regularização de fluxo migratório, deve haver especial atenção à execução do previsto em teoria. Carece a matéria de uma multidisciplinariedade, com diversos setores da comunidade europeia e dos países membros envolvidos em reinventar e vislumbrar uma nova UE que abarque essa migração e controle suas fronteiras sem perder o foco na dicotomia do equilíbrio e segurança internos *versus* "moral humanitária" e respeito aos Direitos Internacional e Humanos.

Isto posto, a termo há a constatação que não basta ao Direito regular, é preciso também haver o controle da sua execução, pois normas que não possuem eficácia perdem sua razão de ser. Da mesma forma, um acordo que em teoria protege Direitos Humanos, mas em sua execução viola esses direitos, também acaba por se tornar não apenas inócuo, mas efetivamente irregular e violador dos direitos fundamentais que buscava salvaguardar.

Bibliografia

AMNESTY INTERNATIONAL, *A blueprint for despair. Human Rights Impacto of the EU-Turkey Deal*, London, Amnesty International Ltd, 2017 [consult. 03 jun. 2017], disponível em: http://amnistia.pt/images/Noticias/Fevereiro_2017/AIbriefing_A_Blueprint_for_Despair_Human_rightspact_of_the_EU-Turkey_deal.pdf.

AMNISTIA INTERNACIONAL. *Cimeira entre UE e Turquia: Não lavem as mãos da crise dos refugiados*, 07 mar. 2016 [consult. 03 jun. 2017], disponível em: http://amnistia.pt/index.php/o-que-fazemos/as-nossas-campanhas/refugiados/2015-09-14-16-44-02/2375-2016-03-04-18-47-03.

ANISTIA INTERNACIONAL, *Retornos forçados de pessoas refugiadas e requerentes de asilo da UE para a Turquia são irresponsáveis e ilegais*, 03 jun. 2016 [consult. 25 jun. 2017], disponível em: <https://anistia.org.br/noticias/retornos-forcados-de-pessoas-refugiadas-e-requerentes-de-asilo-da-ue-para-turquia-sao-irresponsaveis-e- ilegais/>.

BIANCHINI, Lucy, *Grécia evacua campo de migrantes na fronteira com a Macedônia*, [consult. 23 abr. 2017], disponível em: http://www.arquivointernacional.com/2016/03/26/arquivodenoticias262/.

COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Agenda Europeia de Migração*, COM(2015) 240 final, de 13 mai. 2015 [consul. 03 mai. 2017], disponível em: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/communication_on_the_european_agenda_on_migration_pt.pdf.

COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho. Primeiro relatório sobre os progressos realizados na aplicação da Declaração UE-Turquia*, COM(2016) 231 final, de 20 abr. 2016 [consult. 03 jun. 2017], disponível em: https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/PT/1-2016-231-PT-F1-1.PDF.

COMISSÃO EUROPEIA, *Gerir a crise dos refugiados: Comissão apresenta relatório sobre a aplicação do plano de ação conjunto UE-Turquia*, Comunicado de Imprensa, Bruxelas, 10 fev. 2016 [consult. 03 jun. 2017], disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-268_pt.htm.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Anotações Relativas ao Texto Integral da Carta*, Luxemburgo, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2001 [consult. 27 abr. 2017], disponível em: https://infoeuropa.eurocid.pt/files/database/000006001-000007000/000006824.pdf.

COSTA, Alexandre, «União Europeia dá €3000 milhões à Turquia para travar fluxo de migrantes», *Expresso*, 16 out. 2015 [consult. 23 abr. 2017], disponível em: http://expresso.sapo.pt/internacional/2015-10-16-Uniao-Europeia-da-3000-milhoes-a-Turquia-para-travar-fluxo-de-migrantes.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza, «Asilo diplomático e refúgio: especificidades, semelhanças e um breve estudo de caso», in *Direito internacional em expansão: volume 3*, Clodoaldo Silva da Anunciação; Wagner Menezes; Gustavo Menezes Vieira (orgs.), Belo Horizonte, Arraes Editores, 2014.

DELFIM, Rodrigo Borges, «Acordo Turquia-UE deve piorar situação dos migrantes rumo à Europa», MigraMundo, 31 mar. 2016 [consult. 03 jun. 2017], disponível em: http://migramundo.com/acordo-turquia-ue-e-repudiado-por-entidades-e-deve-piorar-situacao-dos-migrantes-rumo-a-europa/.

HATHAWAY, James C, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

JALES, Lycia Cibely Porto, «A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia como Ponto de Referência nas Políticas da União», *Revista Âmbito Jurídico,* XVIII, n. 142, nov 2015 [consult. 02 mai. 2017], disponível em: http://www.ambito- juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15824&revista_caderno=29K

KARAKOULAKI, Marianna; TOSIDIS, Dimitris, «Um ano após acordo UE--Turquia, migrantes mantém esperança», *Deutsche Welle*, 05 abr. 2017 [consult. 23 abr. 2017], disponível em: http://www.dw.com/pt-br/um-ano-após-acordo--ue-turquia-migrantes-mantêm-esperança/a-38296362.

MARTINS, Nuno André; SANTOS, Miguel, «União Europeia chega a acordo com a Turquia sobre o mecanismo de refugiados», *Observador*, 18 mar. 2016 [consult. 23 abr. 2017], disponível em: http://observador.pt/2016/03/18/europa--chega-acordo-turquia/.

MOREIRA, Vital; GOMES, Carla de Marcelino, *Compreender os direitos humanos: manual de educação para os direitos humanos*, Coimbra, Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos da FDUC, 2013.

PINHO, Ágata, «Turquia ameaça abrir fronteiras para permitir a passagem de migrantes», *Revista Pontos de Vista*, 25 nov. 2016 [consult. 23 abr. 2017], disponível em: http://www.tvi24.iol.pt/internacional/mevlut-cavusoglu/refugiados-turquia-ameaca-cancelar-acordo- com-ue.

RAMOS, Rui Manuel Moura, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a Proteção dos Direitos Fundamentais* [consult. 02 mai. 2017], disponível em: http://www.defensesociale.org/02/17.pdf.

S/A, «ACNUR diz que acordo UE-Turquia pode violar leis internacionais», *Deutsche Welle*, 08 mar. 2016 [consult. 25 mai. 2017], disponível em: http://www.dw.com/pt-br/acnur-diz-que-acordo-ue-turquia-pode-violar-leis-internacionais/a-19102227.

S/A, «Acordo UE-Turquia é "ilegal, imoral e impraticável", defende Ana Gomes», *Lusa*, 03 abr. 2016 [consult. 25 mai. 2017], disponível em: http://www.dn.pt/mundo/interior/acordo-ue-turquia-e-ilegal-imoral-e-impraticavel- defende-ana-gomes-5108392.html.

S/A, «Fluxo de refugiados que chega ao Mediterrâneo mantém ritmo constante», Esquerda.Net, 01 set. 2016 [consult. 03 jun. 2017], disponível em: http://

www.esquerda.net/artigo/fluxo-de-refugiados-que-chega-ao-mediterraneo--mantem-ritmo-constante/44283.

S/A, «Por que alguns imigrantes conseguem refúgio na Europa e outros não?», *BBC Brasil*, 10.09.2015 [consult. 01 mai. 2017], disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150910_imigrantes_recusa_tg.

S/A, «Turquia ameaça cancelar unilateralmente acordo migratório com União Europeia», *Lusa/DN*, 15 mar. 2017 [consult. 25 abr. 2017], disponível em: http://www.dn.pt/mundo/interior/turquia-ameaca-cancelar-unilateralmente-acordo-migratorio-com-uniao-europeia-5727567.html.

S/A., «ONU acusa UE de violar direitos humanos com expulsões coletivas», *Agência EFE*, 10 mar. 2016 [consult. 23 abr. 2017], disponível em: http://www.efe.com/efe/portugal/portada/onu-acusa-ue-de-violar-direitos-humanos-com--expuls-es- coletivas/50000438-2864310#.

SANTANA, Sofia, «Refugiados: Turquia ameaça cancelar acordo com EU» *TVI24*, 18 abr. 2016 [consult. 23 abr. 2017], disponível em: http://www.tvi24.iol.pt/internacional/mevlut-cavusoglu/refugiados-turquia- ameaca-cancelar-acordo-com-ue.

SANTIAGO, David, «PE aprova "suspensão temporária" das negociações de adesão da Turquia à UE», *Jornal de Negócios*, 24 nov. 2016 [consult. 25 abr. 2017], disponível em: http://www.jornaldenegocios.pt/economia/europa/uniao-europeia/detalhe/pe-aprova-suspensao-temporaria-das-negociacoes-de-adesao-da--turquia-a-ue.

SIZA, Rita, «Acordo sobre o fluxo de refugiados entre a UE e a Turquia é uma "não solução"», *Público*, 08 mar. 2016 [consult. 23 abr. 2017], disponível em: https://www.publico.pt/2016/03/08/mundo/noticia/ue-e-turquia-mais-perto-de-um-acordo-sobre-fluxo- de-refugiados-1725513.

SOARES, António Goucha, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: A protecção dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

STEWART, Rachel, «Como começou a crise de refugiados na Europa». *Deutsche Welle*, 09 mar. 2017 [consult. 23 abr. 2017], disponível em: http://www.dw.com/overlay/media/pt-br/como- come%C3%A7ou-a-crise-de-refugiados--na-europa/37871829/38296362.

DIREITO DOS REFUGIADOS NO BRASIL: A EFETIVIDADE SOB UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA, LEGISLATIVA E DE DADOS DA ATUAL CONJUNTURA

Moisés SIQUEIRA DA SILVA COSTA[1]
Régis Willian DA SILVA ANDRADE[2]

1. Introdução

A temática do refúgio parece estar constantemente nos noticiários mundiais. Usualmente representado por pessoas desesperadas em fuga do seu país assolado por conflitos violentos. Atualmente, pessoas sírias são os rostos mais famosos, mas já foram ruandenses ou judeus, entre tantos outros. A necessidade de refúgio é constante, embora varie geograficamente de região e motivações políticas.

Essa realidade oferece desafios específicos, afinal são pessoas que saem de seu local de origem e buscam acolhida em outros países. O desafio para o Direito Internacional é como atuar sob o trânsito de cidadãos ente os países, principalmente quando diferentes países buscam impedir a entrada de possíveis

[1] Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto; Pós-Graduando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM/MG); http://lattes.cnpq.br/7477793590602736; itamobs@hotmail.com

[2] Doutor em Direito Constitucional; Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM/MG), http://lattes.cnpq.br/3817170289306025; Bolsista CAPES, Pós Doutorando em Direito Constitucional, regis@jansennogueira.adv.br

refugiados através da alegação de que não há estrutura no país para a recepção das pessoas. Notoriamente, a Europa passou por essa discussão nos últimos anos devido ao alto número de refugiados árabes e africanos (DANISH REFUGEE COUNCIL, 2016). Todavia, há pessoas refugiadas em diferentes regiões do mundo, por isso não é só uma temática europeia.

Frente a esse desafio contemporâneo, nosso questionamento é de como o Brasil se insere no mesmo. O país é tradicionalmente um signatário das Convenções internacionais, não sendo indiferente no caso das Convenções e Tratados de proteção aos refugiados. Todavia reconhecemos que, em diferentes instâncias, há distância entre o que é proposto e a realidade.

Por isso, cremos que para a compreensão do tópico é necessário perpassar diferentes campos de debate. Iniciamos com o panorama histórico sobre como o refúgio surgiu no cenário político internacional depois das duas Guerras Mundiais. Igualmente, apresentamos brevemente as organizações internacionais criadas para atuar na problemática e as estratégias principais para a resolução. A partir do que foi apresentado, nos voltamos para o Brasil, onde abordamos a evolução da abertura nacional para refugiados, desde até a década de 1950 até 1990. Em 1997, há um dos momentos mais significativos do debate sobre refúgio no país, com a promulgação da Lei 9.474. A partir da discussão sobre a lei, finalizamos com o debate sobre a situação atual dos refugiados no Brasil e se a nova Lei da Imigração, Lei 13.445, que influencia a mesma.

Para tanto, a metodologia utilizada foi a de revisão histórica e bibliográfica, bem como a análise dos dados oficiais de diversos órgãos, nacionais e internacionais, responsáveis pelo presente objeto. Utilizando-se de uma análise hipotético-dedutiva, a fim de apurar a efetividade do instituto na proteção do presente grupo no Brasil.

2. Panorama histórico do Estatuto de Refúgio

A busca de indivíduos descolados por proteção em outros Estados é um marco constante da história mundial, tendo relatos desde a Grécia Antiga (BAR-

TELEGA, 2007, p. 06). Inicialmente sob a nomenclatura de asilo[3], entendido como a concessão de permanência de indivíduos perseguidos pelos seus Estados em outros países, o termo refúgio juridicamente foi estabelecido no início do século XX, na Liga das Nações. Os Estados percebiam positivamente a acolhida de indivíduos economicamente ativos, o que resultou em políticas de integração na sociedade (ACNUR, 2000, p. 03).

Durante a Primeira Guerra Mundial, ocorreu um dos principais fluxos migratório forçados do início do século. Até aquele momento, acreditava-se ser um fenômeno temporário, logo as soluções utilizadas foram de caráter coletivo e pontual. Os casos eram específicos sobre determinadas nacionalidades, como, por exemplo, belgas e sérvios que se direcionavam à França e Albânia devido aos conflitos (ANDRADE, 1996, p. 21). Neste período foram identificadas políticas nacionalistas que restringiam a imigração e dificultaram o gerenciamento dos deslocados (BARTELEGA, 2007, p. 08).

Após o fim da Primeira Guerra, foi ciada a Liga das Nações, organismo internacional que precedeu a Organização das Nações Unidas (ONU). Criada em abril de 1919 em razão da Conferência de Paz de Paris, tinha como objetivo a promoção da paz entre os Estados. A organização igualmente iniciou trabalhos para administração e solução da problemática dos refugiados da guerra. A Liga realizou um processo de institucionalização do refúgio, por atuar no tema através da criação de instituições e marcos jurídicos.

Andrade (1996, p. 05) aponta que o Direito Internacional dos Refugiados, possuía duas vertentes na Liga das Nações. A primeira, institucional, baseou-se justamente na criação de organizações para gerirem a agenda do refúgio. Já a segunda vertente foi contratual, focada na formulação de documentos internacionais para estabelecer o conceito de refugiado, seus direitos e obrigações.

Todavia o trabalho realizado pela organização manteve o caráter coletivo ao determinar o refúgio a partir da nacionalidade. Eram de tal forma, igualmente, históricos, por focar somente em refugiados russos que experenciavam o fluxo migratório forçado devido a Revolução Bolchevique em 1921. Devido a esse acontecimento criaram o Alto Comissariado para Refugiados Russos, o qual foi expandido para atender turcos e assírios. Um detalhe da Liga é sua temporarie-

[3] Asilo é conceituado como acolhimento de indivíduo estrangeiro perseguido em outro Estado por razões de perseguição política individualizada. Segundo o Ministério da Justiça e Segurança Pública a diferença do asilo para o refúgio, no caso brasileiro, é o benefício de passaporte que permite a circulação além da fronteira brasileira, não existem cláusulas de cessação, perda ou exclusão, possuí efeito constitutivo e é uma medida de caráter político. Enquanto que o refúgio possuí caráter humanitário, tem efeito declaratório e cláusulas de cessação, perda ou exclusão, resultado da Convenção Internacional sobre Estatuto dos Refugiados de 1951, [consult. 27.03.2013], disponível em: http://www.justica.gov.br/noticias/entenda-as-diferencas-entre-refugio-e-asilo.

dade, já que suas instituições tinham prazo de existência, o Alto Comissariado, por exemplo, foi extinto em 1931.

Em 1930 é fundado o Escritório Internacional Nassen para Refugiados, o qual já tinha data de extinção prevista para 1939. O objetivo seria a realização de ações humanitárias para refugiado, porém a crise econômica de 1929 resultou em aporte financeiro escasso. Na década seguinte, com a ascensão do Nazismo, houve um aumento do fluxo de refugiados, o que dificultou também as atividades (BARTELEGA, 2007, p. 11).

Já em 1933 foi realizado o primeiro esboço de uma Convenção que suprisse as lacunas de proteção aos refugiados, a qual poderia ser identificada como a vertente contratual delimitada por Andrade (1996, p. 05) anteriormente. Todavia, teve a adesão de somente oito Estados. No mesmo ano, igualmente foi criado o Alto Comissariado para Refugiados Provenientes da Alemanha, nomeado futuramente de Convenção Referente aos Refugiados Provenientes da Alemanha. Foi o primeiro documento a regular o refúgio a partir de uma dimensão individual, de tal forma os solicitantes de refúgio deveriam provar o ato de perseguição por parte do Estado de origem e ausência de proteção para ter a devida proteção.

Em 1939, foi criado o Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados (ACLNR), também tendo data limite para funcionamento, e o Comitê Intergovernamental para Refugiados, que em conjunto com a ACLNR, deveria cuidar da proteção jurídica dos migrantes forçados. Todavia, o início da Segunda Guerra Mundial interrompeu o trabalho desenvolvido, resultando somente na assistência aos cidadãos dos países aliados. Segundo Waldely (2016, p. 22), o ACLNR continuou o trabalho precariamente, até o fim da Liga das Nações. Já Moreira (2006, p. 47) afirma que, em 1943, a Administração das Nações Unidas para Auxílio e Restabelecimento (ANUAR) foi a primeira a realizar ação para a agenda de refúgio, atuando por cidadãos de todos os países afetados pela guerra.

Durante a guerra, o debate sobre o refúgio se intensificou, até seu fim sete milhões de pessoas foram repatriadas pela ANUAR. Devido ao fato de que a agência dependia principalmente do governo estadunidense, surgiram questionamentos sobre a política desenvolvida, ocorrendo denúncias de repatriação forçada (MOREIRA, 2006, p. 47).

No ano de 1947, a ANUAR foi substituída pela Organização Internacional para Refugiados (OIR), no âmbito da Assembleia Geral das Nações Unidas. A agência foi direcionada somente aos refugiados de guerra, não tendo caráter permanente (BARTELEGA, 2007, p. 14). Como afirmado por Moreira (2006, p. 04), "embora prestasse assistência somente aos refugiados europeus, foi, de fato, o primeiro organismo internacional a tratar, de forma integrada, de todos os aspectos da problemática dos refugiados". A OIR deveria agir até 1952, porém

ainda havia 400 mil pessoas deslocadas no continente, demonstrando a necessidade de maior atividade. Como Waldely (2016, p. 25) afirma:

> *O êxodo de refugiados não estancou como esperado, ensejando uma necessidade permanente de proteção internacional. As atribuições da OIR foram transferidas para os Estados em que havia refugiados e para outras organizações menores. Todavia, esse repasse de função não foi bem aceito pelos Estados, que alegaram o "problema" dos refugiados ser de escopo internacional, de modo que não lhes cabia assumir a responsabilidade sozinhos. Por conseguinte, estava fertilizado o campo para criação do ACNUR cujo estabelecimento decorreu de inúmeras tentativas anteriores de institucionalizar as atividades intergovernamentais.*

De tal forma, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) foi criada, em 1949, por meio da Resolução 319 da Assembleia Geral da ONU. Tendo sido tema de debate entre capitalistas e socialistas, os quais não participaram, embora a organização tenha sido definida como apolítica. Seu financiamento ocorreu no início pela ONU e países voluntários, o que criou vínculo entre os Estados para a condução das ações e regulação do fluxo de migrantes forçados. A necessidade da instituição a transformou em imprescindível, já que os fluxos de refugiados não eram fenômeno temporário, o que a fez não ter mais um período de desativação.

A Assembleia Geral da ONU, em 1955, instituiu o ACNUR como responsável pela proteção e assistência de pessoas apátridas no mundo. O mandato da organização era renovado a cada três anos, tendo, somente em 2003, a extinção da cláusula que determinava a obrigatoriedade de renovação. As funções da instituição são: a) assegurar os direitos e bem-estar dos refugiados; b) garantir que qualquer indivíduo possa exercer o direito de solicitar e usufruir do refúgio seguro em outro país, e caso seja sua vontade, retornar ao país de origem; e, por fim, c) oferecer proteção, assistência às pessoas sob seu mandato de maneira imparcial.

Já dentre os seus objetivos estão: a) reduzir situações de deslocamento forçado; b) proteger homens, mulheres e crianças refugiadas e buscar soluções duradouras para que possam reconstruir suas vidas em um ambiente considerado normal; c) encorajar países e instituições a fomentar condições para a proteção dos Direitos Humanos e solução pacífica de conflitos; d) promover os princípios da Carta das Nações Unidas; e, por fim e) a educação, pesquisa e extensão acadêmica são voltadas para a população que passou por deslocamento forçado.

A organização objetiva três soluções para o refugiado. A primeira é a repatriação voluntária, solução considerada de longo prazo, que é a preferência da maioria dos refugiados, por desejarem retornar aos países de origem quando as condições forem favoráveis. Nesse caso, a agência forneceria transporte e auxílio para o repatriado, através de doações financeiras e projetos de geração de renda.

Já a segunda solução é a integração local, nesse caso a agência busca a inserção legal, social, econômica e cultural no país de refúgio. O ACNUR considera o refugiado integrado quando este possuí residência permanente no país ou a cidadania do país de destino, o que permite o acesso às políticas públicas destinadas aos cidadãos natos.

Por fim, a última solução é o reassentamento, direcionado àqueles que não podem retornar ao país de origem como também não podem permanecer no país de refúgio, seja por razões de segurança, integração local ou ausência de proteção legal e física. Nesse caso, a ACNUR procura auxílio de terceiros países, os quais estejam dispostos a receber os refugiados.

De forma geral, o ACNUR procura a promoção de medidas que influenciem a agenda de refúgio em diversas áreas. No caso da América Latina, em 2003, o Alto Comissariado iniciou a implementação da Cátedra Sérgio Vieira de Mello, reconhecida pelo Plano de Ação do México, que objetiva medidas alternativas para integração social e autonomia do refugiado na região, assinado por 20 países da região. O objetivo da Cátedra é o incentivo à pesquisa acadêmica no tema de Direito Internacional do Refugiado, além de formação e capacitação de professores e estudantes.

Atualmente, o ACNUR atua em todos os continentes e regiões do mundo. São 126 países, sua divisão, por região, pode ser vista abaixo na Tabela 01:

Tabela 1 - Grupos que recebem assistência do ACNUR por região

Regiões	Refugiados	Solicitantes de Refúgio	Deslocados Internos	Apátridas	Outros	TOTAL
América do Norte e Caribe	417.190	205.564	0	210.000	120	832.874
América Latina	351.863	31.545	6.044.151	1.230	29.251	6.458.040
África	3.890.689	673.071	9.920.194	721.418	2.288.708	17.494.080
Europa	3.107.579	690.203	2.016.235	605.689	82.964	6.502.670
Oriente Médio	2.764.102	79.017	11.562.949	444.230	125.675	14.975.973
Ásia e Oceania	3.848.671	116.910	2.731.090	1.509.696	475.463	8.681.830
TOTAL	14.380.094	1.796.310	32.274.619	3.492.263	3.002.181	54.945.467

Fonte: Acnur (2016).

O atendimento dos refugiados pelo ACNUR e dos países receptores é pautado pela Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. Como também pelo Protocolo de 1967, em consonância com regulamentações regionais, elaboradas a partir das alterações da realidade internacional e surgimento de novos conflitos.

Após a criação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados foi necessário a criação de um marco regulatório que auxiliasse na execução das atividades da instituição. A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados foi criada em 1951. Sua definição de refugiado é a base legal para todas as ações relativas ao tema realizadas pelos Estados, definindo o estatuto:

> *[...] em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele (CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS, 1951, p. 02).*

Segundo Bartelega (2007, p. 20), o principal embate durante a formulação foi sobre a cláusula geográfica. Parte dos países buscavam uma perspectiva universalista, que considerasse todos os países, enquanto os EUA e países europeus desejavam seguir uma vertente europeísta, onde somente pessoas oriundas de países europeus seriam consideradas refugiados. A resolução, a partir da proposta do Vaticano, foi a delimitação das duas possibilidades, os Estados poderiam escolher aderir ou não a cláusula geográfica quando fossem ratificar a Convenção. Outra cláusula proposta foi a temporal, onde somente seriam considerados refugiados indivíduos que sofreram alguma forma de perseguição até 1951.

Uma cláusula que ainda causa reverberações políticas na sociedade atual é o princípio de *non-refoulement*, o que significa que o país receptor não pode enviar o refugiado contra sua vontade para território que sofra perseguição (ACNUR; UNIÓN INTERPARLAMENTARIA, 2001, p. 93). Os países, frente a tal cláusula, tiveram diferentes ações, como a permissão dos indivíduos de transitarem pelo país enquanto o pedido de refúgio era analisado, como manter em espaços privados inicialmente. É um demonstrativo da perspectiva distinta sobre o refúgio atualmente.

Apesar da Convenção ter determinações utilizadas até ao tempo presente, novas realidades e conflitos resultaram em novos fluxos de refugiados com características que não foram abrangidas anteriormente. A Resolução 2198, de 16 de dezembro de 1966, da Assembleia Geral da ONU, recebeu o Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados e após a recomendação do Secretário-Geral

das Nações Unidas para que houvesse a ratificação dos Estados, entrou em vigor em 1967. O Protocolo é um documento independente da Convenção de 1951, sendo a ratificação não limitada aos Estados signatários da Convenção. Importante indicar que houve a manutenção das prerrogativas do documento de 1951, alterando a delimitação geográfica e temporal.

> *§2. Para os fins do presente Protocolo, o termo «refugiado», salvo no que diz respeito à aplicação do §3 do presente artigo, significa qualquer pessoa que se enquadre na definição dada no artigo primeiro da Convenção, como se as palavras «em decorrência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e...» e as palavras «...como consequência de tais acontecimentos» não figurassem do §2 da seção A do artigo primeiro (Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados, 1967).*

Os dois documentos abrangem temas essenciais em comum, como: a) a definição do termo refugiado e as condições de suspensão e exclusão da condição de refugiado; b) o estatuto de refugiado no país de asilo, direitos e obrigações, incluindo a cooperação do Estado receptor com o ACNUR de modo a facilitar a supervisão e aplicação da Convenção; e, por fim c) afirmam o compromisso de informar sobre as legislações nacionais para garantir a implementação da Convenção de 1951 (ACNUR; UNIÓN INTERPARLAMENTARIA, 2001, p. 147).

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refúgio afirma a autonomia dos Estados para atuar nesta agenda no âmbito nacional, afinal não é possível ultrapassar o princípio de soberania dos Estados. Desta forma cada país opta na forma de implementação da Convenção e do Protocolo. De qualquer maneira, o Comitê Executivo do ACNUR recomenda aos Estados Partes a promoção de ações locais para a proteção de refugiados (ACNUR; UNIÓN INTERPARLAMENTARIA, 2001, p. 729).

Em busca da realização de documentos que reconheçam as especificidades locais a Declaração de Cartagena, de 1984, foi acordada entre países latino-americanos. Ocorrida no âmbito do Colóquio para Governantes e Juristas Latino-Americanos, na Colômbia, a Declaração buscou uma resolução para os dois milhões de refugiados resultados dos conflitos armados e ditaduras da região.

Como a Convenção de 1951 não abarcou os conflitos armados da América Latina, a Declaração ampliou o conceito de refugiado, incorporando o que foi

definido na Convenção da Organização da Unidade Africana (OUA)[4]. Também acrescentou os indivíduos que fugiram de seus países por ter a liberdade ameaçada pela violência generalizada e pela violação generalizada dos direitos humanos (ACNUR; UNIÓN INTERPARLAMENTARIA, 2001, p. 106).

A Declaração de Cartagena não é juridicamente vinculante para os Estados, porém alguns a incorporaram na legislação nacional. A Organização dos Estados Americanos e a ONU apoiaram a Declaração a qual ao assumir o princípio de não devolução expresso no documento, implicitamente adotou a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Inumanos e Degradantes, a IV Convenção de Genebra de 1949, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Declaração Sobre a Proteção de Todas as Pessoas Contra Desapropriações Forçadas e os Princípios Relativos a Eficaz Prevenção e Investigação de Execuções Extralegais, Arbitrárias ou Sumárias (ACNUR; UNIÓN INTERPARLAMENTARIA, 2001, p. 163).

Buscamos ao decorrer da presente seção a análise de como o refúgio foi compreendido e trabalhado ao longo do século. Como percebido, a temática começou a ter importância no início do século XX, tendo maior relevância quando se concordou que não era um tema temporário, sim permanente. Igualmente houve a progressão de organizações internacionais e tratados sobre o tema, tendo a Declaração de Cartagena de 1984, focado em especificidades latinas. Frente ao apresentado, desejamos focar no caso brasileiro na seção a seguir.

3. Lei 9.474/1997, refugiados e direitos no Brasil

Possivelmente não há lei sobre estrangeiros, no Brasil, mais notória do que a Lei 6.815/1980, conhecida como Estatuto do Estrangeiro. Promulgada durante a Ditadura Civil-Militar, a lei era reconhecida por tratar os imigrantes como ameaça à segurança nacional, assim não garantido diferentes direitos básicos para os mesmos. No caso dos refugiados, a lei não destina nenhuma atenção especial, permitindo que as convenções internacionais continuem sendo o texto principal sobre a temática.

Tal realidade foi alterada pela promulgação da Lei 9.474, em 22 de julho de 1997. Com a lei houve a incorporação definitiva da Convenção sobre o Estatuto de Refugiado de 1951 ao ordenamento jurídico brasileiro. Igualmente sig-

[4] A OUA, no primeiro artigo, amplia o conceito de refugiado ao adicionar: "O termo refugiado aplica-se também a qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutro lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade" [consult. 27.03.2018], disponível em: www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos.

nificativa por ser a primeira a implementar um Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Ao revermos o desenvolvimento histórico brasileiro no campo, é possível perceber o desenvolvimento necessário para chegar até a lei. Apesar de ter assinado o Estatuto do Refugiado em 1952, somente seria promulgado no país, através do Decreto 50.215, em 1961. Todavia, no documento indicava uma "reserva geográfica", que significava que o país somente aceitaria refugiados proveniente do continente europeu. Na década seguinte, em 1972, seria promulgado o Protocolo do Estatuto dos Refugiados, realizado em 1967, através do Decreto 70.946.

Já em 1977 foi realizada a primeira missão do ACNUR no país, sendo instalada na cidade do Rio de Janeiro. Tendo ocorrido durante a ditadura, as atividades da organização focaram somente no reassentamento de refugiados latino-americanos em terceiros países, após terem recebido vistos de turistas. Como o Brasil, Argentina, Chile, Uruguai e Paraguai estavam sob governo militar na época, no total, foi possível reassentar 20 mil refugiados em outros países.

Apesar da reserva geográfica brasileira, entre 1979-1980, o país acolheu 150 vietnamitas. Como havia a barreira geográfica, foi lhes dado um estatuto migratório alternativo. O barco com os refugiados foi salvo por navios brasileiros, tendo sua permanência aceita após a intervenção do ACNUR.

A década de 1980 apresenta diferenças consideráveis no tratamento aos refugiados. Primeiramente, em 1982, o governo brasileiro decidiu favoravelmente pela presença do ACNUR no país, embora não tenham concluído um Acordo-Sede. Em seguida, em 1984, o governo parou de impor limites ao período que os refugiados não-europeus poderiam permanecer no país, enquanto esperavam chances de reassentamento em outros países.

Portanto, iniciou-se uma nova fase para aqueles que procuravam proteção no Brasil, os mesmos poderiam receber documentos expedidos pelo ACNUR, que eram endossados pelo Departamento de Polícia Federal. Na perspectiva do governo brasileiro, os refugiados eram responsabilidade da organização, não do governo. Sendo a organização, que, em 1986, reassentou 200 iraquianos na região da Bahia na condição de imigrantes (ANDRADE; MARCOLINI, 2002, p. 169).

A transferência e consolidação do escritório do ACNUR para Brasília, em 1989, estreita a relação entre a organização e as autoridades brasileiras. Já no período democrático, o governo declara, através da promulgação do Decreto 98.602, sua opção pela alternativa (b) da Convenção de 1951. Isso significou a remoção da limitação geográfica, o que permitiu a possibilidade que refugiados de qualquer lugar fossem reconhecidos como tais no território brasileiro.

A ACNUR continuou atuando no país e avançando de forma considerável, já que, no ano seguinte, o Brasil retirou suas reservas aos artigos 15 e 17 da

Convenção de 1951. Como resultado, os refugiados tiveram direito de associação e de exercerem trabalho remunerado. A organização e o governo também buscaram o estabelecimento de um procedimento e divisão de responsabilidades relativos ao processo de solicitação de refúgio.

Sobre essas mudanças, Andrade e Marcolini (2002, p. 170) avaliam que:

> *É interessante observar que o governo brasileiro promoveu essas medidas estimulado apenas por considerações humanitárias, visto que o número de refugiados residentes no território nacional não era nada expressivo – apenas 200 – e não constituía um problema à sociedade.*

O número aumentou exponencialmente com a retomada da guerra civil em Angola após as eleições em 1992. Cerca de 1,2 mil angolanos fugiram para o Brasil, o país que aceitou conceder o visto de turista, e solicitaram a condição jurídica de refugiados. A maioria dos angolanos não estavam escapando de perseguições individuais, mas sim, resultante dos conflitos e da violência generalizada. Portanto, não se adequavam na definição de refugiado estabelecida pela Convenção de 1951, porém o país aplicou a definição ampla, inspirada pela OUA e utilizada na Declaração de Cartagena, que foi apresentada anteriormente.

Como resultado, os solicitantes angolanos foram reconhecidos no país e tiveram todos os direitos garantidos pela Convenção de 1951. O mesmo caso ocorreu no caso de 200 solicitantes de refúgio liberianos. Ao total, 70% dos refugiados reconhecidos como tal no Brasil obtiveram essa condição jurídica a partir da utilização da definição mais abrangente.

É perceptível a longa trajetória brasileira para ser realmente um país receptivo aos refugiados. Obviamente, a trajetória política interna importa, principalmente as décadas que o Brasil esteve sob regime militar. O resultado da evolução nacional é a criação e promulgação da Lei 9.474/1997, a qual nos deteremos agora.

Notoriamente, o processo para a aprovação da lei foi célere. Foi enviando ao Congresso Nacional, pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, Projeto de Lei sobre Refugiados em conjunto com o Plano Nacional de Direitos Humanos, no dia 13 de maio de 1996. O projeto, escrito com a colaboração técnica do ACNUR, foi aprovado em pouco mais de um ano de tramitação, tendo apoio particular da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, da Igreja Católica e da vice-Presidência da República (ANDRADE; MARCOLINI, 2002, p. 170).

A lei brasileira se inicia com a definição de refugiado, como é escrito no art. 1º:

> *Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:*

> *I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;*
>
> *II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;*
>
> *III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país. (Lei n. 9.474/97)*

É perceptível que embora siga a Convenção de 1951, a lei brasileira prioriza a definição abrangente, se aproximando do conceito proposto pela OUA e da Declaração de Cartagena. Para Andrade e Marcolini (2002, p. 171) há dois pontos consideráveis dessa escolha. Primeiramente, devido as causas recentes para as pessoas procurarem refúgio, a lei é mais capacitada para lidar com essa problemática. Segundo, esse comportamento se diferencia do adotado pelo governo brasileiro desde 1990.

Embora a narrativa nacional se baseia em suposta receptividade para pessoas de todas as origens e etnias, as políticas governamentais demonstram outra realidade. O Brasil sempre privilegiou a imigração de europeus, em busca principalmente do embranquecimento da população através do aumento de número primeiramente, em seguida pela miscigenação (HASENBALG, 2005, p. 166). A política de refugiados não se diferenciava, exemplificado principalmente pela cláusula geográfica que demonstrava o desejo da entrada somente de europeus. A possibilidade de qualquer pessoa buscar refúgio expandia consideravelmente as pessoas aceitas no país.

Como resultado da definição ampliada, a maioria dos refugiados reconhecidos no Brasil conseguem através da mesma a sua autorização de permanência. Almeida (2000, p. 380) indicou que até o período da escrita do artigo, 81 dos 107 casos decididos pelo Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), órgão deliberativo criado pela lei, foram beneficiados pela definição utilizada.

Igualmente importa apontar que o art. 2 garante que a condição de refugiado seja estendida ao cônjuge, aos ascendentes e descendentes, como todos os membros que dependem do refugiado economicamente desde que se encontrem no território nacional. Dessa forma, o governo não limita a somente uma pessoa, permitindo a permanência e proteção de toda uma família, a partir da chegada ao país.

A partir do conhecimento das pessoas que possam ser consideradas para refúgio, é preciso abordar sobre o procedimento de concessão do mesmo no país.

É necessário apontar desde o princípio que há quatro organismos envolvidos nos pedidos de refúgio: o ACNUR, o Comitê Nacional para Refugiados, a Cáritas Arquidiocesana e o Departamento da Polícia Federal. É relevante apontar que a Cáritas é uma organização não-governamental ligada à Igreja Católica, a qual atua na área de refúgio antes mesmo de ter política governamental sobre o tema.

O processo para o pedido de refúgio pode se iniciar informalmente no momento de chegada do estrangeiro, como afirmado no art. 7º:

> *Art. 7º Estrangeiro que chegar ao território nacional poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade migratória que se encontre na fronteira, a qual proporcionará as informações necessárias quanto ao procedimento formal cabível (Lei n. 9.474/97).*

Como resultado, a solicitação impede que o solicitante seja deportado para onde sua vida ou integridade física esteja ameaçada, não importando que sua entrada no país tenha sido ilegal, como garantido pelo art. 8º. Apesar dessa garantia, a maioria das pessoas não buscam a Política Federal nas fronteiras para realizar o pedido de refúgio. Segundo Jubilut (2009, p. 06), a maioria dos solicitantes de refúgios procuram um dos Centros de Acolhidas para Refugiados da Cáritas, tanto no Rio de Janeiro quanto em São Paulo pelo medo da deportação ou desconhecimento do procedimento. De tal forma, a Cáritas realiza o primeiro atendimento, a explicação do procedimento de solicitação de refúgio e o encaminhamento à Polícia Federal.

O encaminhamento é essencial, por ser preciso de um Termo de Declaração lavrado pela Polícia Federal para iniciar o procedimento. Segundo o art. 9, a autoridade a quem for apresentada a solicitação deve realizar o termo que contenham as circunstâncias relativas à entrada no Brasil e às razões para sua vinda. É complementado com as informações pessoas básicas do solicitante, como sua qualificação civil, a existência de cônjuge entre outras.

O Termo não somente inicia o procedimento como atua como um documento para o solicitante até que seja expedido um Protocolo Provisório. Considerando a chance da pessoa não ter nenhum documento consigo, o Termo tem importante papel até o lançamento do Protocolo, o qual leva, em geral, 20 dias para sua expedição. Após o recebimento do Protocolo, o solicitante tem o direito de receber uma carteira de trabalho provisória emitida pelo Ministério do Trabalho.

Após esse processo inicial, usualmente os solicitantes realizam duas entrevistas. Inicialmente na Cáritas, a qual verifica se o mesmo pode ser considerado refugiado pela ACNUR para poder gozar da proteção internacional. Em seguida há a entrevista com o CONARE, o órgão competente exclusivo da decisão final de aceitação da solicitação.

Segundo o art. 12 (Lei n. 9474/97), as competências do CONARE são:

Compete ao CONARE, em consonância com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, com o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e com as demais fontes de direito internacional dos refugiados:

I – analisar o pedido e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado;

II – decidir a cessação, em primeira instância, ex officio ou mediante requerimento das autoridades competentes, da condição de refugiado;

III – determinar a perda, em primeira instância, da condição de refugiado;

IV – orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados;

V – aprovar instruções normativas esclarecedoras à execução desta Lei.

O processo de decisão sobre a concessão de refúgio foi determinado em diferentes fases. Após a entrevista, o representante do órgão repassa as informações a um grupo de estudos prévios, o qual é formado por representantes do próprio CONARE, do ACNUR e da sociedade civil. Os dois últimos baseiam seus posicionamentos a partir do parecer elaborados pelos advogados que atuam no convênio Cáritas/ACNUR/OAB. A partir das informações disponíveis, o grupo elabora um parecer recomendando ou não a aceitação da solicitação de refúgio. Por fim, o parecer é enviado ao plenário do CONARE, onde será discutido e terá o mérito apreciado para a decisão final.

O plenário do CONARE é composto por representantes de diferentes ministérios, embora seja um órgão deliberativo do Ministério da Justiça. Os representantes são dos Ministérios da Justiça, das Relações Exteriores, do Trabalho, da Saúde e da Educação e Desporto, como também da Polícia Federal e Organizações não-governamentais dedicadas ao trabalho com refugiados. Todos esses são apontados pelo Presidente da República, após indicação dos órgãos que representam, e atuam sem remuneração. Cada representante tem um voto e as decisões são tomadas por maioria simples. O ACNUR tem direito a participar das reuniões e se manifestar, agindo como defensor do solicitante, porém não pode votar (JUBILUT, 2009, p. 10).

O capítulo V indica os procedimentos após a tomada de decisão. Se for positiva, primeiramente, é feita a comunicação da decisão à Política Federal para que a mesma proceda às medidas administrativas cabíveis, entre elas o arquiva-

mento de possível processo criminal ou administrativo pela entrada irregular no país. A segunda consequência é a comunicação da decisão ao solicitante para que o mesmo possa ir à Política Federal para ser registrado, assinar o Termo de Responsabilidade e solicitar o Registro Nacional de Estrangeiro.

Sobre o reconhecimento, Jubilut (2009, p. 12) afirma:

> *Cumpre ressaltar que a decisão de reconhecimento é declaratória e não constitutiva, ou seja, que se entende que o solicitante que tem o seu pedido de refúgio reconhecido já era refugiado antes mesmo da decisão, servindo esta apenas para declarar o direito à proteção de que o mesmo já era titular anteriormente. O que faz de um indivíduo um refugiado são as condições objetivas de seu país de origem e/ou de residência habitual das quais decorram um fundado temor de perseguição, e não o ato do governo brasileiro que reconhece o pedido de refúgio.*

No caso de negativa à concessão do refúgio, o capítulo V, prevê a possibilidade de recurso contra a decisão, a qual deve ser fundamentada na notificação entregue ao solicitante. O recurso pode ser elaborado pelo próprio solicitante, não tendo requerimentos formais. A única exigência é que seja dirigido ao Ministério da Justiça, dentro de quinze dias após recebimento da notificação. O Ministério da Justiça, após a decisão, notifica ao CONARE e à Polícia Federal. Casa o recurso seja positivo, o processo anterior é realizado. Já se a decisão for mantida, a lei prevê, pelo art. 32 (Lei n. 9474/97) que:

> *[...] ficará o solicitante sujeito à legislação de estrangeiros, não devendo ocorrer sua transferência para o seu país de nacionalidade ou de residência habitual, enquanto permanecerem as circunstâncias que põem em risco sua vida, integridade física e liberdade.*

Por estarem sujeitos à legislação de estrangeiros, e, tendo a maioria ingressado irregularmente no país, os solicitantes são notificados a deixar o país. Portanto, não há centros de detenção como em outros países.

A lei também prevê a possibilidade de reassentamento nos art. 45 e 46. A política existe quando os refugiados não se encontram em segurança no primeiro país de asilo. Através de ações planificadas e participativa de diferentes órgãos governamentais, o governo pode agir, em conjunto com o ACNUR, para receber pessoas refugiadas em outros países, sendo de tal forma o terceiro país. Por meio do programa, em torno de 100 colombianos foram reassentados no país no início da década de 2000 (DOMINGUEZ; BAENINGER, 2006, p. 10).

A organização também é responsável pela implementação das políticas públicas para refugiados no país. Igualmente estabelece regulamentações, por meio de resoluções, sobre o procedimento de refúgio em busca de melhor implementação do trabalho. Segundo Jubilut (2009, p. 11), houveram onze reso-

luções normativas, que abrangeram desde o formato do termo de declarações e do questionário até as condições para viagem do refugiado ao exterior e prazos procedimentais.

Ao longo da seção, buscamos detalhar os aspectos principais da Lei n. 9.474/1997. Demos atenção à definição de refugiado aplicada na lei, o procedimento de pedido de refúgio, as ações seguintes a aceitação ou a recusa da mesma e, por fim, a política de reassentamento. Durante o debate apresentamos alguns dados resultante das ações brasileira, porém cremos que seja necessário abordar detalhadamente, como realizaremos na próxima seção.

4. Os números do refúgio no país

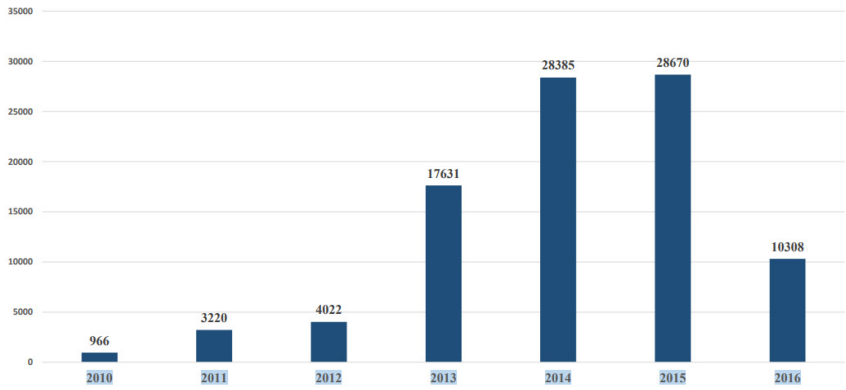
Apesar do longo debate brasileiro sobre a atuação no campo de refúgio, o país não é um dos principais países que os refugiados buscam. Em parte, se deve pela própria distância geográfica dos principais conflitos mundiais na África e Oriente Médio. Igualmente, o país não tem o histórico de ser um receptor de refugiados, afinal somente teve as fronteiras abertas para todos a partir da década de 1990.

Todavia, desde a Lei n. 9.474, de 1997, o país teve uma nova postura, resultando no aumento do número de refugiados no país progressivamente. Apesar desse aumento, o número de pessoas refugiadas no país ainda é baixo. Segundo o Ministério da Justiça e Segurança Pública (2016, p. 03), havia 9.552 refugiados no país, de 82 nacionalidades, até ao fim de 2016. Desses, 713 chegaram ao país através de reassentamento e 317 como familiares de solicitantes de refúgio.

Enquanto isso, mundialmente há 15,6 milhões de pessoas deslocadas de seu país devido a algum tipo de violência. Dos 5,3 milhões de sírios que fazem parte do total, 3.772 estão como refugiados no Brasil. Número igualmente considerável foi o de venezuelanos que pediram refúgio no país em 2016, os 3.375 pedidos representaram 33% das solicitações totais requeridas (Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2016, p. 03).

Ao encararmos os dados dos últimos sete anos, podemos perceber um aumento considerável entre 2012 e 2013, declinando somente em 2016, como demonstrado na Figura 01 abaixo.

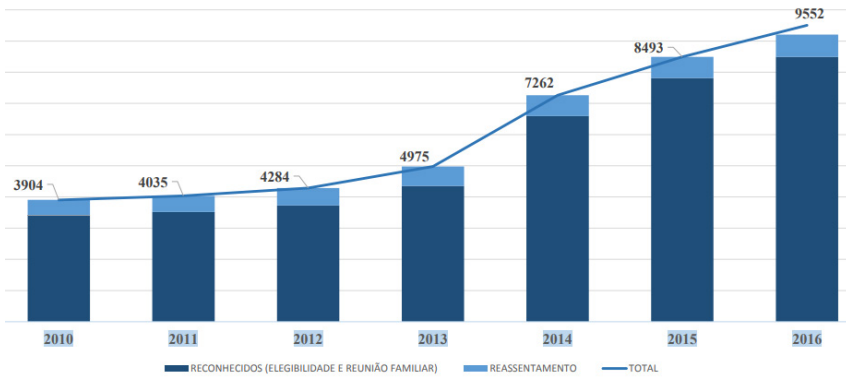
Figura 01 - Solicitações de refúgio por ano (2010-2016)



Fonte: Ministério da Justiça e Segurança Pública (2016, p. 05)

É perceptível como o país acompanha as tendências mundiais, a qual recebeu nesses anos um número elevado de refugiados em razão do conflito na Síria. No caso brasileiro, contribuiu também a vinda dos haitianos, em função do terremoto no país em 2010. Como resultado, o número de refugiados reconhecidos no país aumentou, como indicado na Figura 02 abaixo.

Figura 02 - Refugiados Reconhecidos no Brasil (total acumulado 2010-2016)



Fonte: Ministério da Justiça e Segurança Pública (2016, p. 06)

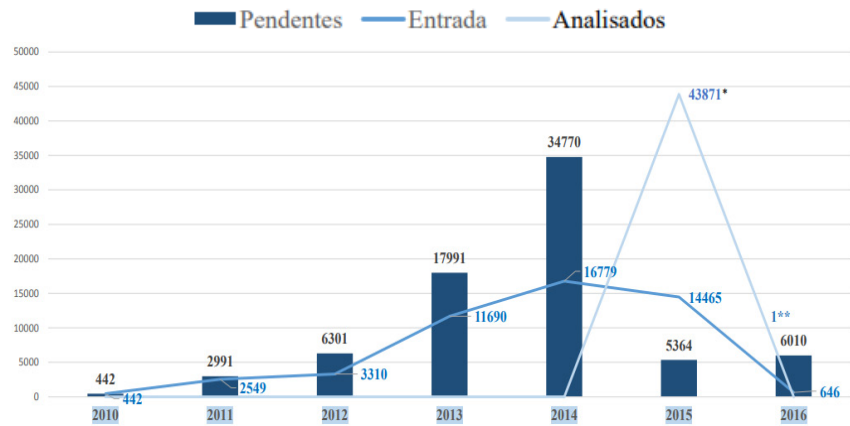
Embora houvesse um aumento significativo entre o número de refugiados reconhecidos de 2013 e 2014, afinal foi liberado em volta de 2300 pessoas, enquanto em outros anos fica em volta de mil, a comparação entre o número de solicitantes e reconhecidos é consideravelmente alta. Resultado de casos complexos, afinal muitos chegam ao país sem documentos, porém igualmente pela falta de estrutura existente.

A lei afirma sobre a necessidade de celeridade no processo, porém o período médio de espera pela resposta governamental é de dois anos, segundo Nogueira e Folly (2017, p. 02), resultante da CONARE depender de funcionários cedidos, voluntários e estagiários. Nogueira e Folly (2017, p. 02) apontam para o fato de que desde a criação da lei sobre refúgio, em 1997, não houve nenhuma reestrutura da organização para lidar com o aumento de pedidos.

Principalmente, ao considerarmos que não é uma situação temporária. Como no início do processo de refúgio, no início do século XXI, não é possível achar que são situações únicas que estão fora da normalidade. A busca por refúgio é constante, embora a nacionalidade da maioria dos solicitantes possa variar. Podemos perceber isso pelos últimos anos no próprio país.

Iniciemos com o caso dos haitianos. Os números de solicitantes aumentou progressivamente desde 2011, porém teve seu maior número em 2014, com mais de 34 mil solicitações. Frente a realidade de que o país não tinha condições de analisar metade desses casos, em 2015, 43.871 haitianos tiveram sua situação migratória regularizada por meio do Despacho Conjunto do CONARE, do CNIg e do Departamento de Migrações, tendo as suas solicitações de refúgio sido arquivadas. Como é demonstrado pela Figura 03:

Figura 03 - Solicitações de refúgio - Haitianos (2010-2016)



Fonte: Ministério da Justiça e Segurança Pública (2016, p. 07)

Como a maioria dos haitianos fundamentavam o pedido de refúgio pelas condições nacionais após o terremoto, os pedidos foram negados por não ter amparo legal na definição de refugiado aplicado. Todavia, isso não solucionava a realidade de que a maioria das pessoas continuavam no país sem condições de subsistência. Frente a isso foi expedido o visto humanitário, por meio da Resolução Normativa nº 97, de 2012, o qual foi progressivamente aplicado. O visto garante os mesmos direitos que a solicitação de refúgio, embora expanda o significado das pessoas que tem direito, ao incluir vítimas de crises econômicas e ambientais (FERNANDES: FARIA, 2017, p. 151).

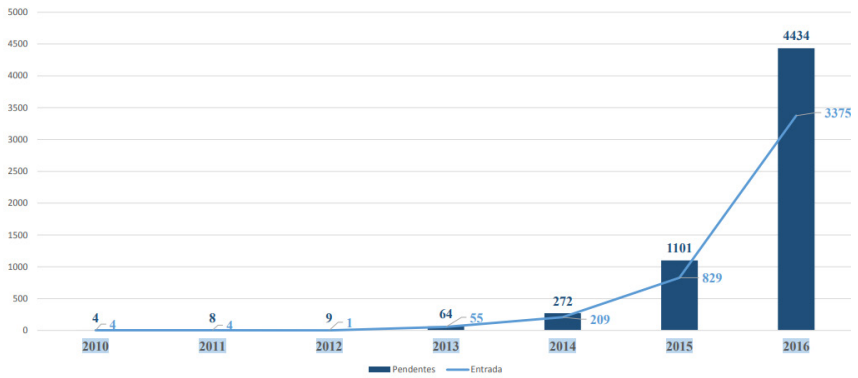
A resolução do caso haitiano, porém não significou a diminuição dos pedidos. O alto número de pedido de sírios, em 2015, 3.460 mantiveram o número alto apesar da diminuição de pedidos de refúgiados haitianos.

Apesar dos sírios serem o grupo nacional com o maior número de refugiados reconhecidos no país, entre 2011 e 2015, com 2.298 e ter tido 326 deferimentos positivos só em 2016, não é um número considerado suficiente para lidar com a situação atual. Como resultado, os vistos humanitários foram utilizados novamente, por meio da Resolução Normativa nº 17 de 2013, como alternativa para diminuir o número de solicitações.

A diminuição do número de pedidos entre 2015 e 2016 embora significativa, não significou uma volta aos padrões anteriores. Em grande parte, é o resultado do aumento de pedidos de refúgios por venezuelanos. Frente a crise econômica e política no país, um número considerável de pessoas têm buscado refúgio

em outros países, entre eles o Brasil, principalmente pela divisão fronteiriça no Norte do país. Como resultado há o aumento percebido na Figura 04 abaixo.

Figura 04 - Solicitações de Refúgio - Venezuelanos (2010-2016)



Fonte: Ministério da Justiça e Segurança Pública (2016, p. 08)

A partir da definição de refúgio aplicado no país, é perceptível que a maioria desses casos não tem viabilidade pela lei, já que as vítimas de deslocamento por crises econômicas não fazem parte dos casos abrangidos pela lei. Portanto, não é surpreendente que o governo tenha utilizado o visto humanitário no início de 2017 para estes casos por meio da Resolução Normativa nº 126. Como resultado, é possível que o pedido de refúgio em 2017 tenha apresentado números diferente dos atuais.

Por fim, é importante apontar que apesar desses serem os maiores casos, há milhares de pessoas de outras nacionalidades a espera da resolução de sua solicitação de refúgio. Embora tenha menor destaque midiático e político, 17.509 casos, até 2015, esperavam resolução, sendo 24,5% desses provindos do Senegal, 10% da Nigéria e 8,7% de Gana (Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2015, p. 08).

É notória a insuficiência do sistema atual para lidar com o número de casos, especialmente com a complexidade dos casos dos haitianos e venezuelanos. Como demonstrado, os vistos humanitários têm sido a escolha de ação frente a impossibilidade do conceito de refúgio abranger essas pessoas. Até 2017, os vistos eram dependentes de resoluções governamentais para sua utilização, todavia com a nova Lei da Imigração, nº 13.445/2017, os vistos foram confirmados pela

lei como política possível. Uma confirmação de sua viabilidade e importância para os novos desafios que as imigrações forçadas apresentam.

5. Conclusão

Ao longo do presente artigo buscamos compreender e desenvolver o conhecimento sobre a atuação brasileira no campo do refúgio. Para tal, perpassamos o desenvolvimento histórico mundial e nacional de proteção aos refugiados com atenção especial à Lei 9.474/1997 e a situação atual no país. A partir do que foi apresentado podemos apontar algumas conclusões.

Primeiramente, é evidente o desenvolvimento internacional e nacional de mecanismos de proteção à imigrantes forçados. O avanço ao longo do século XX é um importante passo, embora não seja possível ignorar as diferentes problemáticas contemporâneas que ainda é preciso enfrentar. Afinal, o próprio conceito de refúgio da Convenção de 1951 não reconhece diferentes formas de refúgio, que já foi avançado pela Organização da Unidade Africana e a Declaração de Cartagena. De qualquer forma, os imigrantes forçados por condições ambientais e econômicas continuam em uma lacuna dos tratados e convenções.

A partir dessa problemática, o Brasil criou o visto humanitário, o qual atende essas pessoas e foi utilizado no caso de haitianos, sírios e venezuelanos. Confirmado pela Lei de Imigração, em 2017, como uma política de longo prazo, oferece uma oportunidade de documentação por pelo menos dois anos, enquanto o processo de refúgio é realizado, e garante os direitos básicos. Apesar de ser uma medida de curto prazo positiva, não impede a evolução necessária que o CONARE precisa ter frente ao aumento substancial de solicitações de refúgio.

Muito se debate sobre o *Brasil real* e o *Brasil legal*, as diferenças entre o que a lei propõe e o que acontece na realidade diária. No caso do atendimento aos refugiados, o país tem uma das leis mais avançadas mundialmente no quesito de garantia de direitos humanos básico às pessoas. O objetivo, portanto, é elevar o trabalho até ao patamar previsto na lei, ou seja, alcançar o que a própria lei nos obriga.

Referências

ACNUR, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados; UNIÓN INTERPARLAMENTARIA, *Protección de Los Refugiados: Guía Sobre el Derecho Internacional de Los Refugiados*, Guía Práctica para Parlamentarios, n. 2, 2001, [consult. 06 abr. 2018], disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8951.

ACNUR, *La Evolución Dinâmica Del Desplazamiento*, San José, 2000, [consult. 06 abr. 2018], disponível em: www.acnur.org/biblioteca/pdf/2051.pdf .

ACNUR, *Protegendo Refugiados no Brasil e no Mundo*, 2016, [consult. 06 abr. 2018], disponível em:

http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2016/Protegendo_Refugiados_no_Brasil_e_no_Mundo_2016.pdf.

ALMEIDA, G. A., «A Lei n. 9.474/97 e a definição ampliada de refugiado: breves considerações», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 95, 2000, [consult. 19 abr. 2018], disponível em: http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v95i0p373-383.

ANDRADE, J. H. F., *Direito Internacional dos Refugiados: evolução histórica (1921- 1952)*, Rio de Janeiro, Renovar, 1996.

ANDRADE, J. H. F.; MARCOLINI, A., «A política brasileira de proteção e de reassentamento de refugiados - breves comentários sobre suas principais características», *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol.45, n.1, jan/jun, 2002, [consult. 13 abr. 2018], disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/S0034-73292002000100008.

BARTELEGA, C. F., *A Assistência Internacional aos Refugiados: da Liga das Nações ao Pós-Guerra Fria*, São Paulo, Universidade Estadual Paulista, 2007, Monografia (Graduação), [consult. 09 abr. 2018], disponível em: http://www.csem.org.br/2008/camila_bartelega2007_a_assistencia_internacional_aos_refugiados_da_liga_das_nacoes_ao_pos_guerra_fria.pdf.

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública, *Sistema de Refúgio brasileiro*, 2015, [consult. 18 abr. 2018], disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/Estatisticas/Sistema_de_Refugio_brasileiro_-_Refugio_em_numeros_-_05_05_2016.

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública, *Refúgio em Números*, 2016, [consult. 18 abr. 2018], disponível em: http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/01/refugio-em-numeros-2010-2016.pdf.

DANISH REFUGEE COUNCIL. «Closing Borders, Shifting Routes: Summary of Regional Migration Trends Middle East», *Reliefweb*, 31 may 2016, [consult. 20 abr. 2018], disponível em: https://reliefweb.int/report/world/closing-borders-shifting-routes-summary-regional-migration-trends-middle-east-may-2016.

DOMINGUEZ, J. A.; BAENINGER, R., «Programa de reassentamento de refugiados no Brasil». *Anais da Associação Brasileira de Estudos Populacionais*, Caxambu, ABEP, 2006, [consult. 09 abr. 2018], disponível em: http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/article/view/1583/1546.

FERNANDES, D.; FARIA, A. V., «O visto humanitário como resposta ao pedido de refúgio dos haitianos», *Revista Brasileira de Estudos de População*, v.34, n.1, p.145-161, jan./abr., 2017, [consult. 13 abr. 2018], disponível em: https://doi.org/10.20947/S0102-3098a0012.

HASENBALG, C. A., *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*, São Paulo, Companhia das Letras, 2005.

JUBILUT, L. L., *O procedimento de Concessão de Refúgio no Brasil*, Ministério da Justiça, s/d, [consult. 09 abr. 2018], disponível em: http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/estrangeiros/o-procedimento-refugio-nobrasil.pdf.

MOREIRA, J. B., *A questão dos Refugiados no Contexto Internacional (de 1943 aos dias atuais)*, Campinas, Universidade Estadual de Campinas, 2006, Dissertação de Mestrado, [consult. 13 abr. 2018], disponível em: http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/281565/1/Moreira_JuliaBertino_M.pdf.

NOGUEIRA, M. B.; FOLLY, M., «Lei de refúgio clama por políticas e investimentos», *JOTA*, 25.07.2017, [consult. 11 abr. 2018], disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lei-de-refugio-clama-por-politicas-e-investimentos-25072017.

WALDELY, A. B., *Narrativas da "vida em fuga": a construção político-jurídica da condição de refugiado no Brasil*. Rio de Janeiro, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2016, Dissertação de Mestrado, [consult. 15 abr. 2018], disponível em:

https://oestrangeirodotorg.files.wordpress.com/2017/06/dissertaccca7ac-c83o-aryadne-bittencourt-narrativas-refugiados.pdf.

ACESSO À JUSTIÇA E AOS DIREITOS SOCIAIS POR IMIGRANTES HAITIANOS EM MINAS GERAIS

João ALVES DE SOUZA JUNIOR[1]

As origens do fluxo imigratório haitiano para o Brasil remontam ao agravamento da situação humanitária no Haiti. Uma grave crise política se instaurou em 2004 no país, que se aprofundou ao ponto de grupos armados se constituírem como força contrária ao governo, o que desencadeou em dinâmicas de violência e ódio, que culminaram na vacância da presidência do Haiti e ao caos generalizado.

Diante desse cenário, o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU) decidiu estabelecer a *Missão das Nações Unidas para a Estabilização no Haiti* (MINUSTAH). Segundo Seixas (2014, p. 25), o histórico de instabilidade política e a ausência de instituições fortes e independentes no Haiti fundamentaram a criação da MINUSTAH. Após debate na comunidade internacional dos países membros da ONU, o Brasil foi eleito como estado responsável em liderar a Força da Paz no Haiti. A partir de então, a trajetória dos dois países sofreu inflexões, tomou um curso de solidariedade política e formal, e então, o fluxo imigratório da população haitiana começa a crescer.

Porém, outra tragédia acontece, o terremoto de 2010 - um tremor de proporções catastróficas, datado em 12 de janeiro desse ano, com 7.3 pontos na Escala de Richter, atingiu todo o país, cujo epicentro foi na capital Porto Príncipe, deixando mais de 230 mil mortos (ALESSI, 2013, p. 83), assim, o fluxo migratório

[1] Mestrando em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, e Graduado em Direito pela mesma Instituição, ex-membro do Conselho Nacional de Imigração - Brasil (CNIg). Bolsista da CAPES

rio da população haitiana cresceu ainda mais em direção ao Brasil, porém, não havia bases jurídicas para a concessão de visto de residência a essas pessoas.

A condição jurídica dos haitianos no Brasil baseia-se em uma política pontual, híbrida, no instituto do refúgio e a condição de imigrante, onde, com base na Resolução Normativa nº 97, de 2012 do Conselho Nacional de Imigração - CNIG, e o então vigente, Estatuto dos Estrangeiros, que previa as hipóteses de vistos autorizando a entrada de estrangeiros no país, incluindo o visto de residência permanente por determinado prazo. A motivação para a edição de tal visto especial dá-se pelo caráter humanitário da imigração haitiana, conceituado na referida resolução.

No artigo da citada resolução assim diz "ao nacional do Haiti poderá ser concedido o visto permanente previsto no art. 16 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, por razões humanitárias, condicionado ao prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 18 da mesma Lei, circunstância que constará da Cédula de Identidade do Estrangeiro" (BRASIL, 2012, p. 1).

Em seu parágrafo único, estabelece da seguinte forma: "Consideram-se razões humanitárias, para efeito desta Resolução Normativa, aquelas resultantes do agravamento das condições de vida da população haitiana em decorrência do terremoto ocorrido naquele país em 12 de janeiro de 2010" (BRASIL, 2012, p. 1).

Outra singularidade criada pelo CNIG é "a diferença entre esse visto e as demais modalidades é que, pela Resolução, os haitianos estão dispensados de apresentar contrato de trabalho" (OLIVEIRA; DURÃES, 2016, p. 5). O que permite a chegada do nacional do Haiti de forma mais ágil do ponto de vista da documentação legal exigida.

Com a concessão desse visto humanitário, o imigrante haitiano detém basicamente os mesmos direitos assegurados aos brasileiros, como direito à saúde, à educação, à moradia, entre outros, com as exceções legais previstas a todos os estrangeiros. Logo que chega ao território brasileiro, o imigrante pode solicitar documentos básicos para exercer direitos econômicos, sociais e trabalhistas tendo plena igualdade com nacional brasileiro (DOLINGER, 2012, p. 103).

Como afirma Hall (2003, p. 57), aquilo que comumente é conhecido por cultura nacional é, na realidade, uma narrativa que uma dada sociedade elabora sobre si. Tal discurso, por sua natureza totalizante, oculta as diferenças étnicas, de classes e de gênero existentes buscando "unificá-las numa identidade cultural, para representá-las todas como pertencendo à mesma e grande família nacional" (2003, p. 59).

No Brasil, dada às circunstâncias históricas de sua formação, a chamada cultura nacional ancora-se sobre a noção de que, a partir de um triângulo racial, brancos, negros e indígenas, de forma harmônica e simétrica, deram origem a um povo mestiço, sem preconceito racial, uma "família brasileira, generosa, fra-

terna, honesta, ordeira e pacífica" (CHAUÍ, 2000, p. 38). Tal narrativa, que a autora intitula de verdeamarelismo, além de cumprir a necessidade interna de supressão das diferenças, construindo artificialmente uma unidade, representa o brasileiro como acolhedor e hospitaleiro em relação aos outros povos que aqui aportaram e continuam aportando.

Sendo parte integrante da grande narrativa nacional brasileira, é de se esperar que o Estado e a sociedade brasileira, como hospitaleiros, criassem condições favoráveis à permanência e ao bem-estar a todos os estrangeiros que, por motivos diversos, por aqui pretendessem se estabelecer. A esse acolhimento, Seixas (2014, p. 99), baseando-se nos estudos de Derrida, denomina de *Hospitalidade Política*. Tal conceito agrega dimensões como direitos relativos à identidade, à manutenção da língua e outros símbolos culturais e confere "especial importância ao direito aos tribunais, que poderia ser traduzido por direito de acesso aos tribunais" (SEIXAS, 2014, p. 101).

O princípio constitucional de acesso à justiça, tal como o princípio da igualdade, também está albergado no artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988. Desta forma, todos os estrangeiros, imigrantes legais ou indocumentados, sem distinção, têm direito ao acesso à justiça, entendido não apenas como acesso ao poder judiciário, mas acesso a uma prestação jurisdicional justa.

A questão que se coloca é que a garantia do acesso à justiça pelos imigrantes confunde-se com a própria garantia da preservação e proteção da dignidade da pessoa humana.

Indo adiante, tem-se em John Rawls, que uma sociedade é bem ordenada não apenas quando está planejada para promover o bem de seus membros, mas quando é também efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça. Salienta Rawls sobre a necessidade de convergência de princípios da justiça social que possam atribuir direitos e deveres básicos, bem como determinar uma distribuição adequada de benefícios e encargos na cooperação social (RAWLS, 1997, p. 5-7).

Em relação a tal seguridade, é importante ressalvar que o Brasil oferece igualdade de tratamento entre os cidadãos brasileiros, os imigrantes e os refugiados. Nesse sentido, verificamos se o grupo entrevistado detinha conhecimentos sobre a política de seguridade social brasileira, saúde, assistência e previdência social.

1. Haitianos em Minas Gerais

Os dados aqui apresentados sobre os imigrantes haitianos em Minas Gerais, foram coletados a partir de informações concedidas por 123 haitianos residentes no referido Estado, durante os meses de novembro e dezembro de 2017, por meio de um questionário estruturado. A quantidade de indivíduos pesquisados para fins dessa pesquisa, embora possamos afirmar como representativo da população de imigrantes haitianos em Minas, não se configura exatamente como uma amostra, uma vez que a última informação censitária existente é de 2010, data anterior ao intenso fluxo migratório que ocorreu a partir de 2014.

A elaboração do referido questionário foi realizada nos moldes indicados por Babbie (2005, p. 82), o qual afirma que ele é um instrumento que precisa ser construído com base no seu público alvo, ou seja, o entrevistado. Assim, conhecendo *a priori* as dificuldades linguísticas, o questionário aplicado foi traduzido para Criolo Hatiano, língua com referência no Francês e mais difundida no Haiti. As respostas às questões foram tabuladas por meio do software estatístico "Statistical Package for Social Science for Windows" (SPSS) e são apresentadas a seguir:

2. Perfil dos respondentes

A Tabela 1, abaixo, nos informa a faixa etária dos respondentes:

Tabela 1 - Faixa Etária dos participantes

Faixa Etária	**(N)**	**(%)**
21 a 30 anos	54	43,9
31 a 40 anos	48	39,0
41 a 50 anos	13	10,6
51 anos ou mais	03	2,4
Não informado	05	4,1
Total	**123**	**100,0**

Fonte: Microdados da pesquisa realizada haitianos, Minas Gerais, 2017.
Elaboração: Autor, 2017

Do total de haitianos entrevistados, 43,9% possuía entre 21 e 30 anos; 39,0% entre 31 e 40 anos; 10,6% respondeu possuir entre 41 e 50 anos; 2,4% da amostra respondeu possuir 51 anos ou mais e 4,1%, o que corresponde a 05 casos, não respondeu à questão.

Quanto ao gênero dos participantes da pesquisa, temos que:

Tabela 2 - Gênero dos participantes

Gênero	(N)	(%)
Não informado	01	0,8
Feminino	20	16,3
Masculino	102	82,9
Total	**123**	**100,0**

Fonte: Microdados da pesquisa realizada haitianos, Minas Gerais, 2017.
Elaboração: Autor, 2017

Observa-se que grande maioria da amostra é do gênero masculino, correspondendo a 82,9%, enquanto apenas 16,3% são do gênero feminino.

A Tabela 3 abaixo, nos informa a Cor/Raça dos respondentes:

Tabela 3 - Cor/Raça dos participantes

Cor – Raça	(N)	(%)
Preta	118	95,9
Pardo	04	3,3
Prefiro não declarar	01	0,8
Total	**123**	**100,0**

Fonte: Microdados da pesquisa realizada haitianos, Minas Gerais, 2017.
Elaboração: Autor, 2017

Em relação à Cor/Raça dos participantes, a grande maioria dos haitianos se declarou *Preta*, correspondendo a 95,9% do total, enquanto apenas 3,3% se declarou *Pardo* e 0,8%, o que corresponde a 01 caso, preferiu não declarar.

Quanto ao estado civil dos respondentes:

Tabela 4 - Quanto ao Estado Civil dos participantes

Estado Civil	(N)	(%)
Casado (a)	34	27,6
Solteiro (a)	81	65,9
Viúvo (a)	01	0,8
Outros	04	3,3
Não respondeu	03	2,4
Total	**123**	**100,0**

Fonte: Microdados da pesquisa realizada haitianos, Minas Gerais, 2017.
Elaboração: Autor, 2017

Do total de respondentes, a grande maioria, 65,9%, afirmou ser solteira e 27,9% informou ser casada. No Brasil, para imigrantes casados no exterior não é obrigatório o registro de documentos comprobatórios desse matrimônio para reconhecer sua validade no que refere ao estado civil da pessoa (ARAÚJO, 2011, p. 457).

A Tabela 5, abaixo, nos informa o nível de escolaridade dos haitianos participantes da pesquisa:

Tabela 5 - Quanto ao nível de escolaridade – Minas Gerais

Nível de escolaridade	**(N)**	**(%)**
Não Respondeu	07	5,7
Não alfabetizado	01	0,8
Estudou até 05 anos completos	09	7,3
Estudou até 08 anos completos	24	19,5
Estudou até 12 anos completos	25	20,3
Ensino Superior Incompleto	14	11,4
Ensino Superior Completo	36	29,3
Pós Graduado	07	5,7
Total	**123**	**100,0**

Fonte: Microdados da pesquisa realizada imigrantes, Minas Gerais, 2017.
Elaboração: Autor, 2017

Observa-se que uma parte considerável dos haitianos entrevistados, 30% dos respondentes possui ensino superior completo, e aqueles que estudaram até 12 anos completos, perfazem 20,3% do total de entrevistados. Pós-graduados representam 5,7% dos entrevistados.

Quanto a este quesito, a legislação brasileira exige condições para a validação de estudos realizados no exterior tanto por brasileiros quanto que por estrangeiros (AMORIM, 2016, p. 1). Uma vez que grande parte dos imigrantes haitianos não possui condições de arcar com burocrático procedimento de revalidação de diploma, a consequência é que, muitos deles, embora com um nível alto de formação, não exercem suas profissões e acabam laborando em profissões de menor renumeração.

Abaixo mostramos o perfil religioso de nossos respondentes:

Tabela 6 - Quanto à Religião dos participantes

Religião	**(N)**	**(%)**
Não pratico nenhuma religião/ Ateu/ Agnóstico	09	7,3
Católica	33	26,8
Evangélica/ Protestante	76	61,8
Outros	02	1,6
Não respondeu	03	2,4
Total	**123**	**100,0**

Fonte: Microdados da pesquisa realizada haitianos, Minas Gerais, 2017.
Elaboração: Autor, 2017

A grande maioria dos haitianos entrevistados segue a religião Evangélica/ Protestante, correspondendo a 61,8% do total da amostra. Em segundo lugar, a religião católica, com 26,8% do total de entrevistados. A Constituição Brasileira garante a liberdade de crença e cultos religiosos como direito e garantia fundamental, vedando qual privação de direitos ou discriminação por motivo de convicção religiosa.

Nas Tabelas a seguir, apresentamos informações relacionadas à renda dos haitianos entrevistados e sobre as suas condições laborais:

Tabela 7 - Qual é a sua renda mensal, considerando o Salário Mínimo (R$937,00) no Brasil?

Renda	(N)	(%)
Não respondeu	25	20,3
Até R$ 70,00 (setenta reais)	11	8,9
de R$71,00 A R$ 140,00	01	0,8
de R$ 141,00 Até um salário mínimo	08	6,5
Mais que 01 e até 03 salários mínimos	15	12,2
Mais que 06 salários mínimos	02	1,6
Dependente	28	22,8
Prefiro não informar	33	26,8
Total	**123**	**100,0**

Fonte: Microdados da pesquisa realizada haitianos, Minas Gerais, 2017.
Elaboração: Autor, 2017

Embora uma grande parte dos entrevistados não tenha respondido ou preferido não responder à questão (47,1%), temos que 8,9% declarou renda inferior à mínima necessária para a sobrevivência, 19,5% declarou receber até 02 salários mínimos e 22,8% informou ser dependente. A renda é fator determinante para a qualidade de vida do imigrante haitiano, há muitos que se mantêm com valores mensais considerados no Brasil como de extrema pobreza. O que torna esse coletivo ainda mais fragilizado nas relações sociais e ainda mais dependentes das políticas sociais ofertadas pelo Estado.

Na Tabela 8, verificamos a situação do respondente em relação ao Trabalho e ao Estudo.

Tabela 8 - Atualmente o Sr. (a) encontra-se:

Situação	(N)	(%)
Apenas trabalhando	66	53,7
Apenas cuidado de trabalhos domésticos	07	5,7
Apenas estudando	04	3,3
Estudando e trabalhando	09	7,3
Desempregado	28	22,8
Outros	03	2,4
Não Respondeu	06	4,9
Total	**123**	**100,0**

Fonte: Microdados da pesquisa realizada haitianos, Minas Gerais, 2017.
Elaboração: Autor, 2017

Grande parte dos respondentes encontra-se apenas trabalhando, totalizando 53,7% deles; em segunda posição estão os que estão desempregados, totalizando 22,8% dos entrevistados; em seguida, estão os que se encontram estudando e trabalhando, totalizando 7,3% dos mesmos e 5,7% encontra-se cuidando apenas de trabalhos domésticos. Por fim, "apenas estudando" e "outros", representam 2% e 4% dos entrevistados.

O desemprego é uma situação que aumenta a vulnerabilidade social da condição do imigrante no país, além promover a queda de sua renda, eleva seu isolamento social e suas incertezas psicológicas sobre o futuro.

A Tabela 9, a seguir nos informa sobre os tipos de relação ou vínculos de trabalho nos quais se encontram os entrevistados:

Tabela 9 - Em relação à situação laboral, em qual situação o (a) Sr.(a) se enquadra:

Situação Laboral	(N)	(%)
Empregado com registro em Carteira de trabalho	47	38,2
Empregado sem registro em Carteira de trabalho	10	8,1
Autônomo	02	1,6
Empresário/Investidor	06	4,9
Trabalho religioso ou missionário	02	1,6
Desempregado à procura de emprego	24	19,5
Outros	17	13,8
Não respondeu	15	12,2
Total	**123**	**100,0**

Fonte: Microdados da pesquisa realizada haitianos, Minas Gerais, 2017.
Elaboração: Autor, 2017

É possível verificar que boa parte dos haitianos que respondeu o questionário encontra-se empregada com registro em Carteira de Trabalho, 38,2% do total. Já 8,1% deles afirmaram que estão empregados sem carteira de trabalho. Os desempregados também formam um grupo significativo, totalizando respectivamente 19,5%. Sobre a ausência de assinaturas de carteiras de trabalho, que é dever do empregador, devemos compreender tal situação como violação aos direitos do trabalhador imigrante.

Em sentido complementar, Matias e Souza Junior, em recente trabalho publicado sobre as condições laborais haitianas no Brasil, também expressam sobre a ausência de assinatura, "fator que contribui para fragilização e vulnerabilidade do imigrante nas relações trabalhistas, pois para manter a sua permanência no

território nacional de forma regular é facultado às autoridades migratórias exigir comprovação de trabalho formal" (MATIAS E SOUZA JUNIOR, 2017 p. 376).

Como o Brasil possui algumas modalidades de contrato de trabalho, algumas que geram vínculos empregatícios e outros que geram apenas breve obrigação entre as partes como o contrato de empreitada ou trabalho avulso (DELGADO, 2014, p. 287), o mercado de trabalho brasileiro é majoritariamente formalizado, ou seja, as relações de trabalho e emprego são feitas em observação as certas normas. Nas Tabelas 10, 11 e 12 a seguir, exploramos o conhecimento que os imigrantes haitianos possuem sobre os direitos trabalhistas e o acesso à Justiça do Trabalho no Brasil:

Tabela 10 - O (A) Sr. (a) conhece as modalidades de contrato de trabalho permitidas legalmente no Brasil?

Opções	**(N)**	**(%)**
Sim, conheço bem	07	5,7
Sim, conheço pouco	42	34,1
Não conheço	67	54,5
Não Respondeu	07	5,7
Total	**123**	**100,0**

Fonte: Microdados da pesquisa realizada haitianos, Minas Gerais, 2017.
Elaboração: Autor, 2017

Quando perguntados sobre os tipos de contrato de trabalho existentes no Brasil, 5,7% afirmou conhecer bem as modalidades, o que equivale a 07 respondentes. Já outros 34,1% disse conhecer pouco as modalidades legais de contratos trabalhistas, o que equivale a 42 respondentes. A maioria, porém, 54,5%, afirmou não conhecer as modalidades de contratos trabalhistas admitidas em lei. Esse resultado indica um alto risco para garantia de direitos trabalhistas do grupo, dado que o desconhecimento da legislação favorece ao seu descumprimento ou inobservância.

As violações aos direitos trabalhistas podem ser reclamadas basicamente em quatro repartições: Sindicatos, Ministério Público do Trabalho, Delegacias Regionais do Trabalho e Justiça do Trabalho. Porém, algumas questões podem somente ser resolvidas no âmbito do poder judiciário. Então, é fundamental que o trabalhador imigrante saiba em qual dessas instituições reclamar seus direitos.

Tabela 11 - O (A) Sr. (a) sabe a qual instituição recorrer caso venha a ter algum direito trabalhista desrespeitado?

Opções	(N)	(%)
Sim	31	25,2
Não	80	65,0
Não Respondeu	12	9,8
Total	**123**	**100,0**

Fonte: Microdados da pesquisa realizada haitianos, Minas Gerais, 2017.
Elaboração: Autor, 2017

Quando perguntados sobre qual instituição recorrer caso viessem a ter algum direito trabalhista desrespeitado, apenas 25,2% disse saber onde buscar auxílio para suas violações a direitos laborais, o que equivale a 31 respondentes. A grande maioria, 65,0% dos haitianos entrevistados, respondeu não ter conhecimento sobre onde procurar ajuda em caso dessas violações.

Tabela 12 - O (A) Sr. (a) sabia que as ações no juizado especial e na Justiça do Trabalho podem ser propostas pela própria pessoa, sem a necessidade de advogados?

Opções	(N)	(%)
Sim, sabia	09	7,3
Não sabia	100	81,3
Não Respondeu	14	11,4
Total	**123**	**100,0**

Fonte: Microdados da pesquisa realizada imigrantes, Minas Gerais, 2017.
Elaboração: Autor, 2017

Segundo os respondentes, apenas 7,3% sabia de tal possibilidade de acesso à justiça, o que corresponde a 09 haitianos. Já os que não sabiam de tal possibilidade representam 81,3%, o que corresponde a 100 dos entrevistados.

A questão apresentada trata da possibilidade de *jus postulandi*, instituto previsto em lei que permite em algumas situações que a pessoa/parte possa figurar em ações judiciais sem a obrigatoriedade do profissional advogado ou defensor público. Tal possibilidade é mais expressiva no âmbito dos juizados especiais Civis e Criminais e no âmbito da Justiça do Trabalho. Tal medida, em tese, torna a Justiça mais acessível, mas há limitações de valores a serem pleiteados e tipos de recursos que podem ser apresentados nas decisões processuais.

A questão da propositura própria de ações judiciais deve ser vista com certas reservas, já que há pouco conhecimento do próprio imigrante sobre seus direitos, o que dificulta que o mesmo os reclame junto ao judiciário. Boaventura de Sousa Santos, ao escrever sobre o judiciário brasileiro, alerta também que "a universalização do acesso dos particulares através de mecanismos de apoio judiciário não é por si só uma garantia de defesa de interesses coletivos, em especial por parte de grupos sociais mais vulneráveis" (SANTOS, 2007, p. 31).

Sobre os juizados especiais, Santos (2007, p. 47) nos ensina que são reconhecidos como solução, dentro da estrutura do judiciário, de celeridade para a solução das contendas e de aproximação da decisão judicial das partes, permitindo a conciliação, a transação. Tais elementos poderiam ser de valia para circunstâncias nas quais os imigrantes haitianos necessitassem da tutela judicial. Contudo os respondentes não conhecem tal possibilidade.

O Poder Judiciário brasileiro é organizado em âmbito Federal e Estadual, com justiça de entrança comum e especializada (Justiça Eleitoral, Militar e do Trabalho). Cada nível e tribunal da Justiça recebem determinadas ações judiciais, podendo ainda a competência variar de acordo com quem figura como autor ou réu no processo. A Tabela 13, abaixo, indica o nível de conhecimento que os respondentes possuem sobre o Poder Judiciário brasileiro.

Tabela 13 - O (A) Sr. (a) sabe como funciona o Poder Judiciário brasileiro?

Opções	**(N)**	**(%)**
Sim, conheço bem	05	4,1
Sim, conheço pouco	37	30,1
Não conheço	76	61,8
Não Respondeu	05	4,1
Total	**123**	**100,0**

Fonte: Microdados da pesquisa realizada imigrantes, Minas Gerais, 2017.
Elaboração: Autor, 2017

Como pode ser observado na tabela anterior, quando perguntados sobre o conhecimento do Poder Judiciário brasileiro apenas 4,1% respondeu que conhece bem, o que corresponde 05 respondentes. Já outros 30,1% afirmou que conhece pouco o funcionamento do Judiciário, o que equivale a 37 respondentes. A grande maioria dos entrevistados, 61,8%, afirmou desconhecer o funcionamento do Judiciário brasileiro, o que corresponde a 76 participantes.

O sociólogo Boaventura de Sousa Santos, em sua obra *Pela mão de Alice*, ao comentar sobre o acesso à justiça afirma, *"os dados mostram que os indivíduos das classes baixas hesitam muito mais que os outros em recorrer aos tribunais, mesmo quando reconhecem estar perante um problema legal"* (SANTOS, 1999, p. 170). Afirmação que, ao nosso entender, se materializa junto aos imigrantes haitianos devido ao seu desconhecimento sobre o judiciário brasileiro.

A Tabela 14, abaixo, evidencia ainda mais o problema apontado acima. Nela exploramos o conhecimento que os respondentes detêm sobre a quem recorrer, em caso de sofrer algum tipo de violência ou preconceito.

Tabela 14 - O (A) Sr. (a) sabe a quais autoridades públicas recorrer caso venha a sofrer algum tipo de violência ou preconceito?

Opções	**(N)**	**(%)**
Sim	18	14,6
Não	91	74,0
Não Respondeu	14	11,4
Total	**123**	**100,0**

Fonte: Microdados da pesquisa realizada imigrantes, Minas Gerais, 2017.
Elaboração: Autor, 2017

Observamos que a grande maioria dos entrevistados, 74% da amostra, o que corresponde a 91 casos, informou não saber a quais autoridades públicas recorrer caso venham a sofrer algum tipo de violência ou preconceito. Este dado torna o coletivo de imigrantes haitianos ainda mais vulnerável no que tange possíveis manifestações xenofóbicas e vítimas de preconceito racial. O não conhecimento dos imigrantes sobre onde denunciar violações tende a favorecer o violador e a existência da violação.

A Seguridade Social é um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Sua previsão legal se encontra na Constituição Federal vigente em artigo 194. Não existem diferenciações entre brasileiros e estrangeiros residentes no que tange o acesso à Seguridade Social.

Os direitos previdenciários são acessados mediante a observação de certas regras de contribuição. No caso de trabalhadores imigrantes, cujos contratos sejam feitos com base na Lei Trabalhista Consolidada, os comumente chamamos de "carteira assinada", todo mês é recolhido em pagamento ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) certo valor do salário a recebido. O fato de um indiví-

duo ser estrangeiro não reduz e nem amplia seus direitos e contribuições previdenciárias (BRASIL, 2016, p. 1).

A Tabela 15, abaixo, informa sobre o conhecimento dos entrevistados quanto aos seus direitos previdenciários:

Tabela 15 - O (A) Sr. (a) conhece os direitos Previdenciários que são garantidos para imigrantes e para brasileiros?

Opções	**(N)**	**(%)**
Sim, conheço bem	08	6,5
Sim, conheço pouco	32	26,0
Não conheço	74	60,2
Não Respondeu	09	7,3
Total	**123**	**100,0**

Fonte: Microdados da pesquisa realizada haitianos, Minas Gerais, 2017.
Elaboração: Autor, 2017

Quando perguntados sobre o conhecimento dos direitos previdenciários garantidos para imigrantes e brasileiros, apenas 6,5%, o que equivale a 08 respondentes, informou conhecer bem. Já outros 26% diz conhecer pouco, o que equivale a 32 participantes. Porém, 60,2% deles responderam que não conhecem os direitos previdenciários que são garantidos para imigrantes e para brasileiros, o que corresponde a 74 respondentes.

O preocupante neste dado é que, mesmo estando o imigrante contribuindo para a previdência social, ele desconhece sua função, o que indica que, imigrantes que se encontram em condição de acessar benefícios como auxílio doença ou licença maternidade, podem não o estar acessando, devido ao seu desconhecimento.

A Tabela 16, abaixo, nos informa sobre o conhecimento que nossos respondentes possuem sobre a gratuidade do atendimento à saúde a estrangeiros e brasileiros, previstos no Sistema Único de Saúde brasileiro.

Tabela 16 - O (A) Sr. (a) sabe que todo atendimento no Sistema Público de Saúde - SUS - é gratuito para estrangeiros e brasileiros?

Opções	(N)	(%)
Sim, sabia	40	32,5
Não sabia	71	57,7
Não Respondeu	12	9,7
Total	**123**	**100,0**

Fonte: Microdados da pesquisa realizada haitianos, Minas Gerais, 2017.
Elaboração: Autor, 2017

Observamos que 57,7%, o que equivale a 71 casos, informou desconhecer tal gratuidade, enquanto que 32,5%, 40 casos, informou ter conhecimento da gratuidade dos atendimentos do SUS. Segundo a professora Fabiana Saturnino de Oliveira (OLIVEIRA, 2018, p. 236), em recente trabalho específico sobre a saúde da diáspora haitiana no Brasil, o não conhecimento da gratuidade pelo imigrante haitiano e a ausência de comunicação em sua língua natal nos atendimentos no âmbito do SUS, são obstáculos fundamentais para efetivar a garantia do direito universal a saúde. Segundo a autora, é necessário o "aperfeiçoamento de políticas públicas que possibilitem a comunicação efetiva, entre imigrantes haitianos e profissionais de saúde é fundamental para garantia do acesso ao SUS" (OLIVEIRA, 2018, p. 243).

Os principais benefícios assistenciais do Brasil são ofertados pelo Sistema Único de Assistência Social, por meio de programas de transferência de renda, tais como o Benefício de Prestação Continuada (BPC) e o Programa Bolsa Família. O programa Bolsa Família prevê a garantia de uma renda mínima para famílias imigrantes que se enquadrem nos critérios socioeconômicos do programa, ou seja, equipara-se o estrangeiro ao nacional para sua inserção nesse programa.

A Tabela 17 nos revela o conhecimento que o grupo informante possui sobre o Sistema Único de Assistência Social – SUAS.

Tabela 17 - O (A) Sr. (a) conhece o Sistema Único de Assistência Social - SUAS?

Opções	(N)	(%)
Sim, conheço bem	06	4,9
Sim, conheço pouco	13	10,6
Não conheço	92	74,8
Não respondeu	12	9,8
Total	**123**	**100,0**

Fonte: Microdados da pesquisa realizada haitianos, Minas Gerais, 2017.
Elaboração: Autor, 2017

Com relação ao Sistema Único de Assistência Social (SUAS), quando questionados sobre o conhecimento de tal sistema público, a maior parte dos entrevistados, 74,8%, o que equivale a 92 casos, informou não conhecer o SUAS, enquanto, 10,6%, 13 casos, informou conhecer pouco e apenas 4,9% informou conhecer bem tal Sistema. Houve ainda os que não responderam à questão, representando 9,8% do total.

Por fim, indagamos aos mesmos sobre o seu interesse em naturalizar-se brasileiro. A naturalização é um processo pelo qual o estrangeiro adquire a nacionalidade brasileira. Essa possibilidade está prevista na Constituição Federal e na Lei de Imigração. Para adquirir a nacionalidade brasileira deve o estrangeiro atender certos critérios previstos em lei e fazer uma solicitação formal. Em regra, a concessão ou não da nacionalidade é de discricionariedade do Estado Brasileiro. Uma vez naturalizado a pessoa se torna brasileiro, através da aquisição derivada da nacionalidade (DOLINGER, 2012, p. 68).

Tabela18 - O (A) Sr. (a) tem interesse em naturalizar-se brasileiro?

Resposta	(N)	(%)
Não Respondeu	05	4,1
Não, não me interesso	33	26,8
Sim, interesso pouco	28	22,8
Sim, interesso muito	57	46,3
Total	**123**	**100,0**

Fonte: Microdados da pesquisa realizada haitianos, Minas Gerais, 2017.
Elaboração: Autor, 2017

Observa-se que 26,8% dos respondentes não se interessam em naturalizar-se brasileiro, 22,8% informou se interessar pouco e 46,3% informou ter grande interesse. Além destes, 05 respondentes, 4,1%, não responderam à questão. A vontade expressa da maioria dos entrevistados haitianos em naturalizar-se brasileiro indica que a relação que esta diáspora estabelece com o Brasil tende a ser de caráter duradouro, o que aumenta a necessidade de afiançar o acesso a direitos e garantias fundamentais para estes imigrantes pelo poder público.

3. Considerações Finais

Os dados apresentados permitem concluir que, embora o estado brasileiro possua leis que facilitam o acesso à justiça e aos direitos sociais aos imigrantes e refugiados, existe, por parte dos haitianos que responderam aos nossos questionamentos, um grande desconhecimento sobre o sistema de justiça e de seguridade social.

Nesse contexto, a população de imigrante haitiana, de uma maneira geral, constitui uma parcela da sociedade menos protegida contra práticas de servidão e exploração sexual, detenção arbitrária, denegação de direitos trabalhistas, xenofobia, negação de direitos sociais e outros.

Entretanto, a efetividade de uma norma jurídica depende, dentre outros fatores, do grau de conhecimento que as pessoas possuem sobre ela, desse modo, é bem provável que grande parte dos imigrantes haitianos tenha passado por algum tipo de violação de direitos, ou mesmo, tenha deixado de usufruir algum, devido ao desconhecimento de sua existência.

Concluímos que à situação problema colocada no centro deste artigo cabem não apenas análises e estudos mais aprofundados e consistentes, mas também a construção de propostas práticas capazes de tornar a Justiça brasileira e aos órgãos de garantia de direitos sociais, mais sensíveis e acessíveis aos imigrantes que são, induvidosamente, recepcionados pelo ordenamento jurídico pátrio como sujeitos de direitos.

Referências

AMORIM, Rovênia, *Novas regras vão facilitar a validação de diplomas emitidos por instituições do exterior* [consult. 09 abr. 2018], disponível em: http://portal.mec.gov.br/ultimas-noticias/212-educacao-superior-1690610854/43071-novas-regras-vao-facilitar-a-validacao-de-diplomas-emitidos-por-instituicoes-do-exterior.

ALESSI, Mariana Longhi Batista, «A migração de haitianos para o Brasil», *Conjuntura Global*, v. 2, n.2, p. 82-86, abr./jun., 2013.

ARAÚJO, N. de, *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2011.

BABBIE, Earl. Métodos de pesquisas de Survey. 3ª reimpressão. Tradução de Guilherme Cezarino. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005.

BRASIL, Secretaria de Previdência, *SP: Inss garante direito a brasileiros e estrangeiros*, 18.02.2016 [consult. 09 abr. 2018], disponível em: http://www.previdencia.gov.br/2016/02/sp-inss-garante-direito-a-brasileiros-e-estrangeiros/.

BRASIL, Conselho Nacional de Imigração, Resolução Normativa nº 97, de 12 de janeiro de 2012, *Dispõe sobre a concessão do visto permanente, previsto no art. 16 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, a nacionais do Haiti*, Brasília, CNC, 1980 [consult. 27 out. 2016], disponível em: http://cnc.org.br/noticias/conselho-nacional-de-imigracao-aprova-concessao-de-vistos-especiais-aos-haitianos.

CHAUÍ, Marilena, *Mito fundador e sociedade autoritária*, São Paulo, Perseu Abramo, 2000.

DELGADO, Maurício Godinho, *Curso de direito do trabalho*, 13. ed., São Paulo, LTr, 2014.

DOLINGER, Jacob, *Direito internacional privado: parte geral ampliada e atualizada*, 10. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2012.

HALL, Stuart, *A identidade cultural na pós-modernidade*, Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro, 7.ed., Rio de Janeiro, DP&A, 2003.

MATIAS, Gabriela Nogueira Xavier; SOUZA JUNIOR, João Alves de, «Uma análise do assédio moral na realidade do trabalhador haitiano», in *Diagnóstico sobre migração e refúgio em Minas Gerais*, Belo Horizonte, Unilivrecoop, 2017.

OLIVEIRA, Camila Gomes; DURÃES, Marilene Gomes, *A condição jurídica dos haitianos no Brasil: análise da Resolução Normativa 97/2012 do CNIG*, [S. l.], Publica, 2016 [consult. 27 out. 2016], disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6e99ed46f817de00.

OLIVEIRA, Fabiana Saturnino, «Acessibilidade ao Sistema Único de Saúde às famílias de haitianos no município de Contagem-MG», in *Diagnóstico sobre migração e refúgio em Minas Gerais*, Belo Horizonte, Unilivrecoop, 2017.

PATARRA, Neide Lopes, «Migrações internacionais de e para o Brasil contemporâneo: volumes, fluxos, significados e políticas», *Perspectiva*, v. 19, n. 3, p. 23-33, sept., 2005 [consult. 04 nov. 2016], disponível em: http:// www.scielo.br/

scielo.php?script =sci_arttext&pid=S0102-88392005000300002 &lng=en&nrm=iso.

RAWLS, J., *Uma teoria da justiça*, Trad. Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves, 2 ed., São Paulo, Martins Fontes, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa, *Para uma revolução democrática da justiça*, São Paulo, Cortez, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa, *Pela Mão de Alice – O social e o político na pós modernidade*, São Paulo, Cortez, 1999.

SEIXAS, Raimundo Jorge Santos. Soberania hobbesiana e hospitalidade em Derrida: estudo de caso da política migratória federal para o fluxo de haitianos pelo Acre. 2014. 180 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciência Política, Centro Universitário UNIEURO, Brasília, 2014

SOUZA, Dimas Antônio de; DURÃES, Marilene Gomes; SOUZA JUNIOR, João Alves de, *Diagnóstico sobre migração e refúgio em Minas Gerais*. Belo Horizonte, Autor, 2017.

A (DES)PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS MIGRANTES HAITIANOS PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Thiago OLIVEIRA MOREIRA[1]

1. Introdução

Todos sabem que o Haiti ainda atravessa um momento de grave crise humanitária. Com efeito, catástrofes ambientais como furacões, tempestades e terremotos só prejudicaram ainda mais os problemas sociais, políticos, estruturais e econômicos do país mais pobre das Américas.

Diante desse contexto, milhares de haitianos partiram em diáspora, sendo que um dos últimos destinos foi justamente o Brasil. Nesse contexto, a partir de 2010, milhares de haitianos ingressaram no Brasil de maneira irregular, atravessando a fronteira, principalmente, pelo Acre e/ou Amazonas.

O Brasil desenvolveu uma política migratória, que após algumas etapas extremamente burocráticas, culminou com a concessão do visto humanitário e, recentemente, em virtude da edição da Portaria Interministerial n. 10, de 06 de abril de 2018, já após a entrada em vigor da Lei de Migração (13.445/17) e do Decreto 9.199/17, com a possível concessão do visto temporário, bem como de

[1] Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN/Brasil). Doutorando em Direito pela Universidade do País Basco (UPV/EHU) e pela Universidade de Coimbra (UC). Mestre em Direito pela UFRN e pela UPV/EHU.

autorização de residência para fins de acolhida humanitária para cidadãos haitianos e apátridas residentes no Haiti.

Ocorre que entre o início do citado fluxo e a entrada em vigor na Lei de Migração, muitas decisões foram proferidas pelo Judiciário brasileiro no que concerne aos direitos humanos dos imigrantes haitianos.

Dessa forma, o presente texto pretende apresentar as decisões da Justiça Federal brasileira que discutiram questões inerentes aos direitos humanos dos imigrantes haitianos. Inicialmente, serão trazidos os casos em que ditos direitos foram concretizados. Num segundo momento, passa-se à descrição de casos em que não houve a efetivação de tais direitos ou eles não foram reconhecidos.

Espera-se que a presente pesquisa possa contribuir para o debate acerca da (des)proteção dos direitos humanos dos imigrantes haitianos pelo Judiciário brasileiro.

2. A concretização dos direitos humanos dos haitianos pelo judiciário brasileiro

Nas linhas vindouras, serão trazidos casos em que a Justiça Federal brasileira concretizou os direitos humanos dos migrantes haitianos. Para tanto, serão analisadas decisões que concederam tutela antecipada, sentenças que julgaram o mérito, agravos de instrumento e acórdãos dos Tribunais Regionais Federais.

2.1 A Renovação do visto e a emissão de CIE

Em 2013, o imigrante haitiano Mac Daphney Simeus, representado pela Defensoria Pública da União (DPU), ingressou com ação perante a Justiça Federal da Paraíba (Proc. nº 0801486-92.2013.4.05.8200), em face da União, cujo objeto foi a discussão sobre a legalidade do Auto de Infração e Notificação nº 0852-00056/2013, bem como a renovação do Visto Temporário e da Cédula de Identidade de Estrangeiro (CIE).

O autor alegou que é cidadão haitiano, tendo ingressado no território brasileiro em 01/03/2011, com a finalidade de cursar Odontologia na Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Sem embargo, efetuada a matrícula, obteve o visto de estudante. Em 01/03/2013, no último dia de validade do visto, compareceu à DELEMIG e foi informado de que seria necessária a apresentação de uma declaração da UFPB, o que acarretou no (indevido) impedimento de protocolar o requerimento de prorrogação. Após ter diligenciado e obtido o documento exigido, retornou à DELEMIG no dia 06/03/2013, quando, enfim, protocolou o pedido. Ocorre que foi multado por ter apresentado o requerimento fora do prazo, nos termos do outro vigente Estatuto do Estrangeiro (art. 125, XVI), bem como sua prorrogação foi negada, e, por estar supostamente em estada irregular,

teria o prazo de 8 dias para o deixar o país, sob pena de em assim não agindo, ser deportado.

Após o deferimento do pedido de justiça gratuita, assim como da concessão da antecipação dos efeitos da tutela, a União ofereceu "contestação", alegando, em suma, que o ônus de atender os prazos legais cabe ao imigrante haitiano.

Na fundamentação da sentença, a Juíza Substituta da 3ª Vara da JFPB, Cristiane Mendonça Lage, reconheceu que a União violou o direito de petição, uma vez que não poderia recusar o recebimento do requerimento de renovação do visto temporário; bem como que a multa aplicada era indevida, uma vez que o atraso não ocorreu pela desídia do imigrante, mas sim pela conduta da própria Administração Pública. Assim, em 18/02/2014, a referida ação foi julgada parcialmente procedente, o que acarretou na anulação do mencionado Auto de Infração e na determinação para reanálise do pedido de prorrogação de visto, porém, dessa vez, levando em consideração que o estrangeiro estava em situação regular no Brasil.

Mesmo diante dos fundamentos da decisão, a União apelou, alegando que a conduta do imigrante haitiano foi negligente, já que o próprio passaporte continha a exigência de comparecimento para renovação no período de 30 dias anteriores a data limite de estada, conforme o art. 67, § 3º, do Decreto nº 86.715/81[2]. Assim, a Administração Pública atuou de forma absolutamente legal ao lavrar o auto de infração, aplicar a multa e notificá-lo a deixar o país. Por fim, a União requereu a reforma da sentença, com a consequente manutenção do auto de infração, bem como que seja mantida a pena de deportação.

Apresentadas as contrarrazões, o Des. Fed. Geraldo Apoliano, na qualidade integrante da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5) e Relator do presente processo, apresentou o seu voto no sentido de que a sentença apelada não merece ser reformada. Para justificar tal posicionamento, dito julgador adotou como razões de decidir os próprios fundamentos da decisão de primeira instância, bem como colacionou alguns julgados do próprio TRF5, que se aplicam ao caso em tela. Portanto, vê-se que o Relator negou provimento à Apelação e à Remessa Necessária. Em 24/10/2014, o presente entendimento foi seguido à unanimidade pelos demais membros da Terceira Turma do TRF5.

2.2 Da possibilidade de emissão da CIE ainda que fora do prazo

Continuando na temática da renovação do registro e expedição da CIE, necessário se faz examinar a decisão proferida em 15/02/2017, no julgamento da Remessa Necessária Cível n. 0021367-06.2014.4.03.6100/SP.

[2] Dito Decreto regulamentava o agora revogado Estatuto do Estrangeiro.

Rogers Dorcilhomme, nacional haitiano que migrou para o Brasil em virtude da catástrofe ambiental, representado pela DPU, ingressou com Mandado de Segurança (MS) contra ato do Delegado de Polícia Federal responsável pelo Núcleo de Registro de Estrangeiros da Delegacia de Polícia de Imigração da Superintendência Regional de São Paulo, em razão da negativa de tal autoridade em renovar o registro e de expedir a CIE. Sem embargo, o Juízo da 8ª Vara Federal de São Paulo concedeu liminar e, ao final, segurança, atendendo ao pleito do impetrante. Seguindo a legislação brasileira, os autos foram encaminhados à segunda instância em virtude da necessidade de reexame.

Após parecer favorável do Ministério Público Federal (MPF), a Juíza Federal Eliana Marcelo, convocada para atuar perante a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), proferiu voto pelo desprovimento do reexame. A Magistrada fundamentou sua decisão no fato de que a RN 97/2012 conferiu o direito aos migrantes haitianos de obterem o visto de permanência por razões humanitárias pelo prazo de 5 anos. Dessa forma, seria desarrazoada a conduta do Delegado da Polícia Federal em negar a emissão de nova CIE, sob o fundamento de perda do prazo, pois o lapso temporal de 5 anos foi claramente definido no ato normativo mencionado. Além disso, não adiantaria reconhecer o direito de permanência e ceifá-lo por uma questão burocrática que impede o exercício de trabalho formal e a própria sobrevivência do imigrante.

Em razão dos fundamentos acima apontados, a 3ª Turma do TRF 3, por unanimidade, negou seguimento à remessa oficial, concretizando, portanto, o direito de permanência do imigrante haitiano.

Demonstrando que também segue o ideal de concretização dos direitos humanos dos migrantes, a 4ª Turma do TRF 3 proferiu decisão em 07/06/2017, no sentido de garantir o direito de permanência de imigrante haitiana que obteve visto humanitário, ainda que tenha solicitado a emissão de CIE fora do prazo.

Em agosto de 2014, o Juízo da 9ª Vara Federal Cível de São Paulo, ao julgar MS (proc. 0002972-63.2014.4.03.6100), concedeu a segurança para determinar o cancelamento de ato administrativo de retenção do protocolo provisório de Refúgio-Transformação, bem como que fosse realizado o registro e a expedição da CIE à haitiana Luzincourt Joseph Bernadette. De acordo com a sentença de primeira instância, a imigrante, mesmo sendo portadora do visto humanitário e ter pago a taxa referente ao registro de estrangeiro e emissão da CIE, teve o citado protocolo provisório retido por um Delegado da Polícia Federal, em virtude da perda do prazo de 90 dias para a solicitação da CIE. Nesse contexto, a imigrante haitiana ficou indocumentada e em situação migratória irregular no país. Felizmente, o Magistrado considerou que a haitiana não tinha conhecimento do prazo e que o fato de seu escoamento não seria suficiente para que ela tivesse que deixar o país, uma vez que lhe foi concedido o visto humanitário.

Como a decisão foi desfavorável à União, os autos foram remetidos à segunda instância em remessa necessária. Nessa oportunidade, a Des. Federal Mônica Nobre foi designada relatora e ofereceu seu voto no sentido do desprovimento à remessa oficial, em razão do fato de que a recusa na emissão da CIE, justificada apenas pelo requerimento efetuado fora do prazo, viola os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pois impede o legítimo exercício do direito da imigrante haitiana de permanência no Brasil. Sem embargo, o presente voto foi acompanhado, por unanimidade, pela 4ª Turma do TRF 3, conforme acórdão publicado em 21/06/2017.

2.3 Os direitos humanos dos migrantes na esfera criminal

Também é possível encontrar casos de concretização dos direitos humanos dos imigrantes vulneráveis haitianos em decisões prolatadas na esfera criminal. Exemplo da presente assertiva é a decisão proferida no julgamento do Habeas Corpus (HC) 0000035-67.2015.4.01.0000 – MG, em que a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), por unanimidade, concedeu a liberdade provisória ao imigrante haitiano François Tony.

Da análise dos fatos descritos na decisão em apreço, constata-se que o imigrante haitiano foi preso em flagrante no aeroporto de CONFINS (MG) pela prática do crime de uso de documento falso (Registro Nacional de Estrangeiro na Condição de Permanente). O acusado afirmou que não tinha conhecimento da falsidade dos documentos, pois pagou para comprar documentos regulares. Sem embargo, trata-se de mais um caso em que um imigrante haitiano, apesar de existir a política migratória brasileira concessiva de visto humanitário, foi vítima de uma organização criminosa que vendia documentos "regulares".

Mesmo diante da falsificação grosseira, do acusado ter usado tais documentos de boa-fé para entrar no Brasil e fugir das péssimas condições de vida no Haiti, o Juízo da 11ª Vara Criminal da Justiça Federal de Minas Gerais decretou sua prisão preventiva.

Em razão de tal decisão, a DPU-MG ingressou com o referido HC perante o TRF 1, oportunidade em que fora pleiteada a concessão de liminar de liberdade provisória sem fiança. Numa análise ainda superficial do caso, o Des. Fed. Ítalo Fioravanti Sabo Mendes indeferiu o pedido, alegando que não havia fundamento jurídico capaz de ensejar a concessão da liminar.

Superada tal fase, o HC é colocado em discussão no âmbito da 4ª Turma do TRF 1. Nesse momento, a Juíza Federal (Relatora convocada) Rosimayre Gonçalves de Carvalho proferiu seu voto pela concessão da ordem de HC, mesmo diante do parecer contrário do MPF. Para tanto, entendeu que não estariam presentes os motivos para manutenção da prisão cautelar, pois não há nos autos dado concreto ou situação fática que a justifique.

Mesmo tais argumentos sendo de ordem estritamente processual penal, é preciso destacar a sensibilidade do voto com relação à situação dos imigrantes vulneráveis haitianos. Com efeito, o voto em tela fez expressa menção ao fato de que a imigração de haitianos, problema enfrentado pelo Brasil com a entrada irregular de haitianos em fuga da miséria e da corrupção, deve ser tratada de maneira diferenciada pela União, sob pena de generalização do fato tido como criminoso e imposição de prisão cautelar a todos os imigrantes haitianos que ingressam de modo indocumentado no país. Além disso, reconheceu que a situação dos autos não se amolda à necessidade de prisão, mas sim de adoção de políticas públicas de acolhimento aos estrangeiros.

Diante do exposto e em razão de que a decisão foi tomada por unanimidade, vê-se que o entendimento da 4ª Turma do TRF 1 é no sentido de que há possibilidade de substituição da prisão preventiva por outras medidas cautelas, ainda que o estrangeiro esteja em situação migratória irregular.

Em 15/12/2015, ao julgar o Habeas Corpus n. 5048894-45.2015.4.04.0000/RS, a 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), por unanimidade, concedeu a ordem, por entender incabível a decretação/manutenção de prisão preventiva por descumprimento de medida cautelar alternativa de comparecimento em juízo no caso em particular, pois não houve má-fé do nacional haitiano, vez que pouco fala o idioma brasileiro e, de boa-fé, acreditava estar cumprindo às ordens judiciais ao comparecer perante a Polícia Federal (PF) e à DPU sem, entretanto, comparecer em juízo para informar seu endereço,

Conforme consta do julgado, Oxy Tiresias foi preso em flagrante pela suposta prática dos delitos de falsificação e uso de documento falso, em razão de ter apresentado perante a PF passaporte com carimbo falso de situação de estrangeiro permanente do Brasil. Homologado o flagrante, foi-lhe concedida a liberdade provisória, porém, condicionada, dentre outras, ao fornecimento de endereço completo e comunicação de qualquer mudança de endereço. Fato é que o nacional haitiano foi posto em liberdade, mas não comunicou o endereço, o que ensejou o requerimento de prisão preventiva pelo MPF, que foi deferido pelo magistrado da 11ª Vara Federal de Porto Alegre/RS.

Ocorre que Oxy Tiresias compareceu diversas vezes na seda da DPU e na PF, sempre atualizando o seu endereço. Entretanto, a prisão preventiva foi decretada sem que a DPU fosse cientificada do ajuizamento da ação penal e da necessidade de informar o endereço. Além disso, o citado imigrante não compreende bem o idioma português e acreditada que era suficiente informar o seu endereço na DPU e na PF. Vale ressaltar, ainda, que houve solicitação de refúgio por parte do imigrante, o que acarreta na suspensão da ação penal e, posteriormente, arquivamento, quando do reconhecimento da condição de refugiado.

Após a concessão de liminar e do parecer favorável do MPF, a Des. Fed. Cláudia Cristina Cristofani, relatora do caso, proferiu seu voto, firmando o entendimento de que não houve má-fé do nacional haitiano, pois acreditava que estava adimplindo as condições impostas pela Justiça, pois sempre informou o seu endereço na DPU e na PF, circunstância essa que aliada ao conhecimento do idioma português afasta a necessidade de prisão preventiva.

2.4 Da desnecessidade de legalização/consularização

Outro caso bastante interessante no que concerne à proteção judicial dos direitos humanos dos imigrantes haitianos vulneráveis é o narrado no Acórdão resultante do julgamento do Agravo de Instrumento n. 0013788-03.2016.4.03.0000/SP, proferido no âmbito da 4ª Turma do TRF3.

O Juízo da 22ª Vara da Justiça Federal de São Paulo deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela em Ação Civil Pública proposta pela DPU. Dita decisão declarou o direito dos imigrantes haitianos de obter o registro de permanência mediante a apresentação de certidão de nascimento ou casamento, traduzida por tradutor juramento, porém, independentemente do procedimento de legalização/consularização.

Mesmo a decisão acima sendo um exemplo de concretização dos direitos humanos dos migrantes vulneráveis, a União interpôs recurso, alegando, para tanto, que a exigência de legalização/consularização tinha total amparo legal. Com efeito, rebatendo tal argumento, a DPU afirmou que não é viável impor um ônus tão excessivo para a fruição de um direito fundamental. Entendimento este que foi acompanhado pelo MPF.

O Juiz Federal Convocado, Marcelo Guerra, fundamentou seu voto, em suma, com base nos seguintes argumentos: a) O Ministério da Justiça e o Ministério do Trabalho e Previdência Social, por meio de despacho conjunto, possibilitaram a permanência de aproximadamente 43.000 haitianos que tinham solicitado refúgio no período compreendido entre 2010 até outubro de 2015; b) os imigrantes devem realizar registro junto à PF; c) a exigência de legalização/consularização das certidões de nascimento e/ou casamento acarreta sérias dificuldades aos imigrantes haitianos; c) ditas certidões levavam até 6 meses para serem expedidas; d) só há consulado haitiano em Brasília; e) o mencionado despacho conjunto não exigiu a legalização/consularização; e, por fim, f) a exigência da legalização/consularização em tela constitui um óbice ao fundamento das razões humanitárias e ao direito dos haitianos.

Diante de tais argumentos, em 07/12/2016, a 4ª Turma do TRF 3, por unanimidade, seguiu o voto acima mencionado e, como consequência, desproveu o recurso.

2.5 Da isenção do pagamento de taxas e multas em razão da hipossuficiência

Em 01/10/2013, o MPF instaurou o Inquérito Civil Público (ICP) n. 1.29.002.000322/2013-98, visando apurar supostas irregularidades praticadas pela Delegacia de Polícia Federal de Caxias do Sul, quando da cobrança de taxas para o registro e expedição de CIE de imigrantes que possuem visto humanitário, os quais, em geral, não têm condições de pagar as taxas exigidas, em face da vulnerabilidade social e por terem dificuldades em ocuparem postos no mercado de trabalho formal. Nesse contexto, buscou a isenção das taxas pela via administrativa, o que não foi atendido.

Diante de tal fato, em 16/04/2015, o MPF ingressou com Ação Civil Pública n. 5005019-44.2015.4.04.7107/RS, em face da União, cujo objeto foi a abstenção da exigência aos estrangeiros hipossuficientes, especialmente aos portadores de visto humanitário, do pagamento de taxas e demais despesas decorrentes para a realização do Registro Nacional de Estrangeiro (RNE) e para expedição da CIE, uma vez que a referida cobrança viola o direito ao exercício da cidadania, que são gratuitos, nos termos do art. 5º, inciso LXXVII, da CF/88, bem como aduziu que o princípio da reserva legal deve ceder em face do princípio da dignidade da pessoa humana. Por fim, o MPF ainda argumenta que ao estrangeiro residente no país deve ser garantida a igualdade perante a lei, nos termos do caput do art. 5 da CF.

A Juíza Federal Adriane Battisti, da 3ª Vara Federal de Caxias do Sul/RS, ao apreciar o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, negou o pleito, alegando que não restou comprovada urgência do pedido no que se refere ao risco de perecimento do direito em questão.

Insatisfeito com a decisão acima mencionada, o MPF interpôs Agravo de Instrumento com pedido de antecipação da tutela recursal (5017747-98.2015.4.04.0000/RS), alegando, para além dos argumentos da inicial da ACP, que o perigo da demora consubstancia-se no fato de que, impedidos de trabalhar e, consequentemente, auferir renda, o prazo de que os imigrantes com visto humanitário dispõem, além de exíguo, tende a expirar sem o pagamento das taxas exigidas. Mesmo diante de tais argumentos, a Des. Fed. Vivian Josete Pantaleão Caminha, em 23/06/2015, indeferiu o pedido de antecipação de tutela recursal, sob a alegação de que a manutenção do pagamento de taxas por parte de estrangeiros hipossuficientes, em tese, não impede o exercício de direitos fundamentais.

No julgamento do mérito do referido AI, a 4º Turma do TRF 4, por unanimidade, negou provimento ao agravo em 06/10/2015, pois considerou que não estão preenchidos os requisitos da existência de prova inequívoca, verossimi-

lhança da alegação e fundado receito de dano irreparável, conforme voto proferido pelo Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia.

No que concerne ao mérito da ACP, em sede de primeira instância, proferiu-se sentença julgando improcedente o pedido. Para tanto, o Juízo fundamentou sua decisão no fato de que o Código Tributário Nacional, o Estatuto do Estrangeiro, o Decreto que o regulamenta e até mesmo a Constituição Federal lastram a exigência do pagamento de taxas e despesas para regularização migratória, sendo vedado ao Judiciário atuar como legislador positivo e isentar, fora das hipóteses previstas em lei, o pagamento de taxas, ainda que na hipótese de estrangeiros detentores de visto humanitário, hipossuficientes economicamente e em situação de vulnerabilidade social.

Entretanto, o MPF interpôs recurso de Apelação Cível (n. 5005019-44.2015.4.04.7107/RS) contra a mencionada decisão de primeira instância. Nessa oportunidade, a 2ª Turma do TRF4, por maioria, em 18/10/2017, decidiu que é devida a taxa de registro e emissão de CIE, por não haver norma de imunidade ou isenção, mesmo nos casos de hipossuficiência econômica e vulnerabilidade social, conforme o entendimento do Relator, Des. Fed. Rômulo Pizolatti.

Em que pese o entendimento acima adotado, vale destacar o voto divergente proferido pelo Des. Fed. Sebastião Ogê Muniz. Em sua fundamentação, reconheceu que a CF/88 preceitua a igualdade entre brasileiros e estrangeiros residentes, bem como que são gratuitos, na forma da lei, os atos necessários da cidadania. Com efeito, descreveu o teor de parte da Lei 9.265/96, que regulamentou a norma constitucional mencionada, destacando o dispositivo que se refere à gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania. Além disso, destacou que exigir o pagamento de taxas aos imigrantes portadores de visto humanitário e que são visivelmente hipossuficientes economicamente cria uma distinção em relação ao tratamento conferido ao nacional, pois os documentos de certidão de nascimento e registro geral (RG) são gratuitos. Portanto, devem prevalecer as normas constitucionais em detrimento das ordinárias que exigem lei específica para a isenção em debate. Diante de tais fundamentos e após colacionar alguns precedentes, em que pese ter sido vencido, o citado Des. emitiu seu voto pelo provimento à apelação.

Apesar do entendimento acima, em 21/02/2017, a 3ª Turma do TRF 4, ao julgar o Agravo de Instrumento n. 5042198-56.2016.4.04.0000/RS, por unanimidade, firmou o entendimento de que o estrangeiro hipossuficiente, da mesma forma que o brasileiro, faz jus à expedição da respectiva CIE, independente do pagamento de taxas e despesas.

No caso em tela, o MPF ingressou com ACP (5010065-77.2016.4.04.7107) em face da União, cujo objetivo foi a isenção de taxas e multas cobradas administrativamente para o trâmite do processo de permanência definitiva em território

brasileiro dos menores Dine Groussard Dorgent e Mendel Essel Rosselard Dorgent, ambos nacionais haitianos, considerando a hipossuficiência de seus genitores em arcar com os custos. Ocorre que o Juiz Federal Fernando Tonding Etges, ao apreciar o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, indeferiu o pleito liminar, alegando que a cobrança das taxas encontra largo amparo na legislação brasileira, notadamente no Código Tributário Nacional, no Estatuto do Estrangeiro e na própria Constituição Federal, o que faz com que seja vedado ao Judiciário estabelecer isenção de taxas que estão regularmente previstas em lei.

Diante do referido indeferimento, o MPF interpôs o recurso de Agravo de Instrumento (AI), cuja antecipação da pretensão recursal foi deferida. No mérito, o Relator, Des. Fed. Ricardo Teixeira do Valle Pereira proferiu voto no sentido de que a situação de vulnerabilidade dos imigrantes haitianos, que não dispõem de recursos financeiros para o pagamento de taxas e multas impostas pela União para regularização migratória, enseja na necessária isenção do pagamento de taxas e multas exigidas para registro e expedição da CIE, conforme precedentes da própria Corte. Pois somente assim agindo não haverá que se falar em prejuízos à subsistência dos menores haitianos, nem obstado os direitos inerentes à cidadania. Portanto, nota-se que o voto foi pelo provimento do AI, o que foi acompanhado pelos demais membros da 3ª Turma.

Com relação ao caso acima mencionado, vale ainda ressaltar que quando do julgamento do mérito da ACP n. 5010065-77.2016.4.04.7107, o Magistrado de primeira instância julgou procedente a ação, reconhecendo, portanto, o direito à isenção do pagamento de taxas e multas para os imigrantes haitianos Dine Groussard Dorgent e Mendel Essel Rosselard Dorgent. Apesar do acerto da decisão, a União interpôs recurso de apelação (**5010065-77.2016.4.04.7107**), o qual se encontra pendente de julgamento pela 3ª Turma do TRF 4.

Em 22/02/2017, a 4ª Turma do TRF4, por unanimidade, deu provimento ao AI n. 5042195-04.2016.4.04.0000/RS, oportunidade em que firmou o entendimento de que o estrangeiro economicamente hipossuficiente faz jus à isenção de taxas e despesas para obter a CIE.

O referido AI foi interposto contra decisão proferida pelo juiz federal Fernando Tonding Etges, que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela em ACP (5010301-29.2016.4.04.7107/RS) proposta pelo MPF, cujo objeto foi a isenção de taxas e despesas para emissão da segunda via da CIE.

No caso em apreço, o MPF requereu, liminarmente e no mérito, a citada isenção do pagamento de taxas e despesas para emissão da segunda via da CIE de imigrante haitiano, com base, em suma, nos seguintes fundamentos: a) que Wislin Fanfan, portador de visto permanente por razões humanitárias, teve sua CIE furtada e para emissão da segunda via foi exigido o pagamento de R$ 502,78; b) que em virtude de hipossuficiência econômica do nacional haitiano, não há

como pagar o citado valor; c) que os documentos individuais são essenciais para o exercício da cidadania; e, por fim, d) que se os brasileiros têm garantido o direito de que sua identificação seja gratuita nos casos de hipossuficiência econômica, os estrangeiros, desde que em mesma situação, também teriam tal direito.

Mesmo diante de tais argumentos, o Magistrado negou o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, alegando, para tanto, que a cobrança da taxa em discussão é totalmente legal, pois se encontra amparada por diversos diplomas normativos, como o Código Tributário Nacional (art. 77, 97 e 111), o Estatuto do Estrangeiro (arts. 33 e 131), o Decreto n. 86.715/98 (arts. 58, 59, 176 e 177) e a própria Constituição Federal (art. 150, § 6º). Dessa forma, entendeu que não cabe ao Judiciário atuar como legislador positivo, estabelecendo a isenção de quaisquer taxas que estejam previstas regularmente em lei. Além disso, afirmou que não há que se falar em aplicação do princípio da isonomia entre brasileiros e estrangeiros residentes no país para fins de deferimento do pleito, pois não se está diante de situações idênticas, já que há uma legislação em vigor tratando do tema.

Em clara divergência do juízo de primeira instância, o Des. Fed. Cândido Alfredo Silva Leal Junior, na qualidade de Relator do caso, votou pelo provimento do AI, fundamentando tal posicionamento com base em precedentes do próprio TRF 4, que firmaram o entendimento de que o estrangeiro economicamente hipossuficiente faz jus à isenção de taxas e despesas para obter a CIE, bem como pelo fato de que tal documento é indispensável para o exercício dos atos da vida civil, como a obtenção de trabalho.

Voltando à já citada ACP, no que concerne ao mérito, o Magistrado outrora mencionado, mesmo tendo uma posição pessoal contrária, acolheu o pedido da parte autora em respeito à segurança jurídica e com a intenção de prestigiar a posição do TRF 4, já que a 4ª Turma, à unanimidade, entendeu cabível a isenção do pagamento de taxas para regularização da situação migratória do nacional haitiano Wislin Fanfan, em virtude sua hipossuficiência.

Enfim, o entendimento de que os imigrantes haitianos hipossuficientes fazem jus à isenção do pagamento de taxas e multas decorrentes do processo de regularização migratória encontra-se sedimentado no âmbito do TRF 4, uma vez que esse posicionamento também foi adotado no julgamento da Remessa Necessária Cível n. Nº 5022114-65.2016.4.04.7200/SC e no Agravo de Instrumento n. 5008531-45.2017.4.04.0000/RS.

2.6 Da autorização de ingresso de estrangeiro sem visto em virtude de reunião familiar

Em 06/12/2017, ao julgar a Apelação Cível n. 5007476-34.2015.4.04.7112/RS, a 4ª Turma do TRF 4 decidiu, por unanimidade, negar provimento ao dito recurso e reconhecer o direito de ingresso de alguns nacionais haitianos, mesmo sem visto, para fins de reunião familiar.

Em sede de primeiro grau de jurisdição, o Juiz Federal Felipe Veit Leal reconheceu a possibilidade dos autores Bernadens Olivince e Guerda Fenelon Olivince, familiares de Berlange Olivince, cidadão haitiano solicitante de refúgio, de ingressarem sem visto no Brasil por via aérea.

Dos fatos, depreende-se que Berlange Olivince, nacional do Haiti, ingressou no Brasil em 11/07/2013 e requereu a condição de refugiado motivado pela catástrofe ambiental e social de seu país. Contudo, sua esposa (Guerda Fenelon Olivince) e filho (Bernadens Olivince) permaneceram no Haiti. Dessa forma, dada a intenção de reunir a família, postula-se o ingresso no Brasil, por via área e sem visto, dos familiares mencionados, já que era impossível que uma mulher com uma criança pequena percorresse o longo caminho do Haiti até Porto Alegre, pela via terrestre e com visto.

O Magistrado, acertadamente, lembrou que o direito à unidade familiar é oponível ao próprio Estado. Isso acarreta no dever de assegurá-lo. Além disso, a Lei n. 9.474/97, em seu art. 2º, preceitua acerca da extensão da proteção estatal aos membros do estrangeiro solicitante de refúgio. Ocorre que a lei exige que os membros da família do estrangeiro solicitante estejam em território pátrio, o que viola o art. 226 da CF/88. Assim, ao se exigir que toda a família esteja em território brasileiro para obter a extensão da tutela do mencionado art. 2º, impõe um risco desnecessário, o que pode resultar na separação da família. Diante de tais fundamentos, não só em sede de antecipação da tutela, mas também no próprio mérito, o citado juiz autorizou o ingresso em território brasileiro pela via aérea sem que lhes seja exigida a apresentação de visto.

Diante da presente decisão, a União interpôs recurso de apelação, requerendo a reforma da sentença e a improcedência da ação, alegando, dentre outros fundamentos, que: a) a norma não é inconstitucional; b) os cidadãos haitianos não fazem jus a refúgio; c) a solicitação de refúgio feita por Berlane Olivince não é suficiente para autorizar a emissão de visto para reunião familiar; d) o visto humanitário poderia ter sido solicitado na Embaixada do Brasil em Porto Príncipe; e, por fim, e) a permissão de entrada no Brasil é ato discricionário do Executivo e não cabe ao Judiciário interferir.

O Des. Fed. Cândido Alfredo Silva Leal Junior proferiu voto no sentido de que deve ser mantido o provimento que autorizou o ingresso dos autores Bernadens Olivince e Guerda Fenelon Olivince no território brasileiro sem exi-

gência de visto, em virtude do direito à proteção familiar, que é assegurado tanto na CF/88 quanto na nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017, art. 3º-VIII); da necessidade de assegurar a reunião familiar para proteger menor de idade, que goza de proteção especial; e, por fim, por se encontrar superada a discussão sobre o cabimento do refúgio, já que foi deferido ao autor Berlange Olivince, em 12/11/2015, o visto de permanência por razões humanitárias, que se estende aos dependentes, nos termos da Res. N. 108/2012 – CNIg. Além disso, o voto ainda enfrentou a questão de que o ingresso dos dependentes no país não é automático, o que enseja da exigência de solicitação do visto. Entretanto, no caso em tela, a demora da União em analisar o pedido de refúgio e conceder o visto humanitário autoriza a flexibilização da regra que exige o ingresso no território brasileiro para dar início à solicitação de visto de permanência por extensão, em razão da necessidade de proteger a unidade familiar, notadamente, a criança. Dessa forma, vê-se que o relator posicionou-se pela autorização da vinda dos familiares para o Brasil, mesmo sem visto, para assegurar a proteção à família e ao filho menor. Com efeito, tal entendimento foi acompanhado por todos os integrantes da 4ª Turma do TRF 4.

3. A não efetivação dos direitos humanos dos imigrantes haitianos pelo judiciário brasileiro

Mesmo diante dos vários avanços que já foram descritos, nem todas as decisões promovem uma concretização dos direitos humanos dos migrantes vulneráveis. Nas linhas que seguem serão apresentados os casos e principais teses de processos que tramitaram na Justiça Federal brasileira e que abordam, especificamente, direitos dos imigrantes haitianos.

3.1 Do não reconhecimento da condição de refugiados (ambientais) aos imigrantes haitianos

Em 2012, na Ação Civil Pública (ACP) nº 723-55.2012.4.01.3000, o MPF, no mérito e no pedido de antecipação de tutela, solicitou, dentre outras coisas, o reconhecimento da condição jurídica de refugiado para todos os imigrantes de nacionalidade haitiana que se encontravam no território nacional. Com efeito, o MPF fundamentou o seu pedido no art. 1º, III, da Lei 9.474/97, em razão da situação de grave e generalizada violação dos direitos humanos.

A União contestou a referida ação, alegando, em suma, que a concessão de refúgio é um ato político; que a análise da condição de refugiado tem que ser individual; que há total impossibilidade de concessão de refúgio a indivíduos que se deslocam em razão de desastres naturais; bem como que a concessão de

visto permanente por razões humanitárias, à razão de 1.200 por ano, no prazo de cinco anos, já atenderia aos interesses dos imigrantes haitianos.

O Juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Acre concedeu, parcialmente, a antecipação da tutela, reconhecendo, dentre outros pontos, que a concessão de refúgio é ato vinculado e que a indevida violação do princípio do *non-refoulement* pode ensejar a responsabilidade internacional do Estado brasileiro. Sem embargo, fora determinado, em síntese, que a União faça cessar todo e qualquer impedimento para o ingresso no território nacional de migrantes de nacionalidade haitiana em busca de refúgio; que se abstenha de praticar qualquer ato que impeça o indivíduo haitiano solicitante de refúgio de ter seu pedido apreciado segundo a Lei 9.474/97; que dê amplo conhecimento da postura do órgão nacional competente para analisar o pedido de refúgio, em relação à questão de refúgio dos nacionais haitianos, bem como amplo conhecimento das formas de entrada já deferidas por meio da Resolução n. 97 do CNIg.

Insatisfeita, a União interpôs recurso de Agravo de Instrumento (0009420-44.2012.4.01.0000 – AC). Ocorre que o Presidente da Corte do TRF1, Des. Fed. Olindo Menezes, deferiu o pedido de suspensão da execução da tutela antecipada, alegando, dentre outros fundamentos, que houve uma ingerência da atividade jurisdicional sobre atribuições da Administração Pública; que abrir as fronteiras do Brasil feriria a soberania nacional e causaria problemas sociais e de segurança pública; que não compete ao Judiciário alterar a política pública estabelecida pelos órgãos competentes para a concessão da condição de refugiado ou de vistos permanentes; e, que a tutela de urgência deferida em primeira instância apresenta um potencial lesivo em detrimento da ordem pública. Apesar de tais argumentos, o Des. Fed. Olindo reconheceu que o Haiti encontrava-se "destroçado pela miséria, pela fome, pelas doenças, pelas contradições políticas e por fenômenos naturais".

Tal fato levou o MPF a interpor Agravo Regimental na Suspensão de Antecipação de Tutela, basicamente reiterando os argumentos contidos na inicial da ACP. No julgamento do referido Agravo, o Relator, Des. Fed. Mário César Ribeiro, votou no sentido de que a decisão de suspensão de antecipação de tutela não merece reforma, o que ensejou, consequentemente, o voto pela negativa de provimento ao Agravo Regimental. Sustentou o Relator que salvo as hipóteses previstas na Lei 9.474/1997, a imigração não é um direito do estrangeiro, mas uma concessão do Estado; que o inciso III, do artigo 1º não acolhe a interpretação de que os desastres naturais podem ensejar grave e generalizada violação aos direitos humanos; que o Judiciário não deve assumir a função do Executivo, permitindo a entrada de todo e qualquer cidadão haitiano que solicitar refúgio; e, por fim, que o CNIg instituiu a figura do "visto humanitário" em favor exclusivamente dos haitianos, o que permite, portanto, a entrada legal de haitianos de forma ordenada, nos termos da RN nº 97/2012.

A Des. Fed. Selene Almeida proferiu voto vista acompanhando o voto do Relator, porém, com fundamento diferente. Em suma, fundamentou o referido voto no sentido de que o ato de concessão/denegação de refúgio é um ato vinculado, não sendo o caso, portanto, de judicialização com intervenção do Judiciário criando ou modificando políticas públicas; que a lei brasileira não contempla a possibilidade de o indivíduo ser reconhecido como refugiado por motivo de desastre natural, do clima ou ecológico, o que acarreta na inexistência de um direito subjetivo ao refúgio, no presente caso. Assim, as decisões do CNIg e do CONARE não merecem, conforme exposto no presente voto vista, qualquer reparo.

Diante do que fora exposto, vê-se que a Corte Especial do TRF1, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

No mérito, a ACP foi julgada improcedente em 14 de janeiro de 2013. O Juízo fundamentou sua decisão levando em consideração que as causas que não podem ser imputadas ao Estado não são aptas a ensejarem a proteção pelo refúgio; que o conceito de refugiados ambientais não deve ser aceito; que o Brasil não descumpriu qualquer norma pública internacional; que o CONARE já decidiu que os imigrantes haitianos não são refugiados; bem como que não há rechaço pelo Estado brasileiro de qualquer nacional haitiano, sem que antes a ele seja concedido uma manifestação em obediência ao devido processo legal.

Muito embora haja discordância de certos pontos da decisão, alguns argumentos são elogiáveis. Afinal, o juiz Guilherme Michelazzo Bueno citou Opiniões Consultivas da Corte IDH, bem como o Caso 10.675, que tramitou no âmbito da CIDH e a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, mesmo o Brasil não tendo ratificado dito instrumento internacional.

3.2 Da não obrigatoriedade de intimação da Defensoria Pública da União em processos administrativos que versam sobre irregularidade migratória

Em 16/03/2016, no Acórdão proferido no julgamento da Apelação Cível/Reexame Necessário decorrente do proc. 0014735-83.2011.4.02.5101, a Sexta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF 2), por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação e à remessa necessária, nos termos do voto da Relatora (Des. Fed. Nizete Antônia Lobato Rodrigues Carmo), mantendo, portanto, a sentença emanada da primeira instância. Com efeito, dito órgão jurisdicional considerou que não há obrigatoriedade da PF intimar a DPU sempre que um estrangeiro em situação irregular for apreendido, uma vez que inexiste previsão legal para tanto no direito estatal brasileiro e mesmo em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, bem como pelo fato de que

a prévia intervenção da DPU é desnecessária para assegurar a possibilidade de refúgio, já que se trata de um processo administrativo.

3.3 Da absoluta necessidade de visto para reunião familiar de haitianos portadores de visto humanitário

Em 2015, Augustin Pierrilus, Marianie Adeus Pierrilus e Kervens Pierrilus, todos nacionais haitianos, ingressam com ação ordinária (5007511-91.2015.4.04.7112/RS) em face da União, cujo objeto foi a autorização para que os últimos adentrassem no Brasil, desde o Haiti, pela via aérea, sem que lhes seja exigida a apresentação de visto de qualquer categoria. A finalidade de tal medida seria promover a reunião familiar.

O Juízo da 2ª Vara Federal de Canoas concedeu a antecipação dos efeitos da tutela, após considerar a aplicação do princípio da proteção à unidade familiar, que pode ser oponível ao próprio Estado, bem como em razão da possibilidade de extensão da condição de refugiado aos membros da família. No que concerne à questão específica da exigência de que os membros da família encontrem-se no território brasileiro para fins da extensão da condição de refugiado, o magistrado Felipe Veit Leal entendeu que a presente regra viola o art. 226 da CF/88, pois desampara as situações fáticas como a do caso em tela.

Descontente com a decisão acima, a União interpôs o recurso de Agravo de Instrumento (AI). Nessa oportunidade, alegou que os efeitos da condição de refugiado, conforme disciplina a Lei n. 9.474/97, somente são extensivos aos cônjuges e descendentes que estejam em território nacional. Além disso, a simples solicitação de refúgio não seria suficiente para autorizar a expedição de visto para reunião familiar. Por fim, ainda pontua que os haitianos que migram para o Brasil não são considerados refugiados, mas sim portadores de visto humanitário.

Após o parecer do MPF pelo desprovimento do AI e consequente manutenção da decisão concessiva da antecipação dos efeitos da tutela, o Des. Fed. Fernando Quadros da Silva, relator do caso, proferiu seu voto, afirmando, em síntese, que: a) a soberania é um dos fundamentos da República; b) a independência nacional é um dos princípios que regem a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais; c) a concessão do visto, sua prorrogação ou transformação ficarão sempre condicionadas ao interesse nacional; d) compete à Administração o controle de entrada e saída de estrangeiros; e) que os estrangeiros que pretendem ingressar em território nacional devem sujeitar-se às regras estabelecidas para tanto; f) que os efeitos da condição de refugiado somente são extensivos aos cônjuges e descendentes que se encontrem em território nacional; g) que os imigrantes haitianos não detêm a condição de refugiados, mas sim de portadores de visto humanitário; h) que a dispensa de visto não se aplica

ao caso de cidadãos haitianos; i) em havendo procedimento administrativo especialmente definido na legislação para expedição de visto para reunião familiar, esse procedimento deve ser obrigatoriamente observado; e, por fim, j) que a exigência de visto não viola a Constituição Federal, pois não impede de modo desarrazoado a reunião familiar.

Diante de tais fundamentos, que em 30/03/2016, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 5039041-12.2015.4.04.0000/RS, a 3ª Turma do TRF 4, por unanimidade, decidiu que havendo procedimento administrativo especialmente definido na legislação para expedição de visto para reunião familiar, dito procedimento deve ser obrigatoriamente observado, sob pena de interferência indevida na política migratória do país.

Em que pese à decisão proferida no AI acima mencionado, o Juízo da 2ª Vara Federal de Canoas/RS, ao julgar o mérito da causa, proferiu sentença reconhecendo o direito dos nacionais haitianos Marianie Adeus Pierrilus e Kervens Pierrilus a ingressarem no território brasileiro pela via aérea sem que lhes seja exigida a apresentação de visto. Com efeito, a fundamentação foi a reiteração dos argumentos já citados quando dos comentários à decisão que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela.

Mais uma vez insatisfeita com a concretização dos direitos humanos dos imigrantes haitianos promovida pela 2ª Vara Federal de Canoas/RS, a União interpôs recurso de apelação cível (5007511-91.2015.4.04.7112/RS), basicamente, reiterando os fundamentos do descrito AI.

Após o MPF emitir parecer pelo desprovimento do apelo e manutenção da sentença de primeira instância, a Des. Fed. Vânia Hack de Almeida proferiu seu voto pela reforma da sentença, alegando, para tanto, que: a) o mero pedido de refúgio não é suficiente para autorizar a expedição de visto para reunião familiar; b) os efeitos da condição de refugiado são extensivos aos cônjuges e descendentes somente, desde que se encontrem em território nacional, o que não é o caso; c) que os imigrantes haitianos não são considerados refugiados, mas sim portadores de visto humanitário; d) que o caso em tela não se enquadra nas hipóteses legais de isenção de visto; e, por fim, e) que havendo procedimento administrativo previsto na legislação para expedição de visto para reunião familiar, esse deve ser absolutamente observado.

Diante do voto acima descrito, em 22/08/2017, a 3ª Turma do TRF4, por unanimidade, decidiu dar provimento à apelação para julgar improcedente o pedido inicial. Assim agindo, firmou o posicionamento no sentido de que havendo procedimento administrativo definido na legislação para expedição de visto para reunião familiar, ele deve ser obrigatoriamente observado, bem como que os efeitos da condição de refugiado somente são extensivos ao cônjuge, as-

cendentes e descendentes na hipótese de tais familiares encontrarem-se em território nacional.

3.4 Da ilegitimidade do Judiciário para intervir na política migratória

Em 19/10/2016, no julgamento da Apelação Cível n. 5007357-73.2015.4.04.7112/RS, a 4ª Turma do TRF4, por unanimidade, decidiu negar provimento às apelações, mantendo, portanto, o entendimento do juízo de primeira instância, no sentido de que é ilegítima a intervenção do Judiciário na política de migração do país, salvo no caso de comprovada ilegalidade, uma vez que há procedimentos administrativos legalmente previstos para reconhecimento da condição de refugiado e para concessão de visto permanente.

Versa o caso sobre ação judicial movida por Berjuna Jusme e Widny Ornelus contra a União, cujo objetivo foi a concessão de autorização para que a autora, nacional haitiana, possa ingressar no Brasil sem que lhe seja exigida apresentação de visto. Ocorre que tal pleito foi julgado improcedente, em sede de primeira instância, pelo Juiz Federal Roberto Schaan Ferreira, o que ensejou a interposição de recurso pela autora e pelo MPF, com base no argumento de que a autora detém a condição de refugiada, bem como quem direito à reunião familiar.

Na qualidade de Relator, o Des. Fed. Cândido Alfredo Silva Leal Junior proferiu voto no sentido, em suma: a) que o CONARE ainda não se manifestou acerca da solicitação de refúgio do autor; b) que a autora ainda reside no Haiti; c) que o visto permanente a título de reunião familiar, embora previsto na RN n. 108/2014 – CNIg, ainda não foi solicitado e/ou apreciado pelo Ministério das Relações Exteriores; d) que não é legítimo que o Judiciário intervenha na política de migração do pais, salvo no caso de ilegalidade, em virtude da existência de procedimentos legalmente previstos para a concessão de refugiado, bem como para a concessão de visto permanente a título de reunião familiar; e) que o autor encontra-se residindo no território brasileiro temporariamente, em virtude do protocolo do pedido de refúgio, sendo que o presente ainda se está pendente de apreciação; f) que o autor não detém a condição de refugiado, mas sim a permanência em virtude da concessão e visto humanitário; g) que não há como estender à esposa do autor uma condição que ele sequer detém; e, por fim, h) que o pedido não se enquadra nas poucas hipóteses de dispensa de visto, que estão previstas na Lei 6.815/80 (arts. 10 e 130).

Com base em tais argumentos, o Relator votou pelo desprovimento aos recursos e, consequentemente, pela manutenção da sentença de primeiro grau. Decisão esta que, conforme mencionado, foi acompanhada pelos demais integrantes da 4ª Turma do TRF.

3.5 Da incidência de taxa para regularização migratória dos imigrantes haitianos portadores de visto humanitário

Em 22/06/2017, a 6ª Turma do TRF3, por unanimidade, no julgamento da Apelação Cível n. 0014624-43.2015.4.03.6100/SP, decidiu que é absolutamente legal a incidência de taxa para expedição de documentos de regularização de estrangeiro, em virtude da ausência de previsão legal expressa, bem como que o pagamento dessa espécie de tributo não viola a cidadania e a dignidade de imigrantes haitianas portadoras de visto humanitários, ainda que em situação de hipossuficiência econômica, pois não são brasileiras.

Mas antes de analisar os fundamentos da decisão acima mencionada, necessário se faz visitar à primeira instância e apontar os fundamentos da decisão apelada.

Segundo consta, as nacionais haitianas Joeneidy Rosius e Joney Rosius, representadas por seu genitor, ajuizaram um Mandado de Segurança (MS) em face de ato praticado pelo Delegado da Polícia Federal responsável pela Delegacia de Imigração de São Paulo (DELEMIG), cujo objetivo foi assegurar a não cobrança da taxa administrativa inerente à expedição da CIE. Sem embargo, o pedido de isenção é motivado pela hipossuficiência econômica das impetrantes, pois o pagamento dos valores exigidos viria a comprometer o sustento familiar. Além disso, tal documento é essencial para o acesso a serviços públicos.

O juízo da 4ª Vara Federal de São Paulo concedeu liminar, determinando que a autoridade impetrada se abstenha de exigir das impetrantes a taxa administrativa mencionada. Para tanto, fundamentou a presente decisão no fato de que a CF/88 garante a igualdade entre brasileiros e estrangeiros residentes, bem como a gratuidade dos atos necessários para o exercício da cidadania. Dessa forma, o estrangeiro hipossuficiente faz jus à CIE, uma vez que tal documento é essencial para o exercício da cidadania.

Após a superação das etapas processuais pertinentes, bem como da emissão de parecer favorável à concessão da segurança por parte do MPF, o Magistrado, em apreciação ao mérito, reiterou os fundamentos da decisão liminar, o que ensejou na concessão da segurança, reconhecendo o direito das impetrantes à isenção do pagamento de taxa administrativa referente à emissão da CIE, em virtude da hipossuficiência econômica.

Discordando da decisão acima, a União interpôs recurso de apelação, alegando, em suma, que inexiste previsão legal a isenção conferida pela sentença de primeira instância.

Após o MPF emitir parecer pelo desprovimento do apelo, portanto, favorável à isenção na específica situação em tela, o Des. Fed. Johonsom di Salvo proferiu seu voto pelo provimento do apelo e, consequente, denegação da se-

gurança, o que enseja no reconhecimento da legalidade da cobrança das taxas mencionadas. Para tanto, em síntese, o citado Desembargador entendeu que há previsão legal para a cobrança das taxas em discussão, seja com base no Estatuto do Estrangeiro, na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional, bem como que a exigência de taxas não impede as nacionais haitianas de exercerem plenamente a sua cidadania ou viola a dignidade humana, pois somente as impetrantes não são cidadãs brasileiras.

Infelizmente, conforme anteriormente mencionado, o voto acima, com todos os seus fundamentos, foi seguido à unanimidade pelos integrantes da 6ª Turma do TRF 3.

No mesmo sentido, em 08/08/2017, no julgamento da Apelação Cível n. 0060098-46.2011.4.01.3800 – MG, por unanimidade, a 7ª Turma do TRF1, adotou o posicionamento de que há total impossibilidade de isenção do pagamento de taxas por imigrantes, ainda que em situação de hipossuficiência, em virtude da inexistência de previsão legal.

No caso em tela, a DPU ingressou com Ação Civil Pública requerendo a isenção do pagamento de taxas, dentre outros casos, para expedição da CIE, quando o solicitante de tal documento for hipossuficiente. Para tanto, baseou-se na tese de que o pagamento de taxas por estrangeiros hipossuficientes viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, bem como que os arts. 33 e 131, ambos do Estatuto do Estrangeiro, não foram recepcionados pela CF/88.

Ocorre que em sede de primeira instância, o Juízo da 18ª Vara Federal de Minas Gerais extinguiu o processo sem resolução do mérito, o que ensejou a interposição de recurso por parte da DPU. Vale destacar que na apelação interposta, a DPU deixou claro que a isenção seria para todos os estrangeiros hipossuficientes que estejam em território nacional, portanto, incluiria os portadores de visto humanitário, como é o caso dos haitianos.

Após o MPF emitir parecer pela concessão da isenção em discussão, o Juiz Federal Eduardo Morais da Rocha, na condição de relator convocado, proferiu seu voto. Com relação ao mérito da causa, afirmou que não há qualquer previsão legal que possibilite a isenção de pagamento de taxas inerentes ao processo de regularização migratória pelos estrangeiros, mesmo que em situação de hipossuficiência econômica, de acordo com o Código Tributário Nacional e a própria Constituição Federal. Portanto, não caberia ao Judiciário atuar como legislador positivo, bem como estender benefícios não contemplados em lei. Diante do exposto, vê-se que o voto foi pelo sentido da ausência de irregularidade e reconhecimento da legitimidade da cobrança das taxas para regularização migratória, o que ensejou no julgamento improcedente dos pedidos. Sem embargo, esse entendimento foi acolhido pelos demais magistrados da 7ª Turma do TRF 1.

4. Conclusão

Foram examinados 18 casos julgados pela Justiça Federal brasileira, provenientes de todos os Tribunais Regionais Federais e que trataram, especificamente, de direitos de imigrantes haitianos. Alguns de certa complexidade, pois exigiram a análise de decisões que concederam antecipação da tutela, julgaram agravo de instrumento, sentenças de mérito e acórdãos prolatados em apelação e/ou remessa necessária.

Dentre eles, 11, efetivamente, concretizaram direitos humanos dos imigrantes haitianos. Sendo que as principais linhas jurisprudenciais são: a) garantia do direito de renovação de visto e emissão da CIE; b) possibilidade de emissão da CIE ainda que fora do prazo; c) possibilidade de substituição da prisão preventiva por medida cautelar diversa da prisão, mesmo que para imigrante em situação de irregularidade migratória; d) desnecessidade de legalização/consularização de documentos; e) isenção do pagamento de taxas e multas inerente ao processo de regularização migratória, em razão da hipossuficiência; e, por fim, f) autorização de ingresso de estrangeiro sem visto em virtude de reunião familiar.

Por outro lado, foram identificados 7 casos em que não houve reconhecimento de violação aos direitos humanos de imigrantes haitianos. Com efeito, as principais linhas jurisprudenciais foram: a) não reconhecimento da condição de refugiados (ambientais) aos imigrantes haitianos; b) a não obrigatoriedade de intimação da Defensoria Pública da União em processos administrativos que versam sobre irregularidade migratória; c) a absoluta necessidade de visto para reunião familiar de haitianos portadores de visto humanitário; d) a ilegitimidade do Judiciário para intervir na política migratória; e) a absoluta incidência de taxa para regularização migratória dos imigrantes haitianos portadores de visto humanitário, mesmo que em situação de hipossuficiência.

Do acima mencionado, duas questões saltam aos olhos. Deve-se reparar que no que tange à necessidade de visto para reunião familiar de haitianos portadores de visto humanitário, bem como com relação à isenção de taxa para regularização migratória, há larga divergência na Justiça Federal.

No que concerne à necessidade de visto para reunião familiar, a 4ª Turma do TRF 4, em 2016, decidiu pela exigência do visto. Já em 2017, mudou o seu entendimento e permitiu o ingresso sem visto para fins de reunião familiar. Ocorre que a 3ª Turma do mesmo TRF 4, nos dois casos que apreciou, negou a dispensa do visto. Portanto, vê-se uma total incongruência dentro do mesmo Tribunal Regional.

Com relação à isenção da taxa para regularização migratória no âmbito do TRF 3, tanto a 6ª como a 7ª Turma negaram a possibilidade. Enquanto isso, no TRF 4, em 5 oportunidades a isenção foi concedida. Apesar disso, em 2 casos, foi negada. Vale destacar que a 4ª Turma negou em 2015, mas concedeu em 2017.

Os dados acima só demonstram que a Justiça Federal brasileira ainda diverge bastante em relação à concretização dos direitos humanos dos imigrantes. Espera-se que com a entrada em vigor da Lei de Migração, muitos dos casos em que os direitos humanos dos imigrantes não foram devidamente tutelados possam ser novamente apreciados pelos órgãos jurisdicionais, dessa vez com uma visão mais humanista.

Por fim, vale destacar que a grande maioria das ações foi movida pela Defensoria Pública da União e pelo Ministério Público Federal, o que comprova o comprometimento de tais órgãos com a proteção dos direitos humanos dos imigrantes.

O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E OS PROCESSOS DE REFÚGIO: O DILEMA DAS CRIANÇAS DESACOMPANHADAS NOS PROCESSOS DE DESLOCAMENTO HUMANO FORÇADO E OS PROCEDIMENTOS DE PROTEÇÃO A NÍVEL GLOBAL E NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Estela Cristina VIEIRA DE SIQUEIRA[1]

1. Introdução

As crianças, seres humanos ainda no princípio de sua existência na terra, dependentes do amparo e proteção de familiares e responsáveis para garantir sua sobrevivência e bem-estar, em razão da inocência inerente ao próprio processo de desenvolvimento humano, encontram-se no centro de documentos norma-

[1] Mestre em Direito, com ênfase em Constitucionalismo e Democracia, pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Professora de Direito Internacional da Faculdade Três Pontas - FATEPS/ Grupo Unis. E-mail: estelacvieira@gmail.com.

tivos dedicados à salvaguarda de seus direitos e interesses, seja por parte dos Estados ou da sociedade.

Há, porém, situações inúmeras, como os conflitos armados e as perseguições de toda sorte, que ameaçam a estabilidade das nações e de seu embrião mais longínquo, a família, e colocam as crianças - que compõem cifras significativas entre os indivíduos deslocados involuntariamente de seus lugares de origem - em circunstâncias de extremo risco à sua integridade física e emocional.

Fruto de uma evolução gradativa dos mecanismos internacionais de proteção à infância e resultado de inúmeros esforços por parte da comunidade internacional, a Convenção sobre os Direitos da Criança se mostraria mais completa que o texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no que tange ao Direito das Crianças. A proteção infantil, no texto de 1948[2], aparece brevemente, em poucos dispositivos, relativos à maternidade e à família, garantindo a extensão da proteção social a filhos nascidos fora do contexto do matrimônio.

Ainda sob o viés familiar, a Declaração sobre os Direitos da Criança, de 1959, não versaria sobre a fundamentalidade da proteção à criança em todo e qualquer contexto, como ocorreria décadas depois. Surge em seu texto, no entanto, o Princípio do Melhor Interesse da Criança – uma elaboração legislativa que contemplava o interesse do menor como principal guia para os responsáveis pela educação e orientação da criança[3].

A priorização da criança, em todos os processos, surgiria apenas no texto de 1989[4], que traz em seu artigo 3, parágrafo 1, que

> *Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente,* **o melhor interesse da criança**.

Fica definida como prioridade para a ação dos 196 Estados que ratificaram seu texto a proteção aos interesses das crianças, em todos os processos que as envolvam. No entanto, uma preocupação crescente, devido à modificação da dinâmica de guerra moderna e das instituições democráticas, frente ao surgimento de novos agentes paraestatais catalisadores de conflitos, se dá exatamente

---

[2] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU), *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948 [consult. 7 mar. 2018], disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf.

[3] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕRES UNIDAS (ONU), *Declaração dos Direitos da Criança*, 1959 [consult. 7 mar. 2018], disponível em: https://www.unicef.org/malaysia/1959-Declaration-of-the-Rights-of-the-Child.pdf.

[4] FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF), *Convenção sobre os Direitos da Criança*, 1989 [consult. 9 mar. 2018], disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm (grifo nosso).

em razão da necessidade de proteção de menores em contextos onde a manutenção da paz encontre-se prejudicada ou durante os extensos processos de deslocamento humano aos quais têm se submetido um número cada vez maior de pessoas, nesta que é a maior crise de refugiados desde a Segunda Guerra Mundial.

Tal preocupação deu origem, já sob o eixo temporal do novo milênio, ao Protocolo Facultativo para a Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o envolvimento de crianças em conflitos armados, em maio de 2000, contendo procedimentos a serem adotados para a implementação da Convenção de 1989, com a ratificação, até a finalização do presente trabalho, de 125 países, entre eles o Brasil, que somente o ratificaria no ano de 2004.

Dentro do texto principal da Convenção, diretamente, há uma menção especial a um grupo de crianças que não só está inserido em circunstâncias que as colocam em profundo estado de vulnerabilidade, em razão da fuga de conflitos armados, mas ainda, compõem uma conjuntura ainda mais atroz, que as expõe a abusos e ao tráfico de menores: o grupo das crianças refugiadas e desacompanhadas.

Contudo, apesar da relevância da Convenção e de seus respectivos protocolos facultativos, e da abordagem em seu texto da temática da criança em situação de refúgio e sua pertinente proteção, dentro de todos os desafios apresentados pelas novas dinâmicas de conflito e de deslocamento da atualidade, como garantir a manutenção do princípio do melhor interesse da criança em deslocamento e desacompanhada? Quais os mecanismos oferecidos pelo sistema internacional a essas crianças, duplamente vulneráveis, pela idade e pelo contexto de violência e mobilidade?

O Parecer Consultivo OC-21/14 surge no Sistema Interamericano de Direitos Humanos como um mecanismo de auxílio, ainda que sem caráter vinculativo, quando do endereçamento de situações onde haja crianças migrantes desacompanhadas, a fim de provê-las com o amparo do Direito Internacional, reflexo também de bem engendradas políticas a nível mundial, como a implementação da *Best Interest Determination*, do Alto Comissariado das Nações Unidas, desde 2008.

Sob o ponto de vista metodológico, a fim de proceder com a melhor abordagem do tema, foi feita opção pelo método analítico-dedutivo de pesquisa, partindo da pesquisa bibliográfica como técnica de pesquisa.

2. A evolução do princípio do melhor interesse da criança e a legislação internacional referente aos direitos da criança refugiada e desacompanhada

A criança em situação de refúgio que encontre-se desacompanhada de seus pais ou parentes está inserida em um contexto no qual, juridicamente, não está amparada por seus responsáveis legais e, em razão de todos os fatores – como a violência contra a criança, a situação de fuga dos conflitos armados e a fragilidade própria da idade – vê-se em posição de maior vulnerabilidade.

Para efeitos de definição jurídica, refugiado, em sentido amplo, é o indivíduo que tem de deixar seu lugar de origem, sem qualquer traço de voluntariedade, em razão de perseguição política, religiosa, étnica, ou em razão de conflitos, ou ainda devido a graves violações de direitos humanos, e não possa ou não queira retornar a seu lugar de origem – sendo as violações de direitos humanos uma atualização ao texto da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1951[5], trazida pela Declaração de Cartagena, de 1984[6].

Em ambos os documentos, no entanto, não há incursões no texto referentes à questão específica das crianças, a despeito das significativas proporções na quantidade de menores a compor a população de humanos em deslocamento – de acordo com os números do ACNUR, as crianças correspondem às 51% do número total de refugiados[7].

Segundo dados do Fundo das Nações Unidas para a Infância, o UNICEF, os números mais recentes sobre crianças desacompanhadas em contextos de migração representam um aumento de 5 vezes nas estatísticas anteriores, se comparadas com os primeiros anos dessa década – saltando de 66.000, entre 2010 e 2011, a 300.000, entre 2015 e 2016, o que corresponde a um quinto do total de 800 mil crianças que chegaram à Europa nos últimos anos[8].

---

[5] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU), Convenção (1951). *Convention relating to the Status of Refugees* (n. 2545). Treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations, Vol. 189, New York, United Nations, 1954.

[6] ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR), *Declaración de Cartagena sobre Los Refugiados* [consult. 7 mar. 2018], disponível em: http://www.unhcr.org/about-us/background/45dc19084/cartagena-declaration-refugees-adopted-colloquium-international-protection.html.

[7] ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR), *Global Trends: Forced Displacement in 2016* [consult. 8 mar. 2018], disponível em: http://www.unhcr.org/globaltrends2016/.

[8] FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA CRIANÇAS (UNICEF), *Harrowing journeys: Children and youth on the move across the Mediterranean Sea, at risk of trafficking and exploitation*, Switzerland, OIM, 2017 [consult. 11 mar. 2018], disponível em: https://www.unicef.org/publications/files/Harrowing_Journeys_Children_and_youth_on_the_move_across_the_Mediterranean.pdf.

A lacuna gerada pela omissão legislativa quanto à criança refugiada, acompanhada ou não, seria suprida em 1989, quando do advento da Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada por 196 Estados, à exceção dos Estados Unidos – que constam entre os países signatários, mas não a ratificaram, através de formalização legislativa, internamente.

A Convenção de 1989, no entanto, não seria a primeira a abordar a temática da preservação da integridade criança na legislação internacional, nem a primeira trazer em seu texto disposições acerca do Princípio do Melhor Interesse da Criança. A despeito de outras tentativas antecedentes ao arranjo institucional das Nações Unidas, se tomarmos como análise os documentos surgidos no cenário internacional já sob a égide da ONU[9], é adotada em 1959 a Declaração sobre os Direitos da Criança, o primeiro grande documento a definir princípios norteadores da atuação dos Estados no que se refere ao tratamento das crianças.

O Princípio, no entanto, ainda possuiria limitações *ratione materiae,* pois estaria limitado a ser o guia da atuação dos responsáveis pelos menores em sua orientação e educação[10]. De maneira aprofundada e destinando-se a proteger a criança em qualquer contexto, seja por parte dos Estados ou da iniciativa privada, o princípio apareceria apenas em 1989, no texto da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Como reflexo do Princípio do Melhor Interesse da Criança, a constar no artigo 3 da Convenção de 1989, que nutre em seu cerne norteador a obrigação de observar primeiro a preservação da integridade física, psicológica e psíquica das crianças, em todo e qualquer processo que as envolva – decorreriam outras obrigações, dispostas extensamente no corpo do texto da Convenção.

Isso implica, também, no reconhecimento, como disposto no Preâmbulo do referido texto, "que em todos os países do mundo existem crianças vivendo sob condições excepcionalmente difíceis e que essas crianças necessitam con-

---

[9] Considerando-se que a Declaração de 1946 era uma extensão da Declaração de Genebra de 1923, e não um texto originariamente criado sob o arranjo institucional da Organização das Nações Unidas.

[10] "Principle 7 - The child is entitled to receive education, which shall be free and compulsory, at least in the elementary stages. He shall be given an education which will promote his general culture and enable him, on a basis of equal opportunity, to develop his abilities, his individual judgement, and his sense of moral and social responsibility, and to become a useful member of society. The best interests of the child shall be the guiding principle of those responsible for his education and guidance; that responsibility lies in the first place with his parents. The child shall have full opportunity for play and recreation, which should be directed to the same purposes as education; society and the public authorities shall endeavor to promote the enjoyment of this right." in ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕRES UNIDAS (ONU), *Declaração dos Direitos da Criança*. 1959 [consult. 7 mar. 2018], disponível em: https://www.unicef.org/malaysia/1959-Declaration-of-the-Rights-of-the-Child.pdf.

sideração especial"[11]. Entre essas condições excepcionais, como proposto mais adiante, no artigo 22 da Parte I da Convenção, está a situação de refúgio.

O artigo 22, por sua vez, em seu parágrafo 1, determina que

> *Os Estados Partes adotarão medidas pertinentes para assegurar que a criança que tente obter a condição de refugiada, ou que seja considerada como refugiada de acordo com o direito e os procedimentos internacionais ou internos aplicáveis, receba,* **tanto no caso de estar sozinha como acompanhada por seus pais ou qualquer outra pessoa***, a proteção e a assistência humanitária adequada a fim de que possa usufruir dos direitos enunciados na presente Convenção e em outros instrumentos internacionais de direitos humanos ou de caráter humanitário dos quais os citados Estados sejam parte.*

Desta forma, como o escopo do presente artigo é abordar a especificidade das crianças desacompanhadas em processos de migração forçada, há que se definir legalmente o que é uma criança desacompanhada – algo que, na vida prática, aparenta simples definição, mas que possui limitações expressas no texto da Convenção de 1989, pois há duas hipóteses definidas para a ausência de acompanhamento: a primeira, a de mais simples compreensão, refere-se à criança que esteja privada do convívio no seio familiar, temporária ou permanentemente. A segunda, no entanto, mais complexa, refere-se à impossibilidade da criança de permanecer nesse meio, em virtude da manutenção de seu melhor interesse – ou seja, quando o meio oferece riscos ao desenvolvimento dessa criança, ela poderá ser privada do convívio com sua família, em nome da preservação de sua integridade.

Para ambas as hipóteses, a Convenção prevê que os Estados deverão implementar cuidados alternativos à essas crianças, de modo a que, apesar da ausência de acompanhamento familiar, não estejam desamparadas. A legislação dispõe, também, de sugestões sobre quais espécies de cuidado o Estado pode implementar, como lares de adoção ou a Kafalah do Direito Islâmico – expressão derivada de uma passagem do Corão e uma opção alternativa à adoção, uma espécie de adoção parcial, que pode significar provisões financeiras ou físicas, ou ambas[12].

Assim sendo, como complementação a esse direito, agora no parágrafo 2 do Artigo 22, a provisão sobre crianças refugiadas e desacompanhadas é a de que os Estados cooperarão, na maneira como considerarem mais adequada, para

---

[11] UNICEF, *Convenção sobre os Direitos da Criança*, 1989 (grifo nosso).

[12] BARGACH, Jamila, *Orphans of Islam: Family, Abandonment, and Secret; Adoption In Morocco*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2002, p. 29.

> *localizar seus pais ou outros membros de sua família a fim de obter informações necessárias que permitam sua reunião com a família. Quando não for possível localizar nenhum dos pais ou membros da família, será concedida à criança a mesma proteção outorgada a qualquer outra criança privada permanente ou temporariamente de seu ambiente familiar, seja qual for o motivo, conforme o estabelecido na presente Convenção.*

Como maneira de reiterar a proteção à criança em tais contextos, há que se abordar também a especificidade da criança que sofra por consequência de conflitos armados, o que também é abrangido pelo texto, no artigo 39, que garante a adoção por parte dos Estados de medidas direcionadas à recuperação psicológica e física da criança vítima de hostilidades armadas.

Da mesma maneira, de forma a englobar no enquadramento de proteção as questões referentes à guerra, em 2000, 11 anos após a adoção da Convenção de 1989, é adotado o Protocolo Facultativo para a Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o envolvimento de crianças em conflitos armados. Os Protocolos Facultativos, de maneira geral, são também tratados[13], passíveis de assinatura e ratificação, que possuem o objetivo de prover procedimentos para a efetivação do tratado principal ou que abordem pontos específicos do texto original.

O Protocolo Facultativo sobre as crianças em conflitos, assinado por 125 países e ratificado por 130, incluindo-se o Brasil, aborda, em seu breve texto, o compromisso de se impedir a participação direta de menores em hostilidades, mas não versa sobre questões relativas a refúgio e desacompanhamento – duas consequências sombrias dos conflitos.

Para além disso, não há outras definições e a forma de implementação dessas medidas depende, em grande parte, da discricionariedade dos Estados signatários, em seu compromisso de ratificar ou não as convenções mencionadas.

3. Procedimento de determinação do melhor interesse (BID) pelo ACNUR

As consequências são inúmeras. Crianças desacompanhadas, em cenários de mobilidade, estão mais expostas a abusos e ao tráfico de crianças. E exatamente pela gravidade da situação apresentada, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) elaborou um procedimento unificado para assegurar a garantia do Princípio do Melhor Interesse da Criança, o Procedi-

[13] CONTE, Alex, «Procedure Under the Optional Protocol», in *Defining Civil and Political Rights*, Londres, Routledge, 2016, p. 67-86.

mento de Determinação do Melhor Interesse, de acrônimo BID (*Best Interest Determination*).

Criado em 2008, o BID surgiu como um mecanismo formal e procedimental para viabilizar o acesso ao Princípio do Melhor Interesse da Criança. Devido à necessidade de se promover soluções duráveis para as inúmeras situações de exposição das crianças a riscos e abusos a nível global, o ACNUR elaborou regras gerais para a avaliação do melhor interesse da criança, em um primeiro momento, e para a efetivação do melhor interesse, em um segundo momento.

A primeira fase do procedimento é caracterizada pela avaliação e monitoramento das necessidades da criança[14], antes do início de qualquer procedimento estabelecido posteriormente no BID. A primeira fase do processo, referente à avaliação, denominada BIA (*Best Interest Assessment*), é formalmente documentada, para fins de referências futuras.

Na avaliação de melhor interesse (BIA), são apreciados os riscos e benefícios da situação em que a criança se insira, a gravidade da situação e a probabilidade da incidência dos riscos que se supõem. Tal avaliação é realizada por uma equipe qualificada, através de critérios como: idade, nível de maturidade, presença ou ausência dos pais, o ambiente da criança e suas experiências[15].

Após a avaliação, o próximo estágio do processo será a determinação do melhor interesse (BID), com a 1) identificação de soluções duráveis, 2) preparativos para cuidado temporário e 3) a possível separação da criança dos pais, quando a convivência apresentar riscos.

Na primeira etapa, a de identificação de soluções duráveis, caso a criança esteja desacompanhada, como proposto no presente trabalho, é feita uma tentativa de reunião familiar, sempre que factível, o que é endossado pela Observação Geral n. 6, parágrafo 79[16], do Comitê da ONU para os Direitos da Criança, ao trazer que

> *Efforts to find durable solutions for unaccompanied or separated children should be initiated and implemented without undue delay and, wherever possible, immediately upon the assessment of a child being unaccompanied or separated.*

---

[14] ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR), *UNHCR: Guidelines on Determining the Best Interests of the Child*, Genebra, UNHCR, 2008, p. 22.

[15] ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR), *Emergency Handbook – best interests procedure for Children* [consult. 25 mar. 2018], disponível em: https://emergency.unhcr.org/entry/44309/best-interests-procedure-for-children.

[16] UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD (CRC), *General Comment No. 6 (2005) - treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin* [consult. 18 mar. 2018], disponível em: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC6.pdf.

Following a rights-based approach, the search for a durable solution commences with analysing the possibility of family reunification.

Diante da impossibilidade de reuni-la com parentes ou responsáveis[17] - e o procedimento do ACNUR inclui também a eventualidade dos pais ou a família afetiva terem sido retornados ao lugar de origem – um novo procedimento de soluções duráveis se inicia, com a abertura do segundo passo do processo: os preparativos para cuidado temporário[18].

Ao analisar-se a hipótese de cuidado temporário, será realizada uma avaliação da proposta pelo staff do ACNUR e, então, considerando-se adequada, é feita a adequação da criança aos estabelecimentos de cuidado temporário, que serão monitorados pelo sistema de proteção. Entre tais estabelecimentos, conforme é listado por relatório do Comitê Internacional da Cruz Vermelha[19], estão as instituições de abrigo a crianças, os cuidados comunitários e o acolhimento por uma família.

No terceiro passo, que conta com atuação em caráter excepcional por parte do ACNUR[20], é realizada a separação intencional da criança do seio de sua família ou responsáveis, por risco ou cometimento de abusos. Constatando-se tal hipótese, através da avaliação já mencionada, iniciam-se, novamente, os procedimentos de BID.

No entanto, a despeito de toda a legislação acerca dos Direitos das Crianças, assinada e ratificada por inúmeros Estados, e apesar também dos vastos procedimentos apresentados pela agência especializada da ONU em assistir aos refugiados em seus processos de acolhimento e mobilidade, conforme exemplificado, não há, ainda, qualquer definição específica sobre crianças refugiadas na legislação destinada ao assunto do refúgio no arcabouço jurídico internacional.

As definições aparecem de maneira esparsa, em legislação apartada – a criança refugiada somente é endereçada, brevemente, na legislação referente aos direitos da criança e, mesmo assim, a última referência ao tópico foi feita na Convenção de 1989. O Protocolo Facultativo à Convenção, adotado em 2000, e

---

17 ACNUR, *UNHCR: Guidelines on Determining*, op. cit., 2008, p. 32.

18 Faz-se necessário frisar que nem sempre tais medidas partirão do ACNUR e que, na hipótese de serem promovidas pelos próprios Estados, não há intervenção no procedimento por parte da agência. Aqui, há apenas definição acerca do procedimento quanto a crianças refugiadas, sob a égide do acolhimento do ACNUR.

19 INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS (ICRC), *Inter-agency Guiding Principles on Unaccompanied and Separated Children*, Genebra, Central Tracing Agency and Protection Division, 2004.

20 ACNUR, *UNHCR: Guidelines on Determining*, op. cit., 2008, p. 36

referente aos conflitos armados, não trata do assunto, apesar do tema ao qual se destina.

Sendo assim, há também escassez de produção acadêmica sobre o assunto quanto a seus aspectos jurídicos e quando existem, a data de publicação é anterior à década de 2010. Embora haja vasta bibliografia quanto à temática das consequências psicológicas da ausência de acompanhamento familiar nos processos de migração. Mas quanto às lacunas jurídicas, não há variedade de obras aprofundadas, salvo sobre a temática do tráfico de seres humanos – algo de grande complexidade, tendo em vista que as crianças desacompanhadas de hoje possuem um futuro incerto e podem estar sujeitas a realidades desconsoladoras, como o tráfico de crianças.

Apesar disso, há no Sistema Interamericano de Direitos Humanos uma referência que provê os Estados com um instrumento, embora sem caráter vinculante, para auxiliar na implementação de procedimentos referentes ao melhor interesse da criança, o Parecer Consultivo OC-21/14, sobre os direitos e garantias das crianças em contextos de migração e a necessidade de sua proteção internacional.

4. A proteção de crianças refugiadas desacompanhadas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Sob solicitação da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai, observando o disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, além de documentos jurídicos referentes aos direitos dos refugiados, como a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1951 e a Declaração de Cartagena, de 1984, a Corte Interamericana de Direitos Humanos dispôs em seu Parecer Consultivo OC-21/14[21], no parágrafo 80, que sob à luz dos mesmos mecanismos utilizados para descrever direitos a adultos e maiores de 18 anos, as crianças são titulares do direito de solicitar refúgio em nome próprio, ainda que desacompanhadas, em razão de formas específicas de violência que podem ser sofridas por crianças, como o aliciamento para o tráfico, o recrutamento e a mutilação genital feminina, além dos motivos que têm levado seres humanos, a despeito do recorte de idade e gênero, a se deslocarem, como o crime organizado e a violência relacionada à atuação de grupos não estatais.

[21] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Parecer Consultivo OC-21/14*, de 19/08/2014 [consult. 14 abr. 2018], disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf.

Em seu parágrafo 81, o Parecer Consultivo também traz que o direito de buscar asilo, conforme disposto na Convenção Americana em seus artigos 1.1 e 2[22], determina deveres por parte do Estado, incluindo-se

> *(i) permitir que a criança possa peticionar o asilo ou o estatuto de refugiado, razão pela qual não podem ser rechaçados na fronteira sem uma análise adequada e individualizada de suas petições com as devidas garantias, através do respectivo procedimento; (ii) não devolver a criança a um país no qual pode sofrer risco de ser afetada sua vida, liberdade, segurança ou integridade, ou a um terceiro país de onde possa posteriormente ser devolvida ao Estado onde sofre este risco; e (iii) outorgar a proteção internacional quando a criança se enquadre nos critérios para isso e beneficiar com esse reconhecimento outros membros da família, em atenção ao princípio de unidade familiar.*

Tal parágrafo ainda faz referência ao caso Pacheco Tineo vs. Bolivia[23], julgado pela corte em 2013, no qual a família Pacheco Tineo, do Peru, alvo de perseguições políticas durante a ditadura Fujimori, ao buscar refúgio na Bolívia, teve seu pedido negado e foram retornados ao Peru, violando o direito de buscar e receber asilo (artigo 22 da Convenção Americana), direitos ao devido processo legal (artigo 8), à proteção judicial (artigo 25), o direito à integridade pessoal (artigo 5), a obrigação de proteção especial à crianças (artigo 19), e o princípio do *non-refoulement* (artigo 22, parágrafos 8 e 9), princípio disposto no ordenamento internacional como a garantia de que ninguém em situação de refúgio será retornado ao país de origem, salvo em hipótese de condenação por crimes graves.

O Parecer Consultivo ainda dispõe que mesmo quando as crianças não possuam documentação, não poderão ter seu ingresso no país negado por autoridades fronteiriças, não devendo exigir de menores documentação que eles não podem ter, devendo encaminhá-las ao pessoal competente a realizar sua proteção e cuidado. Ainda que a identificação não seja possível, para promover a facilitação das buscas pela criança desacompanhada, deverá ser realizado um cadastro de todas as crianças que entram no país, para garantir também a proteção de seus direitos.

O procedimento de avaliação do melhor interesse da criança, iniciado logo do ingresso do menor desacompanhado pela fronteira, deverão contar, inclusive, com a presença de um intérprete, quando este se fizer necessário, seguindo os parâmetros do BID do ACNUR, porém estabelecendo parâmetros mais

---

[22] COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, 1969 [consult. 14 abr. 2018], disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

[23] Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Pacheco Tineo vs. Bolívia, 25/11/2013 [consult. 14 abr. 2018], disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9390.pdf?view=1.

específicos de atuação, como por exemplo, dentre os objetivos prioritários do procedimento nas Américas, quais sejam:

> *(i) tratamento conforme sua condição de crianças e, em caso de dúvida sobre a idade, avaliação e determinação da mesma; (ii) determinar se se trata de uma criança desacompanhada ou separada; (iii) determinação da nacionalidade da criança ou, se for o caso, de sua condição de apátrida; (iv) obtenção de informação sobre os motivos de sua saída do país de origem, de sua separação familiar se for o caso, de suas vulnerabilidades e qualquer outro elemento que evidencie ou negue sua necessidade de algum tipo de proteção internacional; e (v) adoção, caso seja necessário e pertinente, de acordo com o interesse superior da criança, de medidas de proteção especial.*

A determinação de idade é especialmente importante, pois ao determinar-se que trata-se de um indivíduo com menos de 18 anos, a proteção especial à infância deverá ser garantida.

5. O risco de exposição de menores desacompanhados em processos de mobilidade ao tráfico de crianças

A Declaração dos Direitos da Criança possui como um de seus objetivos que a criança seja respeitada física, psíquica e emocionalmente, de maneira a garantir seu pleno desenvolvimento como ser humano – garantias que ocorrem em consonância com o melhor interesse da criança.

Quando tratamos de contextos de conflito armado ou perseguição política, há que se considerar que trata-se de uma circunstância excepcional onde ocorre uma fragilização ou total inexistência do poder do Estado, o que pode se tornar um problema maior, quando combinado com os esforços realizados pela população para deixar o lugar que represente riscos à sua existência. Assim, os deslocamentos humanos são uma consequência trágica dos processos implementados no último século, na qual se asseveraram problemas sociais.

Diante de todas as hipóteses de menores desacompanhados - tanto para aquelas em que a criança se perde da família durante o deslocamento, quanto para as de separação forçada dos pais, quanto estes apresentarem algum risco à integridade da criança – aumentam-se os riscos de exposição do menor ao tráfico de crianças[24], para fins de exploração sexual, outros tipos de exploração ou ainda envolvimento em atividades criminosas, o que pode resultar em graves

[24] ENSOR, Marisa O., *Children and migration: At the crossroads of resiliency and vulnerability*, Nova York, Springer, 2010.

danos para o seu desenvolvimento ou até a sua morte[25], o que é reafirmado pelo Parecer Consultivo OC-21/14 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em seus parágrafos 89, 90, 91, 92 e 93.

Em especial, está disposto no parágrafo 93, em razão do risco de tráfico de crianças, estabelece que as autoridades fronteiriças deverão tomar todos os cuidados necessários para se ter certeza de que eventuais acompanhantes das crianças sejam, de fato, pessoas conhecidas por elas – o que não significa, de forma alguma, que em todos os casos em que houver um adulto auxiliando uma criança desacompanhada, será presumido o tráfico infantil, como o próprio parecer o diz.

Quanto aos números, de modo geral, a nível mundial, encontram-se entre as duas principais rotas de migração da atualidade, a rota central do mediterrâneo (RCM) e a rota oeste do mediterrâneo (ROM), nas quais os riscos de exploração e tráfico de seres humanos são altos para todos os envolvidos. Porém, em dados o UNICEF, 8 em cada 10 menores reportaram abusos no trajeto, um equivalente a 77% do total de crianças e adolescentes, apenas na RCM[26].

Uma estatística importante para o tema das crianças desacompanhadas em deslocamento é a probabilidade de abusos quando o menor está sozinho no trajeto. Partindo do norte da África, na RCM, 79% dos menores desacompanhados relataram circunstâncias de exploração quando estavam sozinhos, contra 72% dos menores que estavam em grupo. A diferença de apenas 7% parece pequena, mas é significativa, quando pensamos que, em um universo de milhares de crianças na mesma situação, 7% deixaram de sofrer abusos apenas por estarem acompanhadas[27].

E tais estatísticas se referem às crianças que, de fato, puderam responder às pesquisas. Segundo dados do relatório da EUROPOL, o serviço europeu de polícia, 10 mil crianças migrantes desacompanhadas haviam desaparecido na Europa até 2015[28]. Ainda, segundo o mesmo relatório, os crimes aos quais as minorias mais vulneráveis dos grupos de migrantes, como os menores desacompanhados, encontram-se mais expostos são o tráfico de pessoas, o tráfico sexual e esquemas de utilização de mão-de-obra forçada. Diferenças de gênero dentro

---

[25] UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD (CRC), *General Comment No. 6 (2005)*, op. cit.

[26] UNICEF, *Harrowing journeys*, op. cit., 2017.

[27] FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA CRIANÇAS (UNICEF), *Harrowing journeys*, op. cit., 2017.

[28] EUROPOL, *Migrant Smuggling in the EU – Report*, February, 2016 [consult. 15 mar. 2018], disponível em:https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/migrant_smuggling__europol_report_2016.pdf.

do grupo das crianças desacompanhadas também devem ser considerados, para estes efeitos.

Para as Américas, os dados não são menos alarmantes, segundo o relatório Children on the Run[29]. Fruto da *Roundtable on the Displacement of Unaccompanied and Separated Children*, em 2014, o documento é referente a uma preocupação quanto ao crescimento no número de crianças desacompanhadas nas Américas, provenientes principalmente de El Salvador, Guatemala, Honduras e México, no qual foi apresentado o número de crianças sob custódia do governo dos Estados Unidos, em situação de desacompanhamento: 404 crianças, provenientes dos 4 países mencionados, sendo que, entre elas, 192 foram vítimas de violência na sociedade do país de origem, 85 foram vítimas de violência em casa e 39 eram exploradas pelo tráfico.

Além da exposição a crimes de toda sorte, atentatórios à sua integridade e dignidade, as crianças desacompanhadas, em proporção maior do que aquelas que possuem o núcleo familiar próximo, chegam aos países sem qualquer traço de histórico escolar[30], o que é um desafio para os sistemas educacionais internos dos países, exatamente em razão da descontinuidade do ensino e impossibilidade de traçar um vínculo familiar que supra a ausência de informação sobre o status educacional dos pequenos.

Torna-se um desafio à mais manter a origem cultural e étnica dessas crianças, tendo em vista que, mesmo em contextos onde há família, o país de origem se mostra como completamente estrangeiro ao novo mundo de comunicação e consumo que os países hospedeiros oferecem – um corte geracional problemático, principalmente quando combinado ao analfabetismo, pois "sem o domínio da leitura e da escrita, as crianças de hoje não podem verdadeiramente compreender nem de onde vêm, nem onde vivem, nem quem são"[31].

6. Conclusão

Como fruto da preocupação da comunidade internacional com a proteção especial que deve ser conferida às crianças, em todos os processos que as envolvam, uma série de documentos normativos referentes à salvaguarda de seu melhor interesse foram implementados a nível mundial, conferindo ao Estados

[29] ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR), *Children on the Run*, Washington, D.C, UNHCR, s/d [consult. 25 mar. 2018], disponível em: http://www.unhcr.org/56fc266f4.html.

[30] CHESTER, L., «Unaccompanied asylum-seeking young people», in *The Russell House Companion to Working with Young People*, eds F. Factor, V. Chauhan and J. Pitts, Lyme Regis, Russell House Publishing, 2001, p. 163–169.

[31] AUGÉ, Marc, *Por uma antropologia da mobilidade*, São Paulo, Editora Unesp, 2012, p.59.

um elemento a mais para garantir que nenhum menor será deixado para trás sob sua égide, até que se chegasse ao mais moderno dos textos sobre o assunto, a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, e seus respectivos Protocolos Facultativos, entre eles, o que se refere a crianças expostas a situações de conflito armado.

Tais documentos, resultado de esforços da comunidade internacional em garantir maior amparo às crianças, realizam dentro do sistema internacional de Direitos Humanos o surgimento de um princípio fundamental à proteção da infância: o Princípio do Melhor Interesse da Criança.

Destinado a garantir que os melhores interesses das crianças sejam levados em consideração em qualquer situação, tal princípio norteia a atuação dos Estados e da sociedade, de forma geral, quando do endereçamento de situações que envolvam riscos a menores. Ainda, o Princípio do Melhor Interesse, proporcionalmente, torna-se mais necessário quanto maior a vulnerabilidade da criança em questão, o que é notadamente agravado em situações de conflito armado e perseguições.

Sobre os conflitos e suas vastas intercorrências mais imprevisíveis, uma das mais sombrias é certamente a incerteza promovida na vida daqueles que se deslocam para garantir sua própria sobrevivência: os refugiados. Tomados da impossibilidade de retornar a seu lugar de origem, vêm-se vulneráveis frente a abusos e violações de Direitos, o que somente é asseverado quanto trata-se de uma criança refugiada - duplamente vulnerável, pelo seu status e pela fragilidade natural da idade. No entanto, há uma fração dos números referentes às crianças em situação de refúgio que encontra-se ainda mais vulnerável: a criança desacompanhada.

A complexa dinâmica das crianças em processos de migração é endereçada por políticas que possuem como destinação redefinir a realidade dessas crianças, sujeitas a incontáveis riscos. Orientados pelo Princípio do Melhor Interesse, diversos órgãos destinam-se a realizar avaliações acerca dos riscos corridos por crianças desacompanhadas em contextos de deslocamento humano.

Dentre tais órgãos, encontra-se o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, que desenvolve políticas efetivas de proteção às crianças desacompanhadas em deslocamento, como a *Best Interest Determination* (BID), de forma a aproximar essas crianças, que se encontram em condição de vulnerabilidade, de soluções duradouras e acolhedoras, sem ignorar as características específicas de sua tenra idade.

O procedimento influenciaria as determinações do Parecer Consultivo OC-21/14 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, emitido sob solicitação da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai, determinando e ampliando o disposto a nível internacional, acerca do tratamento de crianças refugiadas

desacompanhadas nas Américas, em consonância aos principais documentos internacionais sobre refúgio e o disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, de forma a que nenhuma criança, ainda que desacompanhada, sofra com o desamparo do Estado.

Referências

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR), *Emergency Handbook – best interests procedure for Children* [consult. 25 mar. 2018], disponível em: https://emergency.unhcr.org/entry/44309/best-interests-procedure-for-children.

_____, *UNHCR: Guidelines on Determining the Best Interests of the Child*, Genebra, UNHCR, 2008.

_____, *Children on the Run*. Washington, D.C, UNHCR, s/d [consult. 25 mar. 2018], disponível em: http://www.unhcr.org/56fc266f4.html.

_____, *Global Trends: Forced Displacement in 2016* [consult. 8 mar. 2018], disponível em: http://www.unhcr.org/globaltrends2016/.

AUGÉ, Marc, *Por uma antropologia da mobilidade*, São Paulo, Editora Unesp, 2012.

BARGACH, Jamila, *Orphans of Islam: Family, Abandonment, and Secret; Adoption In Morocco*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2002.

CHESTER, L., «Unaccompanied asylum-seeking young people», in *The Russell House Companion to Working with Young People,* eds F. Factor, V. Chauhan & J. Pitts, Lyme Regis: Russell House Publishing, 2001, p. 163–169.

CONTE, Alex, «Procedure Under the Optional Protocol», in *Defining Civil and Political Rights*, Londres, Routledge, 2016, p. 67-86.

ENSOR, Marisa O., *Children and migration: At the crossroads of resiliency and vulnerability*, Nova York, Springer, 2010.

EUROPOL, *Migrant Smuggling in the EU – Report*, February, 2016 [consult. 15 mar. 2018], disponível em: https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/migrant_smuggling__europol_report_2016.pdf

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA CRIANÇAS (UNICEF), *Harrowing journeys: Children and youth on the move across the Mediterranean Sea, at risk of trafficking and exploitation*, Switzerland, OIM, 2017 [consult. 11 mar. 2018],

disponível em: https://www.unicef.org/publications/files/Harrowing_Journeys_Children_and_youth_on_the_move_across_the_Mediterranean.pdf.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS (ICRC), *Inter-agency Guiding Principles on Unaccompanied and Separated Children*, Genebra, Central Tracing Agency and Protection Division, 2004.

KOHLI, Ravi K.S.; MITCHELL, Fiona Mitchell, *Working with unaccompanied asylum seeking children: issues for policy and practice*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2007.

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS CRIANÇAS SÍRIAS EM TEMPOS DE GUERRA[1]

Cícero KRUPP DA LUZ[2]
Larissa MACHADO CRUZ[3]

Os solos do Oriente Médio, durante o ano de 2011, tornaram-se palco de um conflito que perduraria por anos, alastrando seus nefastos efeitos para além de um só país. A Guerra Síria, que tende a ser o conflito mais relevante do Século XXI, trouxe consigo um marco de catástrofe humanitária que não era vista desde a Segunda Guerra Mundial, motivo pelo qual foi utilizada neste trabalho como laboratório.

Primeiramente será feita uma breve exposição sobre as origens da Guerra Síria e sobre como têm se delineado todas as questões políticas, econômicas e sociais daquele território, tratando especialmente de mencionar sobre as violações de direitos humanos ocorridas desde o início dos conflitos. Após este exame preliminar, seguir-se-á para o aprofundamento das questões que versam sobre o objetivo principal desta pesquisa: entender, com base na legislação internacional e nos princípios humanitários, como a população civil do país – que vive sob a ditadura de Bashar Al Assad - tem sido protegida nestes tempos beligerantes,

[1] Este artigo corresponde ao trabalho publicado nos *Anais do Seminário de Iniciação Científica FDSM 2018*, Pouso Alegre/MG, Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2018.

[2] Professor da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Doutor em Relações Internacionais pela Universidade de São Paulo - USP. Pesquisador visitante da Sciences Po Paris.

[3] Jornalista e advogada. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (2019). Pós-graduanda em Relações Internacionais e Direito Internacional pela Damásio Educacional (2020).

mas especialmente, sobre como esta proteção tem sido dispensada em direção às crianças sírias, o que levará a uma análise abrangente de todos os dispositivos legais do cenário mundial e sobre como estes têm impactado a vida dos menores em situação de guerra.

A justificativa para esta linha de pesquisa é simplista e concisa. Explica-se: atualmente, quando se trata da Guerra Síria, as primeiras considerações a serem feitas, quase que impulsivamente, são sobre os refugiados, de modo que logo emergem questões sobre para aonde essas pessoas vão, sobre como vão transpor as fronteiras de outros países, sobre o choque entre as culturas dos imigrantes e os já residentes nos territórios onde aqueles adentram, sobre a questão empregatícia destes refugiados e diversas outras polêmicas que envolvem o assuno. Todavia, relativamente pouco se tem discorrido sobre a situação de quem não consegue sair das zonas de conflitos, e principalmente, pouco se tem discorrido sobre aqueles que, muitas vezes, nasceram e cresceram em meio à realidade de violência, perdas e desesperança, sendo esta ideia corroborada pela Dra. Marcia Brophy, ao dizer que:

> *Estudos sobre a saúde mental de crianças sírias refugiadas têm mostrado elevados níveis de trauma e estresse. Entretanto, muito pouco é sabido sobre o impacto em crianças que continuam no país, sendo que uma em quatro está sob o risco de desenvolver problemas de saúde de ordem mental [...] (MCDONALD, 2017).*

Assim, estando a par da necessidade de se explorar melhor os aspectos que circundam as crianças que estão nas zonas de conflito, este trabalho foi desenvolvido com o intuito primordial de adentrar no universo infantil da guerra, analisando a realidade dessas crianças e demonstrando como vivem – ou sobrevivem – em seus cotidianos, sobre quais são suas proteções jurídicas em relação à saúde, educação, alimentação e segurança diante de conflitos armados, e, demonstrando ao final principalmente a efetividade ou a ineficácia das ações inseridas no território sírio para salvaguardar estes menores.

1. A Guerra Síria

O Oriente Médio possui uma rica complexidade em seus territórios, seja política, religiosa, econômica ou cultural. Por qualquer ângulo que se estude, há de se perceber que existe uma gigantesca teia de relações entre os países que ali se instalam e seus vizinhos, o que faz com que, se algo acontece em determinado território, todos os efeitos sejam sentidos pelos demais que o circundam, conforme ocorrido em meados de 2011. O que hoje popularmente se chama de "Primavera Árabe" começou a acender suas pequenas fagulhas na Tunísia no final de 2010, e logo se espalhou para a Argélia, o Iêmen, Bahrein, Marrocos,

Egito, Jordânia, Omã e a Síria (GARDNER, 2011), sendo esta última o objeto de interesse desta pesquisa.

A princípio, os protestos sírios eram pacíficos e somente continham pessoas, maioria delas civis, que buscavam ter suas vozes ouvidas nas ruas da Síria contra a falta de liberdade, contra a péssima distribuição de recursos e em prol do pluralismo cultural/religioso, dentre outras razões minoritárias. Todavia, logo começaram os protestos, forças do governo abriram fogo contra os manifestantes, o que culminou em um aumento vertiginoso da violência, e não tardou para que civis e crianças começassem a ser mortos por militares submissos ao presidente Bashar Al Assad, que desesperadamente intentava o sufocamento das revoltas e sua consequente permanência no poder.

Ali se instaurava a gênese da guerra civil que em 15 de março de 2018 aniversariou seus sete anos. Logo, segundo o documentário da Al Jazeera (2017), os protestos se espalharam para Latakia, Damasco, Homs, Baniyas, Hama, Aleppo e Al Raqqa. A partir deste momento, ainda com manifestações no país, vários sírios começaram a se juntar não como protestantes, mas como revoltosos, e não tardou para que pequenas milícias fossem instauradas para definitivamente lutar contra o regime de Assad, surgindo, por exemplo, o Exército Livre da Síria, de modo que este é o momento que os conflitos da Síria deixam de ter somente a ingênua idéia de que "era preciso ter mais democracia" para se tornar então uma batalha entre ideologias religiosas e políticas.

Com o desenrolar da guerra é importante ressaltar que os prejuízos "humanos" não se deram somente em virtude direta dos conflitos, mas também apareceram outras concausas que vitimaram a população síria, como por exemplo, a falta de comida, de assistência médica e o retorno de doenças como poliomielite, tuberculose, difteria, hepatite e leishmaniose (LIMA, 2015). Assim, já em 2015, os números apontados por Bernardo Pires de Lima (2015) já eram impressionantes: "Oito milhões de deslocados, quatro milhões de refugiados, mais de 220 mil mortos, muitos deles civis e crianças".

A Síria está, portanto, pela visão de Bernardo Pires de Lima:

> *Fatiada, ceifada, dilacerada, queimada, esquartejada, entre uma faixa sob o domínio de Assad e um território vastíssimo disputado por combatentes anti-regime apoiados pelo exterior, tropas leais ao presidente e grupos terroristas cada vez mais bem treinados e armados. (LIMA, 2015)*

Assim, percebe-se que o país tem apenas três soluções para acabar com a guerra civil: ou a oposição vence Assad pelas armas, ou as forças militares governamentais vencem os rebeldes ou a comunidade internacional movimenta-se para fora de sua inércia e intervém nos conflitos.

2. As consequências da Guerra Síria para a população infantil

As palavras "crianças" e "guerras" são, certamente, termos que jamais deveriam compor a mesma frase, no entanto, esta não é a realidade de milhares de menores que não conseguiram se livrar do cotidiano beligerante na Síria. Tal fenômeno não é novo, e, se forem analisados livros como "A Guerra Não Tem Rosto de Mulher" (ALEKSIÉVITCH, 2016) ou ainda produtos cinematográficos como "A Vida é Bela" (BENIGNI, 1997), "O Menino do Pijama Listrado" (BOYNE, 2008) ou "Bem Vindo a Sarajevo" (WINTERBOTTOM, 1997), percebe-se a imensa fragilidade da população infantil frente aos efeitos das duas Grandes Guerras e da Guerra da Bósnia, sendo que, por este motivo, a situação caótica de caráter humanitário da Síria não pode ser considerada como um caso isolado.

Segundo números veiculados pela UNICEF através do jornal *O Globo* (2017), incluindo crianças refugiadas e crianças que estão nas zonas de conflitos, tem-se que, ao todo, 5,8 milhões delas precisam de ajuda humanitária, sendo, 2,8 milhões delas estão em áreas de difícil acesso; 2,3 milhões fugiram do país; 281 mil estão vivendo sob o cerco e 850 foram recrutadas para combater juntamente com grupos armados na guerra.

Há quem diga – posição com a qual concordamos – que na Síria uma geração inteira está perdida. Se for considerado que a guerra já perdura mais de cinco anos e, sem previsão para término, é de se perceber que inúmeras crianças (aproximadamente 3 milhões, segundo estimativas da UNICEF) nasceram em meio aos conflitos e sequer tiveram a chance de experimentar outras realidades que não aquela de bombardeios, de proliferação de doenças, de escassez de alimentos, de água, enfim, de total ausência de infraestrutura que permitiria a essas crianças os direitos mais básicos de sobrevivência digna previstos em convenções internacionais sobre os cuidados com a população infantojuvenil.

Números divulgados em março de 2017, pela Agência France-Presse, indicam que dentre os milhares de mortos que a Guerra Síria já contabilizou, aproximadamente 17.000 são crianças, valendo ressaltar que este número é apenas uma estimativa, e que, provavelmente, a gama de vítimas infantis é muito maior. Pelos cálculos da organização *Save The Children* (2017), 7,5 milhões de crianças foram afetadas pela guerra. Ora, tais números são plenamente justificáveis, pois não é de difícil percepção que as crianças sucumbem mais facilmente a intempéries como doenças, fome e ferimentos causados pelas batalhas, como por exemplo, desabamentos, ou, quando em casos extremos – e já constatados durante a guerra – há o uso de gases venenosos contra a população.

Neste contexto hostil, as crianças sírias têm sido deliberadamente tolhidas dos direitos basilares para o desenvolvimento de suas personalidades, cidadania, saúde e segurança. Assim, considerando que o Direito, especialmente o

Humanitário, pretende prever e prover proteção a determinadas categorias de pessoas que se encontrem em situações de risco, no âmbito internacional há diversos mecanismos regulamentados e aceitos por diversos países para justamente salvaguardar a população infantil em momentos em que elas estejam sendo turbadas em seus direitos ao crescimento saudável.

Quanto à educação, incontroverso que esta é e sempre foi um dos elementos mais importantes que compõem a complexa personalidade de cada indivíduo e, justamente por este motivo, que os Estados – em sua maioria – determinam de forma compulsória que a população de crianças e adolescentes esteja obrigatoriamente inserida nos quadros das escolas a partir de determinada idade. Neste sentido, estando a par das necessidades infantis de se ter amparo educacional, a Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece, em seu artigo 18 (2), que os "Estados Partes prestarão assistência adequada aos pais e aos representantes legais para o desempenho de suas funções no que tange à educação da criança".

Ocorre que o direito à educação foi praticamente erradicado das zonas de guerra, pois que, hoje, apesar de muitas crianças ainda insistirem em frequentar suas antigas escolas – ou o que sobraram delas, quando as batalhas começaram, em meados de 2011, a maioria destes menores teve de abandonar os estudos, geralmente por medo, ou porque simplesmente os centros educacionais deixaram de existir e se tornaram longas pilhas de ruínas. Ademais, estima-se que mais de 50 mil professores abandonaram os seus postos de trabalho e, os que restaram no território, trabalham de graça ou por salários ínfimos. Em 2016, 35 escolas foram bombardeadas (CHADE, 2016) e ainda, segundo informações, a UNICEF estima que metade das crianças sírias esteja fora das escolas (aproximadamente 2,7 milhões), o que leva a se falar, como já citado, em uma "geração perdida" (SPUTNIK NEWS, 2017), pois que ao final da guerra, a falta de estudos levará o país a cultivar adultos sem o mínimo de instrução necessária, conforme dizeres da supervisora regional de educação da UNICEF, Dina Craissati (2015).

Entretanto, mesmo diante desta situação alarmante, pequenos agrupamentos para o ensino começaram a surgir, por iniciativa dos próprios sírios, que resgatavam materiais de escolas destruídas e, em suas próprias casas, em cômodos sem portas, e com apenas algumas cadeiras e um quadro pintado na parede, ensinavam algumas crianças o alfabeto árabe e o inglês. Ou seja, diante da necessidade de se ensinar as crianças, a Síria hoje volta aos primórdios da educação doméstica e rudimentar, simplesmente pelo fato de não haver outras opções mais viáveis, valendo ressaltar que alguns menores têm de descer em verdadeiras "cavernas", feitas aos moldes de *bunkers*, para que possam receber aulas com a mínima segurança possível, dependendo, inclusive, de alguns materiais didáticos impressos na Turquia (ASHAWI, 2016).

É certo que, apesar de todas as dificuldades, algumas escolas ainda estão sobrevivendo na Síria. Segundo informações de Alun McDonald (2017) do *Save*

The Children desde o começo da guerra, estima-se que houve mais de 4.000 ataques a escolas, sendo que, as que continuam em funcionamento, ou estão tão deterioradas que mal conseguem comportar os alunos, ou se transformaram em centros para famílias desabrigadas ou foram tomadas por grupos armados que se utilizam destas construções como base para suas atividades. Há de se ressaltar ainda que, mesmo em funcionamento, estas escolas recebem pouquíssimos estudantes, pois, por serem locais considerados alvos estratégicos, a maioria dos pais não permite que seus filhos se desloquem até lá para que possam receber aulas.

Percebe-se, portanto, que a situação educacional na Síria está caótica para as crianças que lá residem, pois que, ainda que estas contem com a ajuda de voluntários do próprio país ou até mesmo de ajuda humanitária externa, isto não é o bastante para criar um ambiente ao menos digno de aprendizado, sendo evidente que deve haver uma preocupação internacional com o futuro destas crianças, de modo que se criem, urgentemente, maiores iniciativas para ao menos tentar diminuir os danos que a escassez de aprendizagem causará na vida destes jovens.

A saúde é outro assunto de vital importância para os órgãos e instituições que visam à proteção da população infantil, ainda mais em tempos de conflitos bélicos, pois que, como já dito em tópicos anteriores, por serem biologicamente mais frágeis, as crianças tendem a sofrer com as deteriorações de saúde não só na seara física, em decorrência de várias doenças que vêm assolando a Síria, como a poliomielite, tuberculose, difteria, hepatite e leishmaniose, mas principalmente, nos aspectos mentais e emocionais, haja vista que inúmeras crianças têm adoecido psicologicamente em decorrência do violento cotidiano a que estão submetidas.

As primeiras informações são de que milhares de crianças estão sob o efeito de estresses e traumas das mais variadas formas, pois que estão constantemente receosas por conta de bombardeios e ataques aéreos, fora o fato de que muitas delas perderam entes queridos ou foram feridas devido aos conflitos, sendo interessante também citar que muitas dessas crianças adoecem psicologicamente devido a um fator crucial e que já foi tratado anteriormente: o de estarem impedidas de irem às escolas. Tais distúrbios, causados pelos efeitos da guerra, têm gerado nestas crianças, assim como nas refugiadas, incontinência urinária, automutilação, tentativas de suicídio, comportamentos agressivos ou arredios e ainda, o uso indiscriminado de entorpecentes para "ajudar" a lidar com o constante estado de ansiedade e estresse (MCDONALD, 2017).

A organização *Save The Children* tem dito que não se sabe ao certo quais são os impactos psicológicos causados nas crianças em virtude da guerra, a preocupação dos pesquisadores, no entanto, não circunda somente o atual quadro de moléstias psicológicas em que estes menores estão inseridos, sendo que a pesquisa vai além e pretende demonstrar ainda os efeitos que a guerra trará aos futuros

adultos sírios. Em recente relatório, "Invisible Wounds: The impact of six years of war on the mental health of Syria's children" escrito por Alun McDonald, diz-se que muitos dos que hoje são crianças poderão, no decorrer dos anos, desenvolver doenças preocupantes, como depressão, ansiedade e estresse pós-traumático, além de doenças cardíacas, diabetes e deficiência no sistema imunológico.

O abuso sexual é outro ponto de extrema relevância e que não pode ser olvidado, pois que é algo que está intrinsecamente ligado à saúde mental e física dessas crianças. Ainda se tratando sobre os estudos efetuados por Alun McDonald do *Save The Children*, vários sírios entrevistados disseram que a ameaça de violência sexual contra meninas (o estudo não menciona crianças do sexo masculino) tem aumentado vertiginosamente, e que, em casos extremos, e, por medo de denunciarem seus agressores, muitas chegam a tentar suicídio após estupros ou assédios. Não obstante, existem famílias que têm enviado suas meninas de 11 a 17 anos para matrimônios arranjados, seja pelo sentimento dos genitores de que, estando casadas, estas moças estarão mais protegidas contra eventuais abusos sexuais, ou pelo fato de que não conseguem mais mantê-las junto à família devido ao estado de pobreza em que se encontram.

Ademais, não bastassem os problemas com a falta de acesso à educação e à saúde, os pequenos sírios enfrentam outro infortúnio tão devastador quanto os dois primeiramente citados: o envolvimento em milícias armadas. Apesar de muito pouco ter se comentado sobre o assunto, não se pode olvidar o fato de que grupos, especialmente o Estado Islâmico e o Exército Pela Liberação da Síria, possuem um "exército de crianças", que é utilizado nas mais diversas operações criminosas, dentre elas, a execução de prisioneiros. Neste sentido, em artigo intitulado "Os Senhores da Guerra e as Crianças Soldado" veiculado pela Editora Observare da Universidade Autónoma de Lisboa em 2014, Ana Paula Lourenço traz a definição do que a doutrina internacional tem chamado de "criança soldado", conforme transcrição abaixo:

> *Considera-se criança-soldado todo o menor de 18 anos que participe em conflitos armados, internacionais ou não, integrando forças regulares ou irregulares, directa ou indirectamente, não sendo assim necessário que use armas, incluindo-se nesta categoria as crianças que prestam apoio logístico ou de outra índole, incluindo cozinheiros, transportadores, mensageiros, escravos sexuais ou outras (LOURENÇO, 2014).*

Para a autora, o ingresso de menores em grupos armados ocorre geralmente de maneira forçada, através de coação ou de raptos na escola, na rua ou na família, sendo que referida prática culmina no treinamento militar dos coagidos/raptados, que permanecem nos grupos em busca de certa proteção e auxílio. Estas crianças muitas vezes buscam junto aos aglomerados de beligerantes um sentimento de pertença, de "família", todavia, não é somente este o objetivo ao

ingressar nestas milícias, sendo que existe também o interesse em se ganhar dinheiro com isso, excetuando-se a situação em que as crianças são submetidas a situações análogas à da escravidão.

O estudo ainda menciona que as maiores vítimas da inserção em grupos armados são, em sua esmagadora maioria, crianças do sexo masculino, restando às meninas geralmente os trabalhos domésticos e os abusos sexuais, sendo que no artigo de Ana Paula Lourenço ainda há um gráfico que demonstra que no ano de 2012, havia apenas um grupo armado que se utilizava de táticas de recrutamento infantil, valendo ressaltar que hoje esta realidade está mudada, haja visto que outros grupos também se utilizam das crianças sírias como pequenos soldados.

De acordo com os estudos realizados pelo *Save The Children* no já citado relatório de nome "Invisible Wounds: The impact of six years of war on the mental health of Syria's children" vários adultos foram entrevistados a fim de se coletar dados sobre a situação das crianças em meio aos conflitos, sendo que 60% daqueles sírios que se disponibilizaram a colaborar com a pesquisa, disseram saber de crianças que ingressaram em grupos armados, sendo que a UNICEF, estima que 850 crianças tenham sido recrutadas nos últimos seis anos de conflito (OPINIÃO E NOTÍCIA, 2017).

3. Os instrumentos de proteção infantil no ambiente internacional

Com os avanços das positivações referentes à proteção da infância, a criança deixou de ser apenas um sujeito de deveres e necessidades para se tornar também sujeito de direitos. É por este motivo que, paralelamente às iniciativas internacionais para a contenção de guerras, ao longo dos anos também foram criados vários mecanismos que visavam a colocar as crianças em foco, de modo a lhes doar meios para o desenvolvimento saudável e adequado, para que se tornassem adultos plenos e conscientes de sua cidadania e do seu papel como indivíduo inserto em um contexto social, seja ele qual for.

Assim, as primeiras tentativas de se normatizar, positivamente, a proteção infantil se deu quando, "após a Primeira Guerra Mundial, a Organização Internacional do Trabalho foi a primeira instituição a aprovar uma convenção, em 1919, que limitava a idade para o início da vida economicamente ativa dos jovens" (RODRIGUES, 1994, p. 48-49 *apud* MONACO, 2005, p. 127). Após, ainda segundo Gustavo Ferraz de Campos Monaco, em 1924 foi aprovada da Declaração de Genebra, onde, todavia, a criança estava "numa situação claramente passiva, em que ela é mero objeto de proteção" (MONACO, 2005).

Em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, tem-se que com o artigo 25º a infância goza de assistência especial, e que todas as crianças, sejam elas concebidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social, ao passo que no artigo 26º tem-se a menção à educação e ao poder diretivo dos pais sobre os filhos. Neste esteio, em 1959 a ONU aprova a Resolução nº 1.386, chamada de Declaração sobre os Direitos da Criança, onde esta passa a ser sujeito ativo de direitos, sendo que outras iniciativas também existiram, como por exemplo, na Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, na Organização dos Estados Americanos e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Em 1974, foi aprovada pela Assembleia das Nações Unidas a Declaração sobre Proteção de Mulheres e Crianças em Situação de Emergência ou de Conflito Armado, também conhecida como Resolução nº 3.318, mencionando a responsabilidade das Nações Unidas e sua preocupação pela geração vindoura. A declaração traz no bojo de seus artigos, em suma, o desejo de que o Protocolo e a Convenção de Genebra (1925 e 1949, respectivamente) sejam respeitados, bem como institui que os ataques e bombardeios, o uso de gases venenosos e práticas de tortura – sejam elas quais forem, psicológicas ou físicas, contra civis e, especialmente crianças e mulheres, sejam punidas severamente, sendo que, por fim, a Resolução ainda declara que estas pessoas devem ser objeto de todos os esforços para que sejam poupadas dos flagelos causados pela guerra.

Em 1989, foi aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas a chamada Convenção sobre os Direitos da Criança, que reafirmava os princípios da Declaração Universal de Direitos do Homem, e foi assinada por 196 países, tornando-se a norma cogente de direitos humanos no âmbito internacional de maior número de assinaturas, segundo a UNICEF. Vale mencionar que a Convenção trouxe um avanço sem precedentes para os direitos da população infantil, pois que finalmente estabeleceu uma relação mais igualitária entre os membros da família, conferindo à criança o direito de ser ouvida e, principalmente, de ser protegida contra quaisquer adversidades que pudessem comprometer o seu desenvolvimento psicológico ou físico, e isto envolve questões afetivas, educacionais, de saúde e de bem-estar no geral.

A Convenção, dentre outras coisas, revela sua complementaridade à Declaração sobre os Direitos das Crianças (1959) e pede para que haja a cooperação da comunidade internacional para trabalhar em prol dos direitos infantis. Há também, pela primeira vez, a definição sobre o que é a criança, pois que, logo em seu artigo 1º, a Convenção traz que "criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo". Ainda, em seu preâmbulo, citando a Declaração (1959), define que uma das razões para que se dispense atenção especial à criança é o fato de que

por sua imaturidade física e intelectual, há a necessidade de uma proteção específica.

Vários são os assuntos abordados pela Convenção sobre os Direitos das Crianças, valendo destacar alguns que são vistos como primordiais, como, por exemplo, a educação. Em seus artigos 28 e 29, a Convenção reconhece que todas as crianças devem ser tratadas igualitariamente quanto ao aprendizado, sendo que os Estados-Partes devem fornecer ensino primário gratuito e universal, encorajando sempre a frequência dos alunos; devem implantar medidas de subsídio em caso de alunos carentes, e devem sempre trabalhar para promover o desenvolvimento da personalidade e das aptidões de cada criança, ensinando-as a respeitar os familiares, o meio ambiente, a sua cultura e toda a sociedade.

Já em relação à saúde, a Convenção, em seu artigo 24, estabelece que os Estados Partes devem trabalhar para que a criança tenha o melhor sistema de saúde possível, dispensando a elas sempre o acesso a médicos e hospitais e garantindo que nenhuma seja privada aos serviços que são prestados neste aspecto. Além disso, ainda se estabelece que os Estados adotem medidas para:

> **Artigo 24**
>
> *(...)*
>
> *Fazer baixar a mortalidade entre as crianças de tenra idade e a mortalidade infantil;*
>
> *Assegurar a assistência médica e os cuidados de saúde necessários a todas as crianças, enfatizando o desenvolvimento dos cuidados de saúde primários;*
>
> *Combater a doença e a má nutrição, no quadro dos cuidados de saúde primários, graças nomeadamente à utilização de técnicas facilmente disponíveis e ao fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável, tendo em consideração os perigos e riscos da poluição do ambiente;*
>
> *Assegurar às mães os cuidados de saúde, antes e depois do nascimento;*
>
> *Assegurar que todos os grupos da população, nomeadamente os pais e as crianças, sejam informados, tenham acesso e sejam apoiados na utilização de conhecimentos básicos sobre a saúde e a nutrição da criança, as vantagens do aleitamento materno, a higiene e a salubridade do ambiente, bem como a prevenção de acidentes;*

Desenvolver os cuidados preventivos de saúde, os conselhos aos pais e a educação sobre planeamento familiar e os serviços respectivos.

3. Os Estados Partes tomam todas as medidas eficazes e adequadas com vista a abolir as práticas tradicionais prejudiciais à saúde das crianças.

4. Os Estados Partes comprometem-se a promover e a encorajar a cooperação internacional, de forma a garantir progressivamente a plena realização do direito reconhecido no presente artigo. A este respeito atender-se-á de forma particular às necessidades dos países em desenvolvimento.

Assim, no decorrer da leitura da Convenção, percebe-se que ela é muito específica e possui uma ampla gama de direitos inerentes à população infantil, como, por exemplo, o direito à informação, direitos das crianças deficientes, das crianças em centros de reabilitação, e outros, entretanto, quando se faz a leitura deste documento em estrita atenção ao objeto deste trabalho, o artigo que mais chama a atenção é o de número 38, onde se estabelecem as diretrizes relativas às crianças que estão em meio a zonas de conflito, conforme transcrição abaixo:

Artigo 38

Os Estados Partes comprometem-se a respeitar e a fazer respeitar as normas de direito humanitário internacional que lhes sejam aplicáveis em caso de conflito armado e que se mostrem relevantes para a criança.

Os Estados Partes devem tomar todas as medidas possíveis na prática para garantir que nenhuma criança com menos de 15 anos participe diretamente nas hostilidades.

Os Estados Partes devem abster-se de incorporar nas forças armadas as pessoas que não tenham a idade de 15 anos. No caso de incorporação de pessoas de idade superior a 15 anos e inferior a 18 anos, os Estados Partes devem incorporar prioritariamente os mais velhos.

Nos termos das obrigações contraídas à luz do direito internacional humanitário para a protecção da população civil em caso de conflito armado, os Estados Partes na presente Convenção devem tomar todas as medidas possíveis na prática para assegurar protecção e assistência às crianças afetadas por um conflito armado.

Neste sentido, o artigo 39 da Convenção ainda diz que:

Artigo 39

Os Estados Partes tomam todas as medidas adequadas para promover a recuperação física e psicológica e a reinserção social da criança vítima de qualquer forma de negligência, exploração ou sevícias, de tortura ou qualquer outra pena ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes ou de conflito armado.

Essas recuperação e reinserção devem ter lugar num ambiente que favoreça a saúde, o respeito por si própria e a dignidade da criança.

Percebe-se, portanto, que há, ainda que superficialmente, uma preocupação da comunidade internacional em preservar as crianças vítimas dos conflitos armados, primando-se pelo respeito ao trabalho humanitário e pela proibição do ingresso destes menores em grupos armados, além do que, há também a preocupação não só em proteger essas crianças, como também em recuperá-las dos traumas que advêm no período durante e pós-guerra.

A Declaração do Milênio, juntamente com os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, que surgiram em 08 de setembro de 2000, proclamam a sua responsabilidade especial para com as crianças, que são "a quem pertence o futuro". Estes documentos contêm uma série de metas muito importantes para o desenvolvimento de menores, todavia, para esta pesquisa, as que mais se destacam são: acabar com a fome e a miséria, educação básica de qualidade para todos e principalmente a redução da mortalidade infantil.

Assim, chega-se ao ponto principal deste trabalho: investigar como que estes direitos da população infantil, tão caros à ordem internacional, estão sendo protegidos e efetivados na Síria diante do cenário catastrófico e violento que ali se insere. A Síria é assinante da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, tendo assinado tal pacto em 18 de setembro de 1990 e ratificado em 15 de julho de 1993, conforme dados fornecidos pelo site das Nações Unidas. Interessante ressaltar, somente a título de curiosidade, que a Síria não aceitou todos os termos da Convenção, e fez reserva quanto ao artigo 14, onde se estabelece a liberdade religiosa da criança, e os artigos 20 e 21, que estabelecem regras sobre a adoção. Ou seja, são reservas baseadas na religião e nos costumes, não havendo quaisquer limitações quanto às disposições sobre educação, saúde, e principalmente, sobre os conflitos armados.

A Convenção **s**obre Direitos da Criança ainda traz consigo o Protocolo Facultativo para a Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados (2000). Este pacto estabelece, basicamente, que menores de 18 anos são proibidos de engrossar as fileiras de grupos armados, tanto nas forças armadas nacionais quanto em grupos paramilitares. Vê-se que, inclusive no artigo 4º, o Protocolo estabelece que os Estados Partes deverão

adotar medidas para impedir que grupos diversos dos exércitos oficiais recrutem menores para hostilidades, devendo, inclusive, aplicar sanções quando isto acontecer. A Síria ratificou este Protocolo em 17 de outubro de 2003, momento em que declara, inclusive, que o Protocolo é compatível com sua legislação interna, uma vez que o estatuto do seu Ministério da Defesa não permite que menores de 18 anos se alistem para serviços militares.

Assim, tomando por base estes três instrumentos de proteção de direitos humanos infantis – a Declaração do Milênio, a Convenção sobre os Direitos da Criança e seu Protocolo Facultativo sobre o envolvimento de crianças em conflitos armados, tem-se que, apesar do caráter cogente destes princípios e normas internacionais, que logo no início de seus escritos estabelecem que os Estados Partes – a Síria, inclusive, por óbvio, deveriam estar em consonância com o que os pactos determinam, a realidade hoje no país governado por Bashar Al Assad é muito diferente das idealizações postas nos documentos supracitados, pois que, como já foi explorado neste feito acadêmico, as crianças sírias têm sofrido em demasiado com as trágicas consequências da guerra.

O governo sírio, em nenhum momento demonstra tentativas de fornecer educação (artigo 24 – Convenção sobre Direitos da Criança), saúde (artigos 28 e 29 – Convenção sobre Direitos da Criança), e muito menos trabalha para reduzir a mortalidade infantil ou sanar os casos de fome no país, mas pelo contrário, na verdade há fortes indícios de que, não só os combatentes livres, mas também o exército ministrado pelo então presidente sírio tenha cometido inúmeras atrocidades: primeiro porque escolas e hospitais se tornaram os alvos preferenciais para destruição; segundo, porque a Síria tem tido casos de bloqueio de ajuda humanitária como tática de guerra (AGENCIA BRASIL, 2017), o que tem deixado várias pessoas sitiadas e em situação de fome (BBC, 2017) e extrema falta de recursos; terceiro porque têm sido cometidos inúmeros crimes de guerra sem nenhuma punição dos responsáveis.

Ao que se parece, uma das únicas coisas que tenha sido feita por Bashar Al Assad para "respeitar" a Convenção, ainda que inconscientemente, foi o não recrutamento de jovens abaixo de 18 anos para lutar nos conflitos, pois não há registros de que isso tenha ocorrido. Todavia, em desconformidade com a Convenção e com o Protocolo Facultativo, grupos desalinhados com o governo têm inserido jovens em suas atividades sem nenhuma punição sequer do Estado Parte - Síria, a exemplo do Estado Islâmico, que recruta crianças e adolescentes para criar a "nova geração jihadista", ou o Exército Livre da Síria.

Pois bem, uma coisa é certa: internamente, não há qualquer vontade ou iniciativa de fazer valer qualquer imposição da Convenção sobre Direitos das Crianças ou seu Protocolo, Declaração do Milênio, ou quaisquer diretrizes referentes a direitos humanos ou ao direito humanitário. O que se vê dentro da Síria, é, na verdade, uma atitude totalmente oposta quanto a isso, sendo que o país se

tornou um enorme palco de atrocidades e crimes de guerra, tudo aos olhos coniventes de seu ditador Bashar Al Assad – o que já era de se esperar, pois que em tempos de conflitos bélicos como estes, raramente o próprio Estado toma partido para proteger seus cidadãos – do contrário, massacra-os, especialmente os mais frágeis, como as crianças. Todavia, apesar de a Síria quedar-se inerte quanto às violações dos dispositivos internacionais, o mesmo não pode se dizer da comunidade internacional, que tem o dever de intervir nas questões do país para que sejam ao menos diminuídos os prejuízos causados aos direitos humanos.

É nesta esteira que se encontram programas vinculados a organizações, como a ONU, como a Cruz Vermelha, *Save The Children*, Caritas, Comitê Internacional de Resgate e Médico Sem Fronteiras, sendo estes apenas alguns exemplos de como a Síria, sendo um país em guerra, tem recebido interferência externa no seu território para a garantia e proteção das pessoas que ainda estão nas zonas de conflito. É importante lembrar que, a partir do fim da Segunda Guerra Mundial cresceu o número de organizações, sejam elas voluntárias ou governamentais, e até mesmo de indivíduos isolados, que desejam levar a locais inóspitos ajuda das mais diversas formas: educacional, medicinal, alimentícia e etc.

Conforme divulgado em 2016, aproximadamente 13,5 milhões de pessoas na Síria precisam de ajuda humanitária (ONUBR, 2016), sendo que, segundo a UNICEF, "quase 6 milhões de crianças dependem agora de ajuda humanitária, 12 vezes mais do que em 2012, quando a guerra fez um ano" (ONU NEWS, 2017). Todavia, apesar de esta ajuda humanitária estar sendo enviada, ainda há um longo caminho a ser percorrido para que seja suficiente, pois que ainda existem inúmeros percalços na Síria que impedem a passagem de voluntários, como por exemplo, a destruição de corredores humanitários dentro da zona de guerra.

Recentemente foi lançado um relatório sob o título "Confronting Fragmentation: Impact of Syrian Crisis Report", o que, em tradução livre, significa "Confrontando a Fragmentação: Relatório Sobre o Impacto da Crise Síria". O referido documento traz os impactos da guerra na economia e os prejuízos sociais que as batalhas têm gerado, como, por exemplo, a falta de estudo das crianças e jovens (assunto já tratado nesta pesquisa), as mortes de civis e o deslocamento de tantos outros milhões. Outro ponto muito importante deste relatório é o seu tom crítico, pois há uma passagem onde se menciona que apesar de os sírios estarem sofrendo por anos com as mazelas da guerra, a atenção global para seus direitos humanos só se intensifica quando a crise impacta diretamente sociedades desenvolvidas devido ao enorme fluxo migratório.

Pois bem, ainda com referência à ONU, não se pode deixar de mencionar o trabalho que a UNICEF faz para salvaguardar a infância da Síria. A organização tem trabalhado para manter condições dignas de vida e para minimizar o impacto da crise nestas crianças, especialmente nas áreas de manutenção da saúde, da nutrição, imunização, questões sanitárias, de água, de educação, e de pro-

teção em geral destes menores (UNICEF, 2017), sempre baseada na Convenção sobre Direitos da Criança, seus protocolos e demais dispositivos legais da seara internacional. A UNICEF mantém um site específico denominado "Children of Syria", ou seja, "Crianças da Síria", onde, além de habitualmente publicar vídeos e relatórios sobre a situação destas crianças, também dispõe de um ambiente virtual destinado às doações financeiras.

A UNICEF também criou um programa em 2013 chamado "No Lost Generation", o que em tradução livre significa "Sem Geração Perdida" e que atualmente está na sua segunda fase, que cobre o período 2016-2018, fazendo frente na Síria e no Iraque, sendo que também conta como um de seus parceiros a organização *Save The Children*, que será estudada mais adiante, e se mantém com a ajuda de vários Estados como Austrália, Alemanha, Estados Unidos da América, França, Finlândia, Grécia, Itália e outros, além de receber doações de pessoas físicas que querem abraçar a causa. O programa tem três pilares básicos e interdependentes, quais sejam: educação, proteção infantil, e adolescentes e juventude (CHILDREN OF SYRIA, 2017).

Outro "braço" da ONU que também trabalha para fornecer ajuda humanitária é a ACNUR, sigla associada ao Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, que segundo informações veiculadas pela BBC Brasil (BBC, 2015), angaria fundos para ajudar também os sírios que não detêm a condição de refugiados, auxiliando especialmente na compra de alimentos, de itens de primeiros socorros e materiais para enfrentamento dos invernos.

O problema com as iniciativas tomadas pela ONU é que, apesar de serem eficientes – ainda que não completamente, estão fadadas à falta de financiamento. Em junho de 2017, foi anunciado que os programas estabelecidos pela UNICEF na Síria e em seus vizinhos Líbano, Jordânia, Turquia, Iraque e Egito muito provavelmente teriam de ser suspensos por falta de verbas, o que deixaria aproximadamente 9 milhões de crianças sem assistência humanitária, motivo pelo qual a UNICEF fez um apelo à comunidade internacional em busca de 1,4 bilhões de dólares, mas recebeu "menos de 25% de suas necessidades de financiamento" (ONUBR, 2017).

Há ainda, como já mencionado, outras organizações que intervêm no território sírio para auxiliar de alguma forma, como o *Save The Children*, que é uma ONG britânica e que já demonstra seu trabalho nos conflitos do Oriente Médio por décadas, vem atuando no território conflituoso da Síria desde o início da guerra. Segundo dados fornecidos pelo site oficial, até o presente momento já foram ajudadas mais de 2 milhões de crianças (tanto as que estão na zona de conflito, quanto as que estão refugiadas em outros países), fornecendo a elas cuidados médicos (especialmente na seara psicológica), produtos de higiene, alimentos, atividades educativas e ainda fornecendo aos adultos do país meios de garantir o próprio sustento (SAVE THE CHILDREN, 2017).

Outra organização que também se faz presente no território sírio é a Caritas. Formada a partir de princípios construídos nos ideários cristãos, ela tem atuado na Síria desde 1954, todavia, foi a partir de 2011 que realmente se fizeram necessárias atitudes maciças da organização para ajudar as pessoas em situação de risco, que atualmente atuando de forma principal nas cidades de Damasco, Alepo e Homs (CARITAS, 2017), fornecendo basicamente o que as outras organizações também fornecem, não só para crianças, mas também para os adultos sírios.

Por fim, é importante mencionar também o trabalho desenvolvido por outras organizações como o Comitê Internacional de Resgate, que de acordo com seu site oficial, provê ajuda a um milhão de sírios, sendo que metade destas pessoas são crianças (INTERNATIONAL RESCUE COMMITTEE, 2017). A Cruz Vermelha também é de vital importância para o trabalho humanitário na Síria, pois que, "trabalha com o Crescente Vermelho Árabe Sírio para fornecer água potável e melhorar as condições de saneamento, bem como distribuir alimentos e ajuda básica" (COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA, 2017a), valendo ressaltar também que ultimamente, a organização tem feito um apelo para que os combatentes respeitem as normas de guerra e poupem os civis dos flagelos das batalhas (COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA, 2017b).

Assim, de modo a encerrar este tópico, é importante trazer o entendimento de Flávia Piovesan que diz que o maior problema dos direitos humanos "não é mais o de fundamentá-los, mas sim o de protegê-los" (BOBBIO, A Era dos Direitos, p. 30 *apud* PIOVESAN, 2013, p. 182). Tem-se então a idéia de que apesar de os direitos humanos existirem e estarem positivados, o que é incontestável, o que Piovesan tenta exprimir através do pensamento de Bobbio, é que não basta que estes direitos estejam somente no plano teórico, devendo eles serem trazidos para o plano concreto.

É preciso que haja adequados fundos, acesso humanitário apropriado e um novo comprometimento global com as crianças sírias, além do que, deve haver um consenso para que as partes envolvidas na guerra cessem ataques em áreas civis, acabem com o recrutamento de menores de 18 anos, e que não se utilizem de táticas de cerco (o que dificulta o acesso de ajuda humanitária) e sejam permitidos os chamados "corredores humanitários". Além disso, deve haver a concreta punição dos responsáveis pelas violações dos direitos humanos, além de garantias de que o andamento de negociações políticas leve a uma cessação dos conflitos.

4. Conclusão

O problema atual da Síria em relação às suas crianças não é a falta de regulamentação de mecanismos internacionais que visem à proteção desta categoria de indivíduos em meio à guerra, mas sim, falta um comprometimento incisivo dos órgãos de controle destes mecanismos protetivos para inferir ao país punições ou até mesmo criar propostas de acordo entre os revoltosos, para que se possa, ao menos, realizar tentativas de se por fim aos conflitos que já se arrastam por anos. A inércia da comunidade internacional tem se mostrado latente, e apesar de todos os desmandos cometidos pelo ditador sírio e pelas milícias rebeldes que ali se instalaram, o que prevalece é um sentimento de impotência e de falta de coragem de países que poderiam intervir, mas que não o fazem devido ao fato de que a Síria comporta dentro de si uma complexa teia de interesses emaranhados dos atores internacionais, interesses esses que poderiam ser perdidos caso houvesse um confronto mais direto com Bashar Al Assad.

Ocorre que não só dentro da Síria, mas também fora, não há interesse em se auxiliar no fim da guerra e, consequentemente, na proteção dos que estão presos nas zonas de conflito, em especial as crianças. Conforme visto neste trabalho, além de faltarem pessoas para trabalhar e fornecer auxílio humanitário aos sírios, faltam também recursos para implementar, ou continuar mantendo programas para as crianças locais, o que só lhes dificultam ainda mais o cotidiano já tão mercado pelas perdas e sofrimento, o que é corroborado pelos próprios dizeres do chefe do Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR), Filippo Grandi, que menciona a falta de solidariedade internacional, uma vez que, cada vez mais países têm fechado suas fronteiras aos refugiados, o que obriga os sírios a continuarem em condições de risco em meio aos conflitos do país natal, bem como ainda faltam recursos para que se possa enviar ajuda humanitária ao país em guerra (ACNUR, 2016).

Tais conclusões, portanto, demonstram um cenário negativo em relação ao futuro da Síria, pois que, ao que parece, os conflitos ainda não têm a mínima previsão para que sejam encerrados, o que permite deduzir que, enquanto as lutas continuarem, não só as crianças, como a população civil em geral, ainda sucumbirão às constantes violações de direitos humanos que, ressalta-se, já vem acontecendo por sete anos sob os coniventes olhares da comunidade internacional, que, ao que parece, não está cumprindo com seus tão caros e estimados deveres de fraternidade universal para com seus semelhantes, mas tão somente se utiliza da Guerra Síria para produzir noticiários sensacionalistas e para manter interesses na região do Oriente Médio.

Bibliografia

ACNUR BRASIL, *Cinco anos de conflito na Síria.* [Online], Brasil, Agência da ONU para Refugiados**,** 2016 [consult. 22 jan. 2018], disponível em: http://www.acnur.org/portugues/2016/03/15/cinco-anos-de-conflito-na-siria/.

AGÊNCIA EFE, «ONU denuncia bloqueio de ajuda humanitária à Síria e ataques a civis. [Online]»**,** *Agência Brasil***,** 2017 [consult. 25 nov. 2017], disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2017-05/onu-denuncia-bloqueio-de-ajuda-humanitaria-siria-e-ataques-civis.

AGÊNCIA FRANCE-PRESSE, «Drama humanitário: mais de 17 mil crianças já morreram na guerra da Síria. [Online]». *CorreioBraziliense.com.br*, 2017 [consult. 28 set. 2017], disponível em: http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/

ALEKSIÉVITCH, Svetlana, *A Guerra Não Tem Rosto de Mulher***,** 1ª ed**.,** São Paulo, Companhia das Letras, 2016.

AL JAZEERA, *The Boy Who Started The Syrian War. Featured Documentaries* [Online]. Síria, Al Jazeera English, 2017, (47 min.) [consult. 19 mar. 2017], disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=njKuK3tw8PQ.

ASHAWI, Khalil, «As escolas possíveis numa Síria em guerra. [Online]». *Público***,** 2016, [consult. 30 set. 2017], disponível em: https://www.publico.pt/2016/07/04/fotogaleria/as-escolas-possiveis-numa-siria-em-guerra-362730.

BBC, *Como brasileiros podem ajudar os refugiados sírios?* [Online], Brasil, 2015 [consult. 29 dez. 2017], disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150904_sirios_brasil_ajuda_rm.

BBC, *Sitiada por guerra, população de cidade síria 'come terra, cães e gatos' para não morrer de fome* [Online], Brasil, 2017 [consult. 15 nov. 2017], disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160106_siria_conflito_fome_rb.

BENIGNI, Roberto, *A Vida é Bela*, [Registro de vídeo], Itália, Cecchi Gori Group, 1997. (1h., 56 min.), son., color.

BIRRELL, Ian, «Revealed: The boy prankster who triggered Syria's bloody genocide with slogans sprayed in his schoolyard» [Online] *Mail Online News*, 2013 [consult. 19 mar. 2017], disponível em: http://www.dailymail.co.uk/news/article-2315888/Revealed-The-boy-prankster-triggered-Syrias-bloody-genocide-slogans-sprayed-schoolyard.html.

BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2004 [consult. 20 dez. 2017], disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf.

BOYNE, John, *O Menino do Pijama Listrado*, [Registro vídeo], Inglaterra, BBC Films, 2008, DVD vídeo (94 min.).

CARITAS, *Where Caritas Work* [Online], 2017 [consult. 29 dez. 2017], disponível em: https://www.caritas.org/where-caritas-work/middle-east-and-north-africa/syria/.

CHADE, Jamil, *Cinco Anos de Guerra Levaram a Síria à "Miséria", diz ONU* [Online], O Estado de São Paulo, 26.01.2016 [consult. 28 set. 2017], disponível em: http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,cinco-anos-de-guerra--levaram-siria-a-miseria--diz-onu-,1825629.

CHILDREN OF SYRIA, *What is No Lost Generation?* [Online], No Lost Generation, 2017 [consult. 28 dez. 2017], disponível em: http://childrenofsyria.info/2017/03/07/what-is-no-lost-generation/.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA, «Guerra na Síria: através das linhas de frente» [Online], *Icrc.org.*, 2017a [consult. 30 dez. 2017], disponível em: https://www.icrc.org/pt/document/guerra-na-siria-atraves-das--linhas-de-frente.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA, «Raqqa e Mossul: humanidade sob ataque» [Online], *Icrc.org.*, 2017b [consult. 30 dez. 2017], disponível em: https://www.icrc.org/pt/document/raqqa-e-mossul-humanidade--sob-ataque.

GARDNER, Frank, «O Homem que "acendeu" a fagulha da Primavera Árabe» [Online], *BBC notícias*, 2011 [consult. 30 jul. 2017], disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2011/12/111217_bouazizi_primavera_arabe_bg.shtml.

INTERNATIONAL RESCUE COMMITTEE, «Shattered lives: Syria» [Online], *Rescue.org.*, 2017 [consult. 29 dez. 2017], disponível em: https://www.rescue.org/country/syria.

LIMA, Bernardo Pires de, *A Síria Em Pedaços*, 2. ed., Lisboa, Tinta da China, 2015.

LOURENÇO, Ana Paula, «Os "senhores da guerra" e as crianças-soldado» [Online], *Observare – Janus*: *Metamorfoses da Violência* (1914-2014), v. 1, n. 1,

2014, p.122-123 [consult. 17 out. 2017], disponível em: http://repositorio.ual.pt/handle/11144/2890.

MCDONALD, Alun, *Invisible Wounds: The impact of six years of war on the mental health of Syria's children* [Online], Inglaterra, Save The Children, 2017 [consult. 20 mar.2018], disponível em: http://www.savethechildren.org.uk/sites/default/files/images/Invisible_Wounds.pdf.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos, *A Proteção da Criança no Cenário Internacional***,** 1ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2005.

O GLOBO, «Em seis anos, guerra síria expulsou metade da população das suas casas» [Online], *OGlobo.com.*, 2017 [consult. 18 out. 2017], disponível em: https://oglobo.globo.com/mundo/em-seis-anos-guerra-siria-expulsou-metade-da-populacao-das-suas-casas-21058533.

ONUBR, *ONU e 120 organizações humanitárias pedem à população mundial união pelo fim do conflito sírio* [Online], Brasil, 2016 [consult. 28 dez. 2017], disponível em: https://nacoesunidas.org/onu-e-120-organizacoes-humanitarias-pedem-a-populacao-mundial-uniao-pelo-fim-do-conflito-sirio/>.

ONUBR, *Projetos apoiados pelo UNICEF na Síria e em países vizinhos podem ser suspensos* [Online], Brasil, 2017 [consult. 29 dez. 2017], disponível em: https://nacoesunidas.org/projetos-apoiados-pelo-unicef-na-siria-e-em-paises-vizinhos-podem-ser-suspensos/.

ONU NEWS, *Sofrimento de crianças na Síria atingiu o "fundo do poço", alerta Unicef* [Online], Nova York, EBC Agência Brasil, 2017 [consult. 28 dez. 2017], disponível em: URL:http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-03/sofrimento-de-criancas-na-siria-atingiu-o-fundo-do-poco-alerta-o.

OPINIÃO E NOTÍCIA, *Unicef afirma que 2016 foi o pior ano para crianças na Síria***.** [Online], Brasil, 2017 [consult. 12 dez. 2017], disponível em: URL:http://opiniaoenoticia.com.br/internacional/unicef-afirma-que-2016-foi-o-pior-ano-para-criancas-na-siria/.

PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 14ª Ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2013.

SAVE THE CHILDREN, «Syria: Childhood in Crisis Our Humanitarian Mission for Children affected by Syria's Conflict» [Online], *SavetheChildren.org***.,** 2017 [consult. 29 dez. 2017], disponível em: http://www.savethechildren.org/atf/cf/{9def2ebe-10ae-432c-9bd0-df91d2eba74a}/SYRIA_MAY17.PDF.

SPUTNIK NEWS, *"Geração Perdida" da Síria: Não há futuro sem educação das crianças* [Online], Brasil, 2017 [consult. 14 abr. 2017], disponível em: https://br.sputniknews.com/oriente_medio_africa/201701217483249-siria-criancas-educacao-unicef/.

UNICEF MENA, *4 Years On: Education caught in the crossfire of conflict*, Realização de Unicef. S.i, [Online], 2015, (2 min.) [consult. 30 set. 2017], disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=d0YHtwEsDos.

UNICEF, «Reaching #ChildrenUnderAttack» [Online], *Unicef.org.*, 2017 [consult. 28 dez. 2017], disponível em: https://www.unicef.org/emergencies/syria/.

WINTERBOTTOM, Michael, *Bem Vindo a Sarajevo*, [Registro vídeo], Estados Unidos, Miramax, 1997.1 DVD vídeo (103 min.).

O VETO AO ARTIGO 1º, §2º DA LEI 13.445/17 E A CRIMINALIZAÇÃO DOS POVOS ORIGINÁRIOS

Amanda de Souza Camargo[1]
Carolina Piccolotto Galib[2]
Luís Renato Vedovato[3]
Maria Carolina Gervásio Angelini[4]
Viviane de Arruda Pessoa Oliveira[5]

1. Introdução

O ano de 2017 representa um marco histórico na proteção dos direitos dos migrantes e refugiados no Brasil. Isso se deve ao fato de que, após anos de debates no âmbito acadêmico, da sociedade civil e mesmo das casas do Congresso Nacional, em 24 de maio de 2017 foi promulgada a Lei nº 13.445/17, também

[1] Mestranda em Direito pela UNIMEP. Graduada em Direito pela PUC-Campinas e em Filosofia pela UNICAMP. Coordenadora do Núcleo de Ensino Clínico em Direitos Humanos da PUC-Campinas.

[2] Mestranda em Direito pela UNIMEP. Graduada em Direito pela PUC-SP.

[3] Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP; Vice Coordenador do Observatório de Direitos Humanos da UNICAMP; Pesquisador Associado do Observatório das Migrações em São Paulo; Pesquisador do Projeto de pesquisa conjunto (Cardiff University e UNICAMP) "Examining poverty in a polarised and unequal society: the potential of the Consensual Approach to poverty research in Brazil" - UK Global Challenges Research Fund (GCRF). Pesquisador do Fundo de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP).

[4] Mestranda em Direito pela UNIMEP. Graduada em Direito pela PUC-Campinas.

[5] Mestranda em Direito pela UNIMEP. Especialista em Direito Administrativo pela UFPE. Graduada em Direito pela UNICAP.

denominada de Nova Lei de Migrações (NLM), legislação que inaugurou um novo paradigma da migração como questão social relativa à proteção dos direitos humanos, um primeiro passo para a superação da perspectiva tradicional que considerava os processos migratórios como problemática afeta à segurança nacional.

Seguindo os padrões internacionais estabelecidos na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007 (art. 36) e na Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas aprovada em 2016 (art. XX), uma das inovações da lei era a previsão de livre circulação dos povos indígenas e populações tradicionais em seus territórios ocupados (art. 1º, parágrafo 2º, NLM). Este dispositivo, em consonância com os avanços já estabelecidos na Constituição Federal de 1988 a respeito do tema (art. 231 e seguintes da CF/88), consagraria o direito dos povos indígenas a transitarem livremente por seus territórios, os quais usualmente não se inserem apenas dentro dos limites das fronteiras políticas estabelecidas pelos países.

Entretanto, promulgada a lei em maio de 2017, o dispositivo acima aludido foi objeto de veto presidencial, justificado em razão da suposta ameaça à defesa do território nacional e violação da prerrogativa constitucional da União para demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas.

A vedação ao livre trânsito e os fundamentos apresentados para o veto presidencial destoam da perspectiva de proteção de direitos humanos privilegiada pela nova legislação e representam uma modalidade de criminalização dos migrantes indígenas que não corresponde ao conteúdo normativo constitucional de reconhecimento dos direitos dos povos originários sobre seus territórios.

A temática, pelas suas particularidades, demonstrou ainda a necessidade de formular políticas públicas específicas a este tipo de fluxo migratório, atendendo à perspectiva de proteção integral dos direitos humanos consagrada na nova legislação.

Assim, no presente trabalho abordaremos a questão da livre circulação dos povos indígenas em seus territórios tradicionais, apontando a necessidade de garantir o trânsito dos indivíduos dentro dessas comunidades além das fronteiras políticas a eles impostas.

Nesse contexto, faremos ainda apontamentos a respeito do veto presidencial acima mencionado e sua incompatibilidade com os padrões internacionais e nacionais de proteção aos direitos dos povos indígenas.

2. O direito à livre locomoção

O direito à livre locomoção, que faculta a todos o direito de ir e vir e aduz que todo indivíduo pode deixar ou ingressar em qualquer país, é garantido pela

Constituição Federal, em seu art. 5º, XV; pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (Resolução nº 217 - Assembleia Geral da ONU), no art. 13, §§1º e 2º; pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu art. 12, e pela Convenção Americana de Direitos Humanos, no art. 22.

Especificamente sobre a migração de povos indígenas há mecanismos protetivos próprios, como a Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) nº 169, de 1989, art. 32, aprovada no Brasil pelo Congresso Nacional em 2002, que alega que os governos precisam adotar meios que promovam o contato com os indígenas e tribais nas fronteiras; a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007, art. 36, em que é garantida a liberdade de transitar no território ancestral; a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2016, art. XX, item 3 e 4, que colaciona o direito de transitar livremente desses povos e que o Estado deve auxiliar na implementação desse direito, além da nova Lei de migração, que originalmente permitia o livre ingresso de indígenas migrantes em seu art. 1º, §2º, mas que teve tal dispositivo vetado pela Presidência da República, o que será abordado posteriormente.

No entanto, a livre circulação tem sofrido resistência por parte dos Estados, que arguem sua soberania e a necessidade de controle das fronteiras para obstar sua plena implementação, de sorte que hoje ainda se permite que o Estado escolha quem entrará em seu território, desde que de acordo com o art. 12 (3) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Assim, é notável que a migração de povos indígenas não pode ser vista como indevida pois além de ser legalmente garantida pela livre circulação não viola a soberania nacional ou causa riscos à segurança dos nacionais.

Nesse sentido, o Parecer Técnico da DPU sobre as novas regulamentações das migrações afirma que "os povos indígenas não tem manifestado qualquer intenção de construir Estados independentes"[6], de modo que não há o que se falar em violação a segurança e soberania nacional, até porque "a ameaça à soberania brasileira sobre terras indígenas vem de brasileiros não-índios (...), visando a exploração econômica de riquezas existentes em terras indígenas"[7].

Corrobora com isto, ainda, os dizeres da atual vice-presidente e representante da América Latina e Caribe no Mecanismo de Peritos das Nações Unidas

---

[6] DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, *Grupo de Trabalho Comunidades Indígenas. Grupo de Trabalho Migrações e Refúgio. Nota Técnica ao SCD nº 07 de 2016/ PL nº 2.516/2015 / PLS nº 288 de 2013*, Brasília/DF, DPU, 2017 [consult. 16 fev. 2018], disponível em: http://www.dpu.def.br/images/stories/pdf_noticias/2017/Nota_t%C3%A9cnica_PL_ind%C3%ADgenas.pdf.

[7] *Ibidem.*

sobre Direitos dos Povos Indígenas, Erika Yamada[8], quando suscita que a presença dos indígenas nas fronteiras na verdade dá segurança e não atenta contra a soberania e a paz nacional, até porque, existem cerca de 178 terras indígenas nas regiões fronteiriças do país, "onde vários povos mantêm relações familiares com seus parentes em outros países sem nunca terem atentado contra as soberanias nacionais dos mesmos"[9].

Assim, diante da constatação inegável de que a globalização promoveu uma intensificação da circulação de pessoas pelo mundo e uma proximidade entre os países, seja em virtude da criação de legislações internacionais e regionais neste sentido, seja por conta da troca de informações. A livre circulação deveria permitir que os indivíduos saiam de seus países para buscar guarida em outros, sendo certo que, no caso dos indígenas, trata-se ainda de trânsito pelos seus próprios territórios ancestrais, de forma que não há que se falar de impossibilidade por segurança e soberania nacional.

Em face desses elementos, torna-se imperativo aprofundar os fundamentos do veto presidencial ao dispositivo da NLM que autorizava a livre circulação dos povos indígenas e tradicionais pelos seus territórios, inclusive em regiões fronteiriças, como veremos adiante.

3. Migração dos povos indígenas transnacionais

O presente tema é complexo e traz a necessidade de uma maior reflexão, analisando as implicações práticas desta decisão política adotada pelo Governo Federal brasileiro, ao impedir a livre circulação dos povos indígenas.

Os argumentos favoráveis ao veto refletem uma preocupação com a questão da segurança sanitária do país, a prática de crimes transnacionais, o surgimento de novas nações indígenas, a instabilidade político-institucional nas regiões de fronteiras, bem como a proteção ao território nacional de invasão estrangeira, dentre outras.

Se por um lado sustentam tratar-se de uma questão de segurança nacional, por outro se reconhece uma manifesta violação ao direito de manifestação cultural e a própria identidade social dos povos originários.

Isto porque as fronteiras impostas pelos Estados quando referentes as populações indígenas ultrapassam os limites imposto pelas fronteiras ancestrais nos quais a circulação faz parte do modo de vida deste grupo étnico, para trocas

---

[8] YAMADA, Érika, «Veto na Lei de Imigração Aumenta a criminalização de indígenas», *Carta Capital*, 26.05.2017 [consult. 22 fev. 2018], disponível em: https://www.cartacapital.com.br/sociedade/veto-na-lei-de-imigracao-aumenta-a-criminalizacao-de-indigenas.

[9] *Ibidem.*

de experiências, de produtos artesanais, manifestações culturais e convívio com familiares em outras regiões.

Como refletem Brand, Colman e Machado[10], ao tratar dos índios Guarani na região dos países integrante do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL, a grande maioria dos deslocamentos transfronteiriços de povos indígenas refere-se a trânsito dentro de um mesmo território ancestral, fenômeno este que em muito antecede as fronteiras impostas pelos Estados. Deste modo, se hoje nos referimos a essa modalidade de circulação como "transnacional", isso se deve ao fato de que esses mesmos Estados historicamente ignoraram as fronteiras territoriais indígenas para o estabelecimento da delimitação de seu próprio território[11].

Neste sentindo, o fenômeno migratório de povos indígenas transnacionais apresenta características próprias e merece uma proteção especial do Estado por determinação constitucional e também por serem estes sujeitos de direitos protegidos por Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Como bem analisado pela Defensoria Pública da União no já mencionado Parecer Técnico[12], as fronteiras, nestes casos, não esbarram apenas na questão da segurança, mas também nas fronteiras étnicas e de manifestação cultural dos povos indígenas, sendo essenciais para sua existência de forma digna.

Um caso típico de povo indígena fronteiriço diz respeito aos já mencionados índios Guaranis, que - como esclarecem Brand e Colman[13], estão presentes em cinco países integrantes do MERCOSUL, com uma população que ultrapassa 225 mil pessoas e, não obstante as fronteiras estabelecidas posteriormente pelos Estados, mantém seus hábitos migratórios transnacionais.

Neste sentir, também um estudo da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL) de 2007[14] demonstra a importância de preservação do direito à livre circulação dos povos indígenas, em razão da necessidade de proteger e cultivar os laços sociais, econômicos e culturais destes indivíduos em relação ao seu território ancestral, fragmentado pelas fronteiras políticas.

---

[10] BRAND, A. J.; COLMAN, R. S.; MACHADO, N., *Os Guarani nas fronteiras do MERCOSUL*, Anais da 26ª Reunião Brasileira de Antropologia, Porto Seguro, ABANT, 2008.

[11] *Ibidem.*

[12] DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, *op.cit.*

[13] BRAND, A. J.; COLMAN, R. S., *Os Guarani na fronteira do Brasil, Paraguay e Argentina: uma viagem de intercâmbio Guarani* [consult. 18 fev. 2018], disponível em: http://periodicos.unb.br/index.php/interethnica/article/view/11137/7990.

[14] CEPAL, *Panorama Social de América Latina*, Santiago de Chile, Naciones Unidas, 2007, [consult. 18 fev. 2018], disponível em: https://www.cepal.org/es/publicaciones/1227-panorama-social-america-latina-2007.

Diante desse quadro, ao estabelecer mencionado veto, desconsiderou-se as referências e estudos antropológicos e históricos que demonstram que mais do que uma definição territorial, as fronteiras ancestrais representam um legítimo direito de manifestação cultural e de identidade de um povo, um modo de viver, ferindo, assim, a autodeterminação dos povos originários.

Sob outro aspecto, verifica-se também que a mobilidade internacional nas populações indígenas vem crescendo nos últimos anos, ultrapassando as fronteiras territoriais entre países da América Latina. Os motivos para tal migração são diversos: a invasão de suas terras, a escassez de alimentos, a exploração de recursos naturais, a busca por melhores condições de vida e variações climáticas.

Nesse sentindo, dados da CEPAL de 2014[15] revelam que em ao menos nove países da região que possuíam dados disponíveis, entre eles o Brasil, existiam mais de 83.000 (oitenta e três mil) imigrantes internacionais indígenas. Entretanto, apesar do aumento expressivo, é preciso recordar que os imigrantes indígenas, segundo essa mesma pesquisa, não representavam sequer 1% do total de imigrantes.

Por outro lado, a manutenção da ilegalidade desse trânsito e o consequente ingresso de forma clandestina no país, em busca de acolhimento ou para exercitar o seu legítimo direito de ir e vir nos seus territórios ancestrais, não raro representa para os indígenas a perda de sua identidade cultural no convívio com não-índios em grandes centros urbanos, sua exposição a situações de extrema vulnerabilidade social, especialmente quando vítimas de repressão e criminalização, não impedindo o veto que a circulação aconteça.

Ações desta natureza tornam inócuo o projeto de pautar a migração como matéria de direitos humanos presente na NLM e, além disso, denunciam a ausência de uma política pública nacional para o tema, que formule ações coordenadas, efetivas e estruturais em parcerias com os órgãos públicos, com a sociedade civil, envolvendo todos os entes federativos, a fim de garantir maior proteção aos povos indígenas migrantes.

4. As razões do veto e a criminalização dos povos originários

A nova Lei de migrações alterou o paradigma até então vigente no direito brasileiro, pois revogou o anacrônico Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980), elaborado à época da ditadura militar, que possuía como preocupação fundamental a defesa nacional e um Estado pautado pela lei e pela ordem. Sob esta ótica, o migrante era um entranho, um perigo à segurança dos nacionais. O Es-

[15] CEPAL, *Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*, Santiago de Chile, Naciones Unidas, 2014 [consult. 18 fev. 2018], disponível em: https://repositorio.cepal.org/handle/11362/37050.

tatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973) também fora editado à época da ditadura, e não possui qualquer previsão sobre a mobilidade indígena transfronteiriça.

A NLM, em sua redação anterior ao veto, garantia a mobilidade no território ancestral em seu art. 1º, §2º, que consagrava o direito à livre circulação em terras tradicionalmente ocupadas pelos povos originários e populações tradicionais.

O dispositivo representava um verdadeiro avanço no reconhecimento dos direitos da mobilidade indígena transfonteiriça, pois previa e garantia expressamente a possibilidade desta, fato que, além de ter importância para os povos originários que reconhecem suas terras para além das fronteiras políticas, possibilitava certo abrandamento da invisibilidade dos índios e de suas pautas por reconhecimento e demarcação territorial perante a sociedade[16].

No entanto, o salto legislativo que o ordenamento jurídico brasileiro poderia alcançar, no que diz respeito à concretização dos direitos dos povos originários, foi impossibilitado em razão do veto presidencial, cujos fundamentos estão presentes na Mensagem Presidencial de Veto nº 163, de 24/5/2017.

Nesse documento, a Casa Civil da Presidência se vale de três dispositivos constitucionais para fundamentar as razões do veto, quais sejam: art. 1º, inciso I da CF/88, o qual prevê a soberania como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito; art. 20 da CF/88, que afirma que as faixas de fronteira são bens da União e são utilizadas para a defesa do território nacional e, por fim, o art. 231 da CF/88, o qual dispõe sobre o reconhecimento dos direitos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, e a competência da União para demarcá-las, bem como proteger respeitar seus bens.

No entanto, observa-se que não há fundamento fático ou normativo que motive o controle fronteiriço nestes termos, impedindo que os índios tenham o direito de livre circulação em seu território tradicional, mesmo que este não se enquadre totalmente dentro da fronteira política do país. Isso porque, como visto, esta circulação, numericamente inexpressiva, não coloca em risco a segurança nacional ou a soberania brasileira. Entender de forma contrária é fomentar a invisibilidade e se distanciar da realidade de que a livre circulação entre terras originárias faz parte da identidade desses povos, de sua cultura e sobrevivência.

---

[16] A título de exemplo de como os índios foram historicamente invisibilizados, apenas no Censo Demográfico de 1991 informações sobre os índios começaram a ser coletadas, mas constando apenas no quesito cor ou raça, e somente em 2010 foram coletados dados sobre etnia e língua nativa. O primeiro Censo da população brasileira foi realizado em 1872. In: IBGE, *Censo Demográfico 2010. Características Gerais dos Indígenas*, Rio de Janeiro, IBGE, 2010 [consult. 17 fev. 2018], disponível em: biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/95/cd_2010_indigenas_universo.pdf.

Ademais, o art. 231 da Constituição Federal prevê o direito ao reconhecimento e respeito aos territórios indígenas, sendo contraditório buscar limitar e fragmentar um direito constitucional, fazendo-o, inclusive, por meio de legislação ordinária.

Nessa linha, importante retomar a contribuição do jurista Dalmo de Abreu Dallari[17], que em parecer elaborado ao Conselho Indígena de Roraima sob a demarcação da Terra Indígena Raposa Terra do Sol, território fronteiriço, reforça que os territórios indígenas, "por disposição constitucional, pertencem ao patrimônio da União e os índios têm o direito à ocupação permanente e ao usufruto exclusivo das riquezas nelas existentes"[18]. Essa previsão, que é inequívoca em seu conteúdo, não estabelece qualquer restrição ou exceção, não estando excluídas, portanto, as terras situadas em região de fronteira.

Quanto ao risco para a segurança nacional, o jurista também recorda que tal perigo nunca existiu. Pelo contrário, os dados e registros históricos apontam que não existe exemplo de conflitos de soberania ou facilitação de migração clandestina nessas áreas[19].

Esses elementos levam à conclusão de que o veto presidencial, em verdade, padece de fundamento normativo e viola frontalmente a norma constitucional protetiva dos direitos dos povos indígenas. Por outro lado, observa-se uma consequência implícita de criminalização do indígena, pois cria proibições infundadas ao direito de ir e vir de quem tem sua sobrevivência e identidade atrelada ao espaço tradicionalmente ocupado.

5. Conclusão

A NLM representou um primeiro avanço no que tange à superação do paradigma de proteção da segurança nacional, antes predominante em relação à temática da migração transnacional.

Entretanto, a suposta necessidade de salvaguardar a segurança nacional voltou a ser utilizada pelo Estado brasileiro como fundamento para restringir os fluxos de imigração destinados ao país. É o que se vê nas razões do veto ao art. 1º, §2º da NLM, que previa a livre circulação dos povos originários em terras tradicionalmente ocupadas.

O veto presidencial, além de ignorar dados que apontam a inexistência de riscos reais ao controle fronteiriço e à segurança nacional nos casos de migração

---

[17] DALLARI, Dalmo de Abreu, *Nota Técnica – índios na fronteira*, 03.06.2008 [consult. 4 mar. 2018], disponível em: https://site-antigo.socioambiental.org/inst/esp/raposa/?q=node/228.

[18] *Ibidem.*

[19] *Ibidem.*

transfronteiriça dos povos indígenas, viola diretamente a norma constitucional presente no art. 231 da CF/88 e destoa por completo dos parâmetros internacionais presentes na Convenção da OIT 169, na Declaração da ONU e na Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, não impedindo, na prática, a circulação dos povos indígenas.

Da mesma forma, pode-se argumentar que o teor do veto atenta contra os princípios e diretrizes esculpidas no art. 3º da NLM, uma vez que tal medida reforça padrões xenofóbicos com relação às comunidades indígenas migrantes, bem como impedem que se estabeleçam políticas públicas voltadas para uma acolhida mais humanitária e para o fortalecimento da integração econômica, política, social e cultural aos povos da América Latina, mediante a construção de espaços de cidadania e livre circulação de pessoas, em especial dos povos originários, cujo território ancestral não raro ultrapassa os limites da fronteiras políticas historicamente impostas pelos países da região.

Bibliografia

BRAND, A. J.; COLMAN, R. S.; MACHADO, N., *Os Guarani nas fronteiras do MERCOSUL*, Anais da 26ª Reunião Brasileira de Antropologia, Porto Seguro, ABANT, 2008.

BRAND, A. J.; COLMAN, R. S., *Os Guarani na fronteira do Brasil, Paraguay e Argentina: uma viagem de intercâmbio Guarani* [consult. 18 fev. 2018], disponível em: http://periodicos.unb.br/index.php/interethnica/article/view/11137/7990.

BRASIL, Casa Civil, *Mensagem Presidencial de Veto nº 163*, de 24/5/2017, [consult. 17 fev. 2018], disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Msg/VEP-163.htm.

CEPAL, *Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*, Santiago de Chile, Naciones Unidas, 2014 [consult. 18 fev. 2018], disponível em: https://repositorio.cepal.org/handle/11362/37050.

CEPAL, *Panorama Social de América Latina*, Santiago de Chile, Naciones Unidas, 2007, [consult. 18 fev. 2018], disponível em: https://www.cepal.org/es/publicaciones/1227-panorama-social-america-latina-2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu, *Nota Técnica – índios na fronteira*, 03.06.2008 [consult. 4 mar. 2018], disponível em: https://site-antigo.socioambiental.org/inst/esp/raposa/?q=node/228.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, *Grupo de Trabalho Comunidades Indígenas. Grupo de Trabalho Migrações e Refúgio. Nota Técnica ao SCD nº 07 de 2016/ PL nº 2.516/2015 / PLS nº 288 de 2013*, Brasília/DF, DPU, 2017 [consult. 16 fev. 2018], disponível em: http://www.dpu.def.br/images/stories/pdf_noticias/2017/Nota_t%C3%A9cnica_PL_ind%C3%ADgenas.pdf

IBGE, *Censo Demográfico 2010. Características Gerais dos Indígenas*, Rio de Janeiro, IBGE, 2010 [consult. 17 fev. 2018], disponível em: biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/95/cd_2010_indigenas_universo.pdf.

LEVY, Maria Stella Ferreira, «O direito das minorias e as nações indígenas no Brasil», *Caderno CRH* [online], vol.22, n.57, set./dez., 2009, pp.493-505 [consult. 17 fev. 2018], disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v22n57/a05v2257.pdf

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Entenda o Anteprojeto de Lei de Migrações* [consult. 04 mar. 2018], disponível em: http://www.justica.gov.br/news/proposta-de-nova-lei-de-migracoes-devera-substituir-estatuto-criado-durante-a-ditadura/entenda_novo_estatutoestrangeiro2.pdf.

ROCHA, Eliane, *Migrante cidadão: a dinâmica dos deslocamentos dos índios Warao na Amazônia* [consult. 17 fev. 2018], disponível em: https://www.pinterest.pt/pin/325666616798662466/.

XAVIER, Fernando César Costa, «Direitos Constitucionais para índios imigrantes: a encruzilhada dos Warao», *Empório do Direito*, 28.08.2017 [consult. 17 fev. 2018], disponível em: http://emporiododireito.com.br/leitura/direitos-constitucionais-para-indios-imigrantes-a-encruzilhada-dos-warao.

YAMADA, Érika, «Veto na Lei de Imigração Aumenta a criminalização de indígenas», *Carta Capital*, 26.05.2017 [consult. 22 fev. 2018], disponível em: https://www.cartacapital.com.br/sociedade/veto-na-lei-de-imigracao-aumenta-a-criminalizacao-de-indigenas.

PARTE IV

Políticas públicas em foco: os desafios no âmbito criminal e laboral

O REGIME DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO[1]

Teresa COELHO MOREIRA[2]

1. Introdução

1.1.

Os direitos de personalidade encontram-se ligados à dignidade da pessoa humana e, por isso, justifica-se a sua consagração ao nível do Direito do trabalho. O contrato de trabalho pressupõe o reconhecimento da dignidade do trabalhador, sendo que a execução das obrigações que dele decorre não pode traduzir-se num atentado à dignidade da pessoa do trabalhador, tendo o ordenamento jurídico que lhe garantir os direitos fundamentais que tem enquanto pessoa. Os direitos de personalidade penetram, assim, na relação de trabalho, erigindo-se como um importante limite aos poderes do empregador e, ao mesmo tempo, como uma garantia do exercício de vários direitos fundamentais.

A consagração destes direitos corresponde à superação de uma distinção entre um estatuto geral do cidadão e um estatuto do trabalhador que, por força

[1] Este artigo corresponde, com ligeiras alterações, ao nosso artigo a publicar no Brasil na obra coletiva *Direito e Processo do Trabalho no contexto da Reforma Trabalhista Brasileira*.

[2] Doutora em Direito. Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho. Membro da Direção da APODIT – Associação Portuguesa de Direito do Trabalho. Membro integrado do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação e Coordenadora do Grupo de Investigação em Direitos Humanos do mesmo. Membro dos corpos gerentes da JUTRA – Associação Luso-Brasileira de Juristas do Trabalho. tmoreira@direito.uminho.pt

do contrato de trabalho e da subordinação jurídica a ele inerente, se encontraria, à partida, diminuído na sua liberdade e direitos[3], relacionando-se, assim, com uma certa constitucionalização[4] e uma certa democratização[5] da relação de trabalho, embora não possa deixar de considerar-se que o trabalhador, ao celebrar o contrato de trabalho, está, explícita ou implicitamente, a limitar os seus direitos de personalidade[6]. Mas só o poderá fazer dentro de apertados condicionalismos, ou seja, dentro dos limites previstos no art. 81º do CC. Não pode esquecer-se que o respeito pela privacidade dos trabalhadores é, simplesmente, a reafirmação do

---

[3] *Vd.* SEIN, Goñi, *El respeto a la esfera privada del trabajador* – un estúdio sobre los limites *del poder de control empresarial*, Madrid, Civitas, 1988, p. 21.

[4] Atualmente, a constitucionalização dos direitos sociais e económicos é uma realidade presente e generalizada nas constituições da maioria dos países ocidentais. Assim, a nossa Constituição prevê, especificamente, um conjunto de normas e princípios laborais, a maioria dos quais se encontra na parte respeitante aos direitos fundamentais – Capítulo III do Título II da Parte I – arts. 53º a 57º - e Capítulo I do Título III, também da Parte I – arts. 58º e 59º. Corresponde assim, a Constituição portuguesa, ao típico Estado social de direito e, nas palavras de GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional*, 6.ª edição, Coimbra, Almedina, 1993, p. 476, e *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2002, p. 344-345, "A Constituição erigiu o «trabalho», os «direitos dos trabalhadores» e a «intervenção democrática dos trabalhadores» em elemento constitutivo da própria ordem constitucional global e em instrumento privilegiado de realização do princípio da democracia económica e social". Para MARTINEZ ESTAY, *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1997, p. 49, em teoria, a Constituição portuguesa constitui um dos paradigmas contemporâneos do constitucionalismo social, em particular no que concerne aos direitos sociais, na medida em que contém um extenso catálogo deste tipo de direitos, assim como a possibilidade do Estado intervir na economia. Também JOSÉ JOÃO ABRANTES concorda com este autor em «O Direito do Trabalho e a Constituição», in *Estudos de Direito do Trabalho*, AAFDL, Lisboa, 1992, p. 63, quando defende que "a base antropológica da Constituição de 1976 é, sem sombra de dúvidas, o homem como pessoa, como cidadão e como trabalhador". No mesmo sentido MARTINEZ, Pedro Romano, *A Constituição de 1976 e o Direito do Trabalho*, AAFDL, Lisboa, 2001, p. 7, refere que a «Constituição Laboral» significa que desta consta um conjunto significativo de normas de Direito laboral – "Da Constituição constam direitos fundamentais dos trabalhadores, que visam assegurar condições de vida dignas, sendo, em grande parte, direitos sociais, apesar de também constarem direitos de participação e liberdades".

[5] ABRANTES, José João, «Contrato de trabalho e meios de vigilância da actividade do trabalhador (breves considerações)», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, Oliveira Ascensão (coord.) vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 809-811, assim como GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 265.

[6] RIVERO, Jean, «Les libertés publiques dans l'entreprise», *DS*, n.º 5, 1982, p. 422, perfilha a mesma opinião. Assim, defende que o contrato de trabalho "por natureza supõe da parte do trabalhador uma renúncia parcial à sua liberdade", entendida esta como liberdade pública segundo o conceito francês da mesma, "ele não dispõe mais da sua força de trabalho, ele coloca-a à disposição de uma vontade estranha à sua, à do empregador, que lhe atribui uma atividade e submete à sua autoridade". Contudo, as restrições à liberdade do trabalhador têm um limite, não podendo em caso algum trazer qualquer ameaça à dignidade da pessoa.

trabalhador como pessoa e "do Direito do trabalho como Direito, desenvolvido e aplicado de acordo com os ditames da Ciência Jurídica"[7].

1.2.

Na Constituição da República Portuguesa estão previstos direitos dos trabalhadores que são especificamente laborais, como, é o caso, *inter alia*, do direito à greve previsto no art. 57.º e do direito ao trabalho do art. 58.º, e outros direitos que, embora não sendo especificamente laborais, podem ser exercidos pelo sujeito mais débil das relações laborais, adquirindo um conteúdo ou dimensão laboral[8]. É um dos aspetos da constitucionalização do Direito do trabalho e que se refere ao trabalhador como cidadão e aos direitos de cidadania como marco do contrato de trabalho[9]. Se a primeira fase da constitucionalização do Direito do trabalho correspondeu, fundamentalmente, à consagração dos denominados direitos fundamentais "específicos" dos trabalhadores, atualmente assiste-se à chamada "cidadania na empresa", ou seja, à consagração dos direitos fundamentais não especificamente laborais.

---

[7] MENEZES CORDEIRO, «O respeito pela esfera privada do trabalhador», in *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, António Moreira (coord), Coimbra, Almedina, 1998, p. 37. Também ICHINO, *Il contratto di lavoro – III – sospenzione le lavoro –sciopero – riservatezza e segreto-potere disciplinare-cessazione del rapporto-conservazione e gestione dei diritti*, Milão, Giuffrè Editore, 2003, p. 222, entende que a intensidade da implicação da pessoa do trabalhador na prestação de trabalho determina, necessariamente, em sede de estipulação do contrato de trabalho uma renúncia parcial da parte deste prestador, à tutela da sua privacidade.

[8] Para OLEA, Alonso *apud* MOLINA, Maria Dolores, «La lesión del derecho a la libertad de información comentario a la STC 197/1998, de 13 de Octubre», *Documentación Laboral*, n.º 57, III, 1998, p. 219, há uma "vertente laboral de virtualmente todos os direitos fundamentais", o que demonstra a existência de um "Direito constitucional do trabalho". Veja-se, ainda, LÓPEZ, Palomeque, «Los derechos laborales en la Constitución Española», *Cuadernos y Debates*, n.º 28, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 31.

[9] Na opinião de PEDRAJAS MORENO, A., *Despido y derechos fundamentales – estudio especial de la presunción de inocencia*, Editorial Trotta, Madrid, 1992, p. 12, deve distinguir-se entre direitos fundamentais cuja finalidade típica se produz no seio de uma relação de trabalho – os direitos laborais – e os direitos que são inerentes a toda a pessoa e cujo reconhecimento e exercício se pode produzir tanto no desenvolvimento estritamente privado do indivíduo, como quando este se insere numa relação laboral. São direitos inseparáveis da pessoa, pelo que o "indivíduo-cidadão" leva-os sempre consigo, podendo exercitá-los ou reclamar o seu respeito em qualquer momento e ocasião, incluindo, desde logo, durante o desenvolvimento de uma relação de trabalho. Quanto a estes são os que o trabalhador detinha, pela sua condição de pessoa, antes de constituir-se a relação laboral, e que continuará a ter durante a sua existência: o direito à vida, à integridade física e moral, à imagem, à liberdade religiosa e ideológica, à honra, à intimidade. Estes direitos constituem direitos inerentes à condição de pessoa, com independência de que seja ou não trabalhador. O grande problema, conforme o autor faz notar, é o de garantir a efetividade destes direitos "inespecíficos" dentro de uma relação laboral e em relação ao trabalhador. Ver também do mesmo autor, «Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitución como marco y como límite de su ejercicio», *AL*, n.º 4, 2000, p. 53-54.

Sendo assim, a preocupação essencial do Direito do trabalho deve ser a da tutela dos direitos de cidadania no âmbito da relação de trabalho, assegurando que os direitos do trabalhador não serão sujeitos, *inter alia*, a formas de controlo contrárias à sua dignidade, ou à sua privacidade, à defesa da sua liberdade de expressão ou à sua liberdade ideológica.

O Código do Trabalho português incluiu uma subsecção relativa à tutela dos direitos de personalidade[10], embora a sua eventual não inclusão não implicasse que estes não estivessem assegurados nas relações laborais, pois o contrato de trabalho não é, nem nunca foi, um contrato para destruir a dignidade dos trabalhadores.

Porém, apesar desta regulamentação, não pode deixar de considerar-se a regulamentação constitucional, *inter alia*, arts. 26.º, 32.º, 34.º, 35.º, 36.º, e civil – arts. 70.º a 81.º - que desde sempre foram aplicados e que, mesmo com o Código do Trabalho, devem continuar a ser seguidos, principalmente se tivermos em atenção que o atual Código, a exemplo do anterior, só enuncia alguns direitos de personalidade, deixando de fora, *verbi gratia*, o direito à imagem, o direito à honra e o problema das revistas aos trabalhadores.

Importa, ainda, referir a tutela penal de que os direitos de personalidade gozam já que, dada a importância que revestem e os bens sobre os quais incidem, há uma tipificação como crimes na lei penal de ofensas a alguns direitos de personalidade, tais como o direito à vida, à integridade física e moral, à honra, à intimidade privada e à imagem.

Importa, ainda, atender-se na aplicação destes direitos de personalidade aos artigos 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa e 335.º do Código Civil. Na verdade, a compressão dos direitos de personalidade deve limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos segundo critérios de proporcionalidade e adequação, o que significa que os direitos de proporcionalidade só podem ceder se, à luz destes critérios os benefícios que os empregadores puderem retirar dessa compressão forem superiores aos prejuízos daí decorrentes para o trabalhador.

[10] O que configurava uma novidade pois que, até à data do Código de Trabalho de 2003 não existia uma consagração desta matéria a nível laboral Cf. neste sentido MARTINEZ, Pedro Romano, «Considerações gerais sobre o Código do Trabalho», in *VI Congresso Nacional de Direito do Trabalho Memórias*, António Moreira (coord.), Coimbra, Almedina, 2004, p. 51, «O Código do Trabalho – Directrizes de reforma; sistematização; algumas questões», in *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 573, e *Direito do Trabalho*, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 2007, p. 357.

2. Os Direitos de Personalidade

2.1.

Em termos sistemáticos, a matéria respeitante aos direitos de personalidade encontra-se logo no início do Código, no Título II, relativo ao contrato de trabalho, no Capítulo I, respeitante a disposições gerais, secção II – sujeitos, subsecção II – direitos de personalidade – arts. 14.º a 22.º. A subsecção do Código do Trabalho visa garantir a defesa dos direitos de personalidade dos sujeitos laborais, embora a maior parte dos preceitos só faça sentido em relação ao trabalhador – vejam-se os artigos 17.º, 18.º, 19.º, 20.º, 21.º e 22.º.

Esta subsecção trata de proteger, particularmente, a situação pessoal do trabalhador perante as novas realidades relacionadas com os desenvolvimentos tecnológicos, tais como o desenvolvimento da informática, a utilização e o manuseamento de tecnologias de informação e comunicação, o incremento e utilização de técnicas de captação e armazenamento de imagens e de dados pessoais, bem como a utilização da ciência médica para efeitos de realização de testes ou exames para despistar doenças infectocontagiosas, assim como testes de consumo de álcool e de drogas e testes genéticos[11]. Na verdade, a massificação do uso do computador, do *tablet*, dos *smartphones*, e das tecnologias de controlo associadas às NTIC no local de trabalho expõem o trabalhador a elevados níveis de controlo e vigilância durante toda a jornada de trabalho e mesmo na sua vida privada, estando os empregadores a criar diversas formas *esquizofrénicas* de controlo. Se tradicionalmente a vigilância implicava alguma forma de intervenção humana e o consentimento ou, pelo menos, o conhecimento por parte dos trabalhadores, atualmente há formas cada vez mais invasoras e ocultas de controlo já que o progresso da tecnologia facilitou o aumento do nível da vigilância automática. Presentemente, o controlo de diferentes aspetos da prestação de trabalho pode ser efetuado através de meios técnicos com um aumento de eficiência, mas com questões muito importantes para a proteção da privacidade e da dignidade dos trabalhadores[12].

Há uma enorme quantidade de programas que permitem controlar todos os passos dos trabalhadores não só no local de trabalho, como fora dele e se, no início do século passado, foi admitido, sendo mesmo prática corrente, que

---

[11] Ver para maiores desenvolvimentos MOREIRA, Teresa Coelho, «Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador», *Studia Iuridica*, n.º 78, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 199 e ss., e 476 e ss.

[12] Cf. para maiores desenvolvimentos, MOREIRA, Teresa Coelho, *A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*, Coimbra, Almedina, 2010, assim como «Direitos de personalidade», in *Estudos de Direito do Trabalho*, reimp. da 1.ª edição, Coimbra, Almedina, 2016.

as empresas contratassem investigadores privados para visitar os trabalhadores em casa para se assegurarem que não bebiam ou que não viviam em condições "imorais", como aconteceu na empresa Ford, que tinha até um departamento específico com esse objetivo, atualmente, com estas novas formas de controlo, o empregador pode controlar muito mais e até fazer com que o trabalhador deixe de realizar certas atividades, como por exemplo, o trabalhador que tenha um telemóvel com GPS incluído ou um automóvel com GPS instalado pode deixar de se sentir à vontade para no final do trabalho dirigir-se a uma mesquita ou igreja para rezar ou para ir visitar a sua namorada, já que aspetos extremamente íntimos podem ser revelados incluindo as sua opiniões políticas, a sua saúde mental e física e mesmo a sua vida sentimental[13]. Acresce que com os avanços na ciência médica as fronteiras dos dados pessoais que podem ser conhecidos pelo empregador alteraram-se com a crescente possibilidade de realização, *inter alia*, de testes psicotécnicos, de inteligência, de personalidade, de honestidade, assim como de testes para despistar certas doenças infectocontagiosas e o consumo de drogas ou álcool pelos trabalhadores. Desde a descoberta do ADN também aumentou a possibilidade e a realização de testes genéticos, permitindo ao empregador aceder aos aspetos mais íntimos acerca de uma pessoa e prever a suscetibilidade de vir a desenvolver determinados tipos de doenças. Acresce que, com a tecnologia informática, melhoraram os mecanismos de captação e manuseamento de imagens e som que, muitas vezes, estão associados a um computador e que permitiram um acesso imediato a qualquer imagem em qualquer local do mundo, bastando imaginar um sistema de videovigilância que utilize, simultaneamente um sistema de reconhecimento facial para analisar o padrão de comportamento dos trabalhadores e punir disciplinarmente quem se desvie do padrão estabelecido[14].

Considerando tudo isto há que ver que, muitos destes mecanismos e formas de controlo invadem a privacidade do trabalhador, desumanizando o local de trabalho. Com estas novas formas de controlo os empregadores podem criar quase o "trabalhador perfeito", através de métodos e testes de vigilância que permitem prever o futuro da saúde dos trabalhadores.

Estas inovações tecnológicas assumem características de controlo praticamente ilimitadas, podendo originar verdadeiras discriminações e elaborações de autênticas *castas laborais* a fazer recordar os *Alfas* e os *Betas* de ALDOUS

---

[13] *Vide* MOREIRA, Teresa Coelho, «O controlo dos trabalhadores através de sistemas de geolocalização», in *Tecnologias Disruptivas e a Exploração do Trabalho Humano – A intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais*, Ana Carolina Reis Paes Leme, Bruno Alves Rodrigues e José Eduardo de Resende Chaves Júnior (coord.), São Paulo, LTR, 2017.

[14] Veja-se o exemplo dado pelo Grupo de Trabalho do Artigo 29.º em *Opinion 2/2017 on Data Processing at Work*, de 8 de junho de 2017, p. 19.

HUXLEY, passando rapidamente de uma *Sociedade Digital* para uma, bem mais preocupante, *Sociedade da Vigilância e de Controlo Total*, na medida em que atualmente estas tecnologias podem ser instaladas de uma forma muito menos custosa do que há uns anos atrás, mas com uma capacidade de controlo exponencialmente superior, podendo até dizer-se que o custo das mesmas é inversamente proporcional à capacidade de controlo. Surgem novas formas de controlo relacionadas nomeadamente com a utilização de serviços *online* ou de dados de localização a partir de dispositivos inteligentes que, apesar de serem muito menos visíveis para os trabalhadores quando comparados com os meios tradicionais de controlo, não deixam de ter uma enorme capacidade de controlo. E esta aparente *invisibilidade* técnica do controlo realizado pelo empregador levanta questões relacionadas com a extensão do conhecimento real que os trabalhadores têm da mesma[15].

2.2.

Esta matéria possui grande relevância, sendo necessário proteger os direitos de personalidade dos empregadores e dos trabalhadores, numa lógica de proteção da dignidade humana. O Direito do trabalho não poderia mais alhear-se desta proteção dos direitos de personalidade. No caso deste ramo do direito trata-se exatamente do contrário já que, atendendo às suas especificidades, deveria ocorrer uma consagração autónoma dos direitos de personalidade. E a razão afigura-se clara: a relação jurídico-laboral coloca em confronto os interesses das partes contratuais de uma forma muito viva. Mais do que em qualquer outra situação jurídica, a relação laboral atinge, de forma sem precedentes, a privacidade e a dignidade do trabalhador na medida em que assenta numa estrutura de poder-subordinação[16]. E se o poder de controlo do empregador não é novo nem proibido a questão é que, com o auxílio das NTIC, este poder aumentou de uma forma sem precedentes e a panóplia de meios e formas suscetíveis de atingir a dignidade dos trabalhadores alargou-se imenso, sendo que em cada dia surgem novas formas de controlo mais intrusivas dos direitos dos trabalhadores.

2.3.

Trata-se, ainda, de um regime que pretende abarcar diversas situações, desde os momentos preliminares da formação do contrato de trabalho, garan-

---

[15] Para maiores desenvolvimentos *vd*. MOREIRA, Teresa Coelho, «Algumas Implicações Laborais do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais no Trabalho 4.0», *Questões Laborais*, ano XXIV, n.º 51, jul.-dez., 2017, pp. 7 e ss.

[16] Convém lembrar que o art. 10.º do CT estabelece que as normas legais relativas aos direitos de personalidade serão aplicáveis às situações equiparadas ao contrato de trabalho onde, apesar de não existir subordinação jurídica, há subordinação económica.

tindo, assim, a proteção do candidato a emprego, bastando ver os art. 17.º e 19.º, à execução do contrato, protegendo os trabalhadores em geral, arts. 14.º a 22.º, e algumas categorias de trabalhadores em especial, de que é exemplo o art. 170.º para o teletrabalhador. Mas também não se pode esquecer a articulação com a matéria regulada nos arts. 23.º e ss. a propósito da igualdade e da não discriminação e da proibição das situações de assédio quer sexual, na sua dupla vertente, quer moral, no art. 29.º.

2.4.

Parece existir no Código do Trabalho português uma abordagem "personalista" das matérias laborais, mas esta preocupação continua a ser realizada em termos idênticos para ambos os sujeitos contratuais, bastando ver a matéria de liberdade de expressão e de opinião, de integridade física e moral, ou da reserva da intimidade da vida privada. Não parece ter sido a melhor solução, embora se defenda, como é óbvio, o respeito pelos direitos de personalidade do empregador. Na verdade, não cremos que esta proteção deva ser conferida nos mesmos moldes. Não se pode esquecer que as relações de trabalho são um exemplo paradigmático da existência de relações privadas desiguais, não só no plano factual mas também no plano jurídico. Na verdade, no plano factual, os sujeitos contraentes – trabalhador e empregador – não dispõem da mesma liberdade no que concerne à celebração do contrato nem à estipulação de cláusulas contratuais, o que origina o aparecimento de um desequilíbrio contratual que se acentua em alturas de desemprego generalizado. No plano jurídico, a conclusão do contrato de trabalho coloca o trabalhador numa situação de subordinação jurídica face ao empregador. Por outro lado, o envolvimento pessoal do trabalhador na relação de trabalho, atendendo à própria natureza da prestação que desempenha, é muito maior do que o do empregador[17]. A atividade de trabalho consubstancia-se numa prestação de facto positiva para a qual concorrem as qualidades pessoais do trabalhador o que leva a designar o contrato de trabalho como um contrato

[17] RAMALHO, Maria do Rosário Palma, «O Novo Código do Trabalho – Reflexões sobre a Proposta de Lei Relativa ao Novo Código de Trabalho», in *Estudos de Direito do Trabalho*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2003, p. 29. Também ABRANTES, «O novo *Código do Trabalho*…», *op. cit.*, p. 141, entende que o trabalhador empenha a sua própria personalidade na relação de trabalho.

intuitu personae[18]. O Código do Trabalho parece defender a ideia de que o envolvimento pessoal do trabalhador no contrato de trabalho, por força da natureza da própria prestação, pode ser comparável ao envolvimento do empregador, como se "os direitos de personalidade em jogo fossem equiparáveis"[19]. Contudo, não podemos esquecer, tal como refere M.ª DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, que o empregador não envolve a sua pessoa no contrato, ao contrário do trabalhador[20].

Por outro lado, continua a recorrer-se a excessivos conceitos indeterminados principalmente nas exceções à regra geral, o que não se nos afigura a melhor solução, podendo o legislador ter aproveitado a ocasião para modificar esta situação.

2.5.

A regulação desta matéria prevista no Código do Trabalho português resulta, ainda, das necessidades sentidas atualmente, onde o grande desafio do Direito do trabalho é o de conseguir encontrar um modo de compatibilizar a competitividade das empresas com os direitos de cidadania e a dignidade dos trabalhadores, tendo em atenção que um certo grau de controlo e de tratamento de dados pessoais constitui uma normal e indispensável característica do contrato de trabalho. As empresas necessitam de ter acesso, regularmente, a determinadas informações para saber como se está a desenvolver a relação de trabalho e se está a ser realizada de acordo com as diretrizes do empregador, para além de ser necessário por razões de segurança e saúde no trabalho. Porém, não pode deixar de ter-se em atenção que os direitos de personalidade do trabalhador são fundados na dignidade da pessoa humana e representam um *continuum* lógico da sua implicação pessoal na relação de trabalho, devendo considerar-se que,

---

[18] Seguimos a opinião de RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 490-492 e 752-753, e também em "Contrato de trabalho…, *op. cit.,* p. 396-397, para quem a tendência recente para o anonimato das relações de trabalho não diminui o envolvimento pessoal do trabalhador na relação de trabalho e indica duas razões para tal. Por um lado, este tipo de anonimato só sucede num certo tipo de relações de trabalho e, por outro, porque, independentemente de estarmos perante trabalhadores especializados ou trabalhadores "indiferenciados", na altura da contratação são escolhidos atendendo às suas capacidades pessoais para o tipo de trabalho em causa e são estas mesmas que poderão originar a anulabilidade do contrato de trabalho com base em erro sobre as qualidades pessoais se estas forem essenciais para o tipo de trabalho em causa – art. 251.º do CC. São ainda estas qualidades pessoais que permitem estabelecer o concreto grau do dever de diligência e de zelo do trabalhador.

[19] RAMALHO, «O Novo Código do Trabalho...», *op. cit.,* p. 29.

[20] Como refere GOMES, *Direito do Trabalho…*, *op.* cit., p. 339, "introduzir deveres simétricos quando as partes estão, à partida, numa posição de assimetria, é simplesmente perpetuar a desigualdade".

nesta matéria, a *realidade corre mais depressa do que o Direito* e isto nota-se com particular acuidade no Direito do trabalho.

Somos de opinião que os direitos de personalidade do trabalhador na relação de trabalho amparam não só a proteção das questões pertencentes à vida não laboral do trabalhador, como também determinadas formas de ingerência na relação de trabalho, já que estas poderão ser invasoras, *per se*, destes direitos do trabalhador. A privacidade deste não se limita, desta forma, a englobar os aspetos mais íntimos e pessoais, mas supera-os na medida em que assentam sobre o próprio marco da relação de trabalho, englobando diversos outros aspetos. Assim, pode entender-se que engloba, *inter alia*, o direito a ter um âmbito de reserva inacessível no local de trabalho que, contudo, não se confina somente às casas de banho ou cacifos[21], estendendo-se também à intimidade das relações com os seus companheiros de trabalho, à própria atividade sindical, às comunicações por qualquer meio, incluindo o *e-mail* e a *Internet*, à recolha e tratamento de dados, e não só os dados sensíveis, à captação de imagens e sons, fora de determinados requisitos, à realização de testes de saúde para despistagem de determinadas doenças e testes genéticos, assim como à realização de testes para controlo do consumo de substâncias estupefacientes ou álcool. Assim, este conceito de direitos de personalidade tem sido sempre entendido como incluindo não só aspetos *espirituais*, como também *patrimoniais*, incluindo nestes o salário, do qual depende o nível de vida material e não material do trabalhador, como é o caso, *v.g.*, da educação e da cultura.

2.6.

Por outro lado, há que atender que, atualmente, a alteração da estrutura das empresas e a dissolução das fronteiras entre a vida profissional e a vida pessoal originam inúmeras questões. Depois da tecnologia portátil relacionada com a internet das coisas que podem gerar uma conexão permanente, mais ou menos voluntária em qualquer local desde a casa até à empresa, com a banalização do GPS de dispositivos dotados de radiofrequência, de câmaras milimétricas, de *Google Glass* e outros *smartwatches*, sem dúvida que a sociedade mudou. E se tivermos em atenção que, segundo dados recentes, daqui a 10 anos os trabalhadores terão, em média, 10 objetos de comunicação, desde a geolocalização, à

[21] Sobre o problema das revistas ver, para maiores desenvolvimentos, MOREIRA, Teresa Coelho, «Das revistas aos trabalhadores e aos seus bens em contexto laboral», in *Estudos em Comemoração do Décimo aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 839 e ss., e *Da esfera privada…*, *op. cit.,* p. 344 e ss..

crono-localização e, depois, o *profiling* geográfico, certamente que novas questões se colocam[22].

A inserção destas tecnologias na relação de trabalho originou um novo tipo de controlo, o controlo eletrónico do trabalhador, controlo este des-verticalizado, objetivo, incorporado na máquina e sistema com o qual interage, tornando-se um controlo à distância, em tempo real, com uma enorme capacidade de armazenamento, capaz de memorizar, cruzar e reelaborar detalhadamente muitos dos comportamentos dos trabalhadores.

Esta forma de controlo e vigilância pode aumentar desmesuradamente a capacidade de controlo do empregador na medida em que pode ser quase total, mastodôntica, omnímoda. Está-se, assim, perante um tipo de controlo desumanizante, muito mais penetrante e incisivo que os tradicionais meios de controlo não eletrónicos, na medida em que permite uma vigilância total e completa da atividade do trabalhador. Com a introdução destas novas formas de controlo assiste-se a um aumento do desequilíbrio entre as partes por propiciar que a subordinação do trabalhador atinja patamares impensáveis, com a regressão que isso comporta perante um controlo contínuo e permanente, permitindo ao empregador uma maior concentração de poder. E a tecnologia é a primeira responsável por este aumento de controlo já que não se utilizam apenas as formas tradicionais, mas, sobretudo, outros sistemas mais avançados relacionados com o computador e com a *Internet*.

Por outro lado, existe uma outra característica das TIC que aumenta, e muito, a possibilidade de controlo e que é o seu carácter ambivalente na medida em que estas tecnologias se empregam, simultaneamente, como instrumento para desempenhar a atividade produtiva e como mecanismo de controlo da prestação de trabalho executada pelo trabalhador. Opera-se, desta forma, uma perfeita concentração numa mesma máquina da atividade produtiva e de controlo, de tal forma que enquanto o computador é utilizado para fins produtivos pelo trabalhador, está ao mesmo tempo a proporcionar uma enorme quantidade de dados aos empregadores, contribuindo para aumentar a esfera de exercício do seu poder, e originando também uma participação direta do trabalhador na atividade de controlo. O trabalhador torna-se, simultaneamente, sujeito ativo e passivo de uma máquina, de tal forma que é possível realizar um controlo bidirecional[23].

---

[22] RAY, Jean-Emmanuel, «Actualités des TIC Tous connectés, partout, tout le temps», *DS*, n.º 5, 2015, p. 520.

[23] Para maiores desenvolvimentos veja-se MOREIRA, Teresa Coelho, «As novas tecnologias de informação e comunicação e o poder de controlo electrónico do empregador», in *Estudos de Direito do Trabalho*, reimp., Coimbra, Almedina, 2016, p. 11 e ss.

2.7.

A utilização das TIC em todos os âmbitos da nossa vida é uma realidade inquestionável e a empresa, como realidade social e económica, não é exceção, não deixando de atender aos inúmeros benefícios que traz.

E, perante estas inúmeras tecnologias a questão que se coloca é a de saber o que resta dos direitos de personalidade dos trabalhadores sobretudo o seu direito à privacidade? Com o surgimento do trabalho no mundo virtual, como proteger a privacidade? Com o trabalho na *cloud* os trabalhadores virtuais podem estar a realizar o trabalho em qualquer local e os empregadores podem estar a gravar todos os movimentos que são realizados, até porque as palavras virtuais têm de ser gravadas para assegurar a preservação da informação. Como conciliar isto com o direito à privacidade[24]? Claramente é necessário reequacionar a noção de privacidade e salvaguardá-la destes novos tipos de ameaças.

Desta forma, torna-se necessário, diria mesmo imperioso, aferir qual a extensão da proteção da privacidade e tentar saber se a tecnologia comporta e impõe os seus próprios limites.

Porém, um dos grandes problemas é o de que o tempo tecnológico está sempre a acelerar e o tempo da justiça mantém-se à mesma velocidade, quase de *cruzeiro*.

A *Internet*, graças às possibilidades de desmultiplicação quase ao infinito associada à possibilidade de realizar uma consulta quase instantânea e imediata no mundo inteiro através de um simples *clique*, desafia o jurista na medida em que o tempo da justiça não é o mesmo da rede e relativamente às empresas, este desfasamento temporal, pode acarretar inúmeros prejuízos, nomeadamente em matéria de concorrência e divulgação de segredos empresariais.

E se associarmos a tudo isto a invisibilidade cada vez mais crescente destas novas tecnologias, invisibilidade não só *virtual*, na medida em que um enorme número de informação que há alguns anos atrás significaria vários sacos cheios de papel pode agora ser enviada em poucos segundos para qualquer local do planeta, mas também uma enorme invisibilidade *real* pois a possibilidade de retirar informação deste tipo da empresa é feita através de meios informáticos cada vez mais pequenos e com uma capacidade de armazenamento inversamente proporcional ao seu tamanho, vê-se que surgem novas questões ao Direito.

No entanto, também não pode deixar de atender-se a que a tecnologia é em si mesma neutra, o mesmo não se podendo dizer do homem que a utiliza, cujo *leitmotiv* é o controlo das pessoas. Na verdade, conforme a história tem

[24] Ver CHERRY, Miriam, «A taxonomy of virtual work», *Georgia Law Review*, vol. 45, n.º 4, 2011, p. 993.

vindo a demonstrar ao longo do tempo, tão curto e tão longo, as inovações tecnológicas só dependem da utilização que lhes é dada pelo homem.

2.8.

Não pode esquecer-se que, com o advento destas inovações tecnológicas, é fundamental que os trabalhadores possam usufruir dos mesmos direitos que tinham anteriormente. Como defendeu JEAN RIVERO "no contrato, o trabalhador coloca à disposição do empregador a sua força de trabalho, mas não a sua pessoa"[25]. Este parece ser o elemento de reflexão essencial na altura de analisar as repercussões deste aumento exponencial do poder de controlo do empregador.

A tentativa de encontrar um justo equilíbrio entre os poderes do empregador e os direitos e liberdades fundamentais dos trabalhadores constitui o objeto do Novo Direito do trabalho. "O direito do trabalho está a mudar de paradigma: de um direito dos trabalhadores passa-se para um direito dos direitos da pessoa no trabalho"[26], sendo que a dignidade do Homem impõe-se sobre quaisquer outras considerações.

Não pode concluir-se que os trabalhadores abandonam o direito à privacidade e à proteção de dados quando celebram um contrato de trabalho. De facto, eles têm uma fundada e legítima expectativa de um certo grau de privacidade no local de trabalho, na medida em que desenvolvem uma parte significativa das suas relações com outros seres humanos neste local e, por isso, há que tutelar esta expectativa.

A questão que se coloca então neste *Admirável Ciber Mundo Novo do Trabalho* que, por vezes considero, *Abominável Ciber Mundo Novo do Trabalho*, é a necessidade de estabelecer limites a esta enorme intromissão e invasão da privacidade dos trabalhadores, mas também dos próprios empregadores perante este controlo que, teoricamente, parece ser ilimitado. Assim, o problema centra-se no estabelecimento de limites e estes estão relacionados com a aplicação dos princípios de proteção de dados pessoais*, ou seja, a vertente positiva, dinâmica da privacidade*. Através deste tipo de controlo, o empregador conhece informação individual que integra o conceito de dados pessoais, devendo aplicar-se os princípios fundamentais de proteção de dados pessoais, nomeadamente o princípio da finalidade, da transparência, da proporcionalidade e da compatibilidade com a finalidade declarada, o que supõe a obrigação de informar o trabalhador acerca do tratamento de dados pessoais que vai realizar, assim como

---

[25] «Les libertés publiques dans l'entreprise…», *op. cit.*, p. 424.

[26] TRUDEAU, Giles, «En conclusion…Vie professionnelle et vie personnelle ou les manifestations d'un nouveau droit du travail», *DS*, n.º 1, 2010, p. 76.

o princípio de que a informação recolhida não pode destinar-se a finalidades incompatíveis com a finalidade originária.

As novas formas de controlo tornaram-se também automáticas, não estando os supervisores limitados pelo que podem ver, mas pela quantidade de dados e de aspetos que conseguem recolher através do controlo exercido pelas máquinas. O controlo torna toda a realidade transparente, provocando a visibilidade do que até aí era ignorado ou invisível. O "olho eletrónico"[27] torna-se omnipresente e mecânico, conduzindo a sensações de controlo total que podem alterar os sentimentos dos trabalhadores e provocar o seu medo pelo facto de não estar confinado espacialmente ao local de trabalho, podendo estender-se para outros locais, inclusive sítios muito íntimos, e por não ter barreiras temporais.

Pode ver-se este controlo na utilização dos meios de vigilância à distância cuja regulamentação está prevista nos arts. 20.º e 21.º do CT e que engloba não só os tradicionais aparelhos de áudio-vídeo vigilância, mas também os aparelhos de geolocalização. A vídeo e a áudio-vigilância representam por excelência, um instrumento que atenta contra a privacidade das pessoas já que permitem observar globalmente a aparência e as suas conversas uma vez que a sua fisionomia e todos os elementos visíveis da sua personalidade ficam disponíveis para o olho eletrónico. Também o estabelecimento ou a contratação de serviços de geolocalização configura um meio de vigilância à distância, já que permite um controlo permanente e remoto, a uma distância temporal e espacial, dos trabalhadores, sendo-lhes aplicável o previsto nos artigos 20.º e 21.º do CT, e, mais concretamente, os números 1 e 2 do art. 20.º relativo às condições de licitude da instalação deste tipo de sistemas e ao princípio da finalidade legítima.

Perante este tipo de vigilância é necessário equacionar vários fatores, colocando cada um deles problemas específicos. Estes derivam, por um lado, da instalação em si mesma destes mecanismos e da possibilidade de conservação e arquivo das imagens, dos sons e da localização assim obtidos e, por outro, da possibilidade dos mesmos serem utilizados para outras finalidades.

Assim, a controvérsia jurídica coloca em jogo vários direitos contrapostos, o direito à privacidade na modalidade de proteção de dados pessoais do trabalhador, assim como à sua dignidade, e o poder de organização e controlo do empregador, este aliado ao princípio da liberdade empresarial, sendo que a solução para esta questão parece residir no estabelecimento de limites a esta forma de controlo dos trabalhadores, não esquecendo que o que é lícito ao olho humano não o é igualmente ao olho eletrónico da máquina.

Assim, só poderão adotar-se este tipo de sistemas quando existirem razões objetivas que justifiquem o recurso aos mesmos, impondo-se, assim, um

[27] Alusão à obra de LYON, David, *The Electronic Eye – The Rise of Surveillance Society*, Reino Unido, Polity Press, 1994.

critério restritivo no que concerne às possibilidades de disposição destes aparelhos. Não poderá admitir-se a instalação deste tipo de meios apenas por mera conveniência ou utilidade da empresa.

Do exposto, resultam sérias dúvidas acerca da legitimidade da instalação de dispositivos de controlo através destes sistemas nos locais de trabalho, não abertos ao público, somente com base numa genérica finalidade preventiva de segurança de pessoas e de bens. Entende-se, pois, que deverá existir um risco razoável para a segurança das pessoas e dos bens, valorando-se não só a existência de um risco mais ou menos geral e genérico, mas também a possibilidade da sua concretização. Por outro lado, defende-se que o recurso a este tipo de sistemas fique circunscrito a situações particularmente graves, devendo evitar-se a instalação deste tipo de sistemas para deteção de infrações menores. Assim, só poderão instalar-se estes sistemas de captação de imagem e de som por motivos de segurança de pessoas e de bens quando, para além de existir um perigo real e certo de alteração dessa segurança, se trate de prevenir infrações graves[28].

2.9.

Torna-se essencial que os empregadores estabeleçam regras sobre esta matéria, dando cumprimento desta forma ao princípio da transparência. Na verdade, o empregador terá, previamente à adoção de qualquer medida de controlo, que respeitar o princípio da transparência que consiste no conhecimento da vigilância e do controlo exercido pelo empregador, sendo essencial para o correto tratamento de dados pessoais das pessoas, em geral, e dos trabalhadores, em especial. Desta forma, o direito do titular dos dados a receber toda a informação relativa a si mesmo, constitui um dos princípios geralmente aceites como parte essencial e integrante do direito à autodeterminação informativa.

---

[28] No mesmo sentido veja-se acórdão do STJ, de 8 de fevereiro de 2006, onde o Tribunal decidiu que "proteção da segurança das pessoas e bens, enquanto finalidade específica da recolha e tratamento de dados pessoais, tem em vista a prevenção da prática de crimes, o que pressupõe, pela natureza das coisas, que a utilização de videovigilância com esse objetivo deva reportar-se a locais onde exista um razoável risco de ocorrência de delitos contra as pessoas ou contra o património. E isso tanto é válido para a utilização de câmaras de vídeo pelas forças policiais relativamente a espaços públicos […] como para a vigilância em instalações ou estabelecimentos privados", sendo o "risco potenciado essencialmente pela circunstância de se tratar de locais abertos ao público, e decorre da eventualidade de esses locais serem frequentados por pessoas anónimas sem possibilidade de qualquer prévio controlo de identificação". Porém, da decisão em causa, como bem realçou o STJ, este não era o caso na medida em que "a vigilância incidia sobre os trabalhadores e, portanto, sobre as pessoas que têm acesso autorizado às instalações da empresa e que poderão ser facilmente identificadas pelos seus colegas de trabalho, superiores hierárquicos ou gerentes". Como destaca o Tribunal, não se trata de uma vigilância genérica de natureza essencialmente preventiva, mas de uma "vigilância individualmente dirigida que elege todos e cada um dos trabalhadores como potenciais suspeitos de prática de infrações criminais".

Desta forma, os trabalhadores têm de ser informados de como, quando e de que forma, este controlo é realizado e de como poderão utilizar estes novos meios de comunicação, nomeadamente para fins privados, devendo separar corretamente a sua utilização. Os empregadores têm de informar com clareza os trabalhadores sobre os limites ao uso destas novas tecnologias, limites que devem ser razoáveis e não excessivos em relação à finalidade pretendida.

2.10.

No ordenamento jurídico brasileiro, na recente Reforma Trabalhista realizada pela Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, reforma esta que alterou profundamente a Consolidação das Leis do Trabalho, todas estas matérias não foram tratadas e deveriam, parece-nos, tê-lo sido. Se se pretende com a reforma atualizar a CLT, também esta parte deveria ser regulada exatamente devido a esta enorme possibilidade de intrusão por parte da tecnologia, já que cada vez mais há a consciencialização de que o trabalhador é uma pessoa, é um cidadão, e não deixa de o ser por celebrar um contrato de trabalho. Considera-se que teria sido uma boa opção do legislador brasileiro a introdução de uma secção própria sobre estes direitos na CLT, assim como a própria tutela contra o assédio nas relações laborais, à semelhança do que está previsto no art. 29.º do CT de Portugal[29]. Na verdade, várias das situações que violam os direitos de personalidade dos trabalhadores acabam por poder conduzir a situações de assédio. Estranha-se, por isso, a falta de referências a esta situação na Reforma Trabalhista

Há preceitos na CLT que fazem referência a alguns direitos como acontece com o Título II –A, relativo ao dano extrapatrimonial, artigos 223.º-A a 223.º-G, ou o art. 456.º-A, ou, ainda, o art. 168.º relacionado com os exames

[29] "1 - É proibida a prática de assédio.

[2] - Entende-se por assédio o comportamento indesejado, nomeadamente o baseado em fator de discriminação, praticado aquando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objetivo ou o efeito de perturbar ou constranger a pessoa, afetar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador.

[3] - Constitui assédio sexual o comportamento indesejado de caráter sexual, sob forma verbal, não verbal ou física, com o objetivo ou o efeito referido no número anterior.

[4] - A prática de assédio confere à vítima o direito de indemnização, aplicando-se o disposto no artigo anterior.

[5] - A prática de assédio constitui contraordenação muito grave, sem prejuízo da eventual responsabilidade penal prevista nos termos da lei.

[6] - O denunciante e as testemunhas por si indicadas não podem ser sancionados disciplinarmente, a menos que atuem com dolo, com base em declarações ou factos constantes dos autos de processo, judicial ou contraordenacional, desencadeado por assédio até decisão final, transitada em julgado, sem prejuízo do exercício do direito ao contraditório".

médicos que estabelece que o empregador pague os mesmos e que o resultado seja comunicado ao trabalhador, assim como o art. 373.º-A[30], mas que não constituem, quanto a nós, um tratamento sistemático desta questão, e nem atendem a inúmeras situações que surgem ou que podem surgir, fruto da enorme capacidade de controlo eletrónico que as tecnologias oferecem.

Crê-se que o legislador perdeu uma boa oportunidade de sistematizar esta matéria, de estabelecer limites a esta enorme possibilidade de intrusão e, até, de melhorar alguns dos preceitos existentes.

3. Conclusão

3.1.

O balanço que fazemos do Código do Trabalho português em matéria de direitos de personalidade é claramente positivo. Parecem-nos de saudar as preocupações personalistas que teve em vista.

3.2.

Relativamente ao ordenamento jurídico brasileiro estranha-se um pouco que numa reforma trabalhista que se pretende atualizadora e de acordo com a realidade não se tenha criado uma secção, ou um capítulo, que se debruçasse sobre os Direitos de personalidade, assim como do próprio assédio, e que estabelecesse limites às inúmeras possibilidades de intrusão que as TIC permitem.

3.3.

Considera-se que, nesta matéria, é caso para lembrar uma frase do filósofo alemão H. JONAS[31], que defende "nem tudo o que é tecnicamente possível é forçosamente sustentável". No mundo do Direito, poderíamos sustentar que nem tudo o que é tecnicamente possível é juridicamente admissível. Assim, os dire-

---

[30] A inserção das proibições previstas neste artigo não nos parece a melhor porque está num capítulo relacionado com a proteção do trabalho da mulher. Contudo, as mesmas têm de ser aplicáveis a todos pelo que nos parece que faria mais sentido outra inserção sistemática, entendendo-se que deverá ser interpretado em sentido amplo. Veja-se logo a questão da proibição das revistas íntimas prevista no art. 373-A, VI da CLT. Entende-se que esta proibição não pode ser apenas relativa às mulheres trabalhadoras, mas também aos homens trabalhadores. Cf. SANDEN, Ana Francisca, *A proteção de dados pessoais do empregador no Direito Brasileiro – Um estudo sobre os limites na obtenção e no uso pelo empregador da informação relativa ao empregado*, São Paulo, LTr, 2014, p. 118.

[31] Citado por RAY, Jean-Emmanuel, «Avant-propos - de la sub/ordination à la sub/organisation», *DS*, n.º 1, 2002, p. 9.

itos à privacidade e à dignidade dos trabalhadores nunca podem ceder perante argumentos de maior produtividade ou maior eficácia. Com as novas formas de controlo eletrónico do empregador pode surgir uma nova forma de *taylorização*, agora de carácter digital. Permitir que o empregador aceda ao conteúdo de todos os *e-mails*, aos *sites* visitados pelos trabalhadores, assim como à gravação de todos os seus gestos e conversas e à realização de testes médicos cada vez mais intrusivos, cria cada vez mais um local de trabalho mecanizado, onde o trabalhador é visto como qualquer outro instrumento de trabalho, não muito diferente do computador que usa. E se é inquestionável que as empresas devem ser eficientes, dinâmicas e atualizadas, não é menos certo que esses objetivos não podem ser conseguidos à custa da dignidade dos trabalhadores.

3.4.

Há que defender, parece-nos, que estas novas formas de desumanização do trabalho não são uma fatalidade nem uma parte inevitável do progresso tecnológico. Bem pelo contrário. As TIC podem constituir um instrumento formidável de libertação do Homem porque permitem que este se concentre na parte mais criativa do seu trabalho. Mas, para conseguir isto, tem de abandonar-se o modelo do trabalhador ligado ao computador e passar a desenvolver o modelo do computador como um modo de trabalhar, adaptando-o ao Homem procurando sempre um regime de trabalho realmente humano tal como previsto na constituição da OIT que, necessariamente, nos dias que correm tem de ser revisitada, pois apesar de serem valores *pré-digitais*, não são *valores obsoletos*.

Na sociedade do futuro a inovação ocupa um papel crucial e num mundo globalizado tornar-se-á cada vez mais importante o desenvolvimento de novas ideias e de novos negócios. Mas, para obter isso, é necessário segurança e apoio, parecendo-nos fundamental então que, no futuro mundo digitalizado do trabalho, o princípio tuitivo, o código genético do Direito do trabalho, a sua função protecionista, se mantenha eficaz.

Referências bibliográficas

ABRANTES, José João, «Contrato de trabalho e meios de vigilância da actividade do trabalhador (breves considerações)», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, Oliveira Ascensão (coord.) vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

ABRANTES, José João, «O Direito do Trabalho e a Constituição», *in Estudos de Direito do Trabalho*, AAFDL, Lisboa, 1992.

CHERRY, Miriam, «A taxonomy of virtual work», *Georgia Law Review*, vol. 45, n.º 4, 2011.

GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2002.

GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional*, 6.ª edição, Coimbra, Almedina, 1993.

GOMES, Júlio, *Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

ICHINO, *Il contratto di lavoro – III – sospenzione le lavoro –sciopero – riservatezza e segreto-potere disciplinare-cessazione del rapporto-conservazione e gestione dei diritti*, Milão, Giuffrè Editore, 2003.

LÓPEZ, Palomeque, «Los derechos laborales en la Constitución Española», *Cuadernos y Debates*, n.º 28, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

LYON, David, *The Electronic Eye – The Rise of Surveillance Society*, Reino Unido, Polity Press, 1994.

MARTINEZ ESTAY, *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1997.

MARTINEZ, Pedro Romano, «Considerações gerais sobre o Código do Trabalho», in *VI Congresso Nacional de Direito do Trabalho Memórias*, António Moreira (coord.), Coimbra, Almedina, 2004.

MARTINEZ, Pedro Romano, «O Código do Trabalho – Directrizes de reforma; sistematização; algumas questões», in *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*, Coimbra, Almedina, 2004.

MARTINEZ, Pedro Romano, *A Constituição de 1976 e o Direito do Trabalho*, AAFDL, Lisboa, 2001.

MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 2007.

MENEZES CORDEIRO, «O respeito pela esfera privada do trabalhador», in *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, António Moreira (coord), Coimbra, Almedina, 1998.

MOLINA, Maria Dolores, «La lesión del derecho a la libertad de información comentario a la STC 197/1998, de 13 de Octubre», *Documentación Laboral*, n.º 57, III, 1998.

MOREIRA, Teresa Coelho, «Algumas Implicações Laborais do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais no Trabalho 4.0», *Questões Laborais*, ano XXIV, n.º 51, jul.-dez., 2017.

MOREIRA, Teresa Coelho, «As novas tecnologias de informação e comunicação e o poder de controlo electrónico do empregador», in *Estudos de Direito do Trabalho*, reimp., Coimbra, Almedina, 2016.

MOREIRA, Teresa Coelho, «Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador», *Studia Iuridica*, n.º 78, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

MOREIRA, Teresa Coelho, «Das revistas aos trabalhadores e aos seus bens em contexto laboral», in *Estudos em Comemoração do Décimo aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, Almedina, 2004.

MOREIRA, Teresa Coelho, «Direitos de personalidade», in *Estudos de Direito do Trabalho*, reimp. da 1.ª edição, Coimbra, Almedina, 2016.

MOREIRA, Teresa Coelho, «O controlo dos trabalhadores através de sistemas de geolocalização», in *Tecnologias Disruptivas e a Exploração do Trabalho Humano – A intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais*, Ana Carolina Reis Paes Leme, Bruno Alves Rodrigues e José Eduardo de Resende Chaves Júnior (coord.), São Paulo, LTR, 2017.

MOREIRA, Teresa Coelho, *A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*, Coimbra, Almedina, 2010.

PEDRAJAS MORENO, A., «Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitución como marco y como límite de su ejercicio», *AL*, n.º 4, 2000.

PEDRAJAS MORENO, A., *Despido y derechos fundamentales – estudio especial de la presunción de inocencia*, Editorial Trotta, Madrid, 1992.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma, «O Novo Código do Trabalho – Reflexões sobre a Proposta de Lei Relativa ao Novo Código de Trabalho», in *Estudos de Direito do Trabalho*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2003.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2000.

RAY, Jean-Emmanuel, «Actualités des TIC Tous connectés, partout, tout le temps», *DS*, n.º 5, 2015.

RAY, Jean-Emmanuel, «Avant-propos - de la sub/ordination à la sub/organisation», *DS*, n.º 1, 2002.

RIVERO, Jean «Les libertés publiques dans l'entreprise», *DS*, n.º 5, 1982.

SANDEN, Ana Francisca, *A proteção de dados pessoais do empregador no Direito Brasileiro – Um estudo sobre os limites na obtenção e no uso pelo empregador da informação relativa ao empregado*, São Paulo, LTr, 2014.

SEIN, Goñi, *El respeto a la esfera privada del trabajador* – un estúdio sobre los limites *del poder de control empresarial*, Madrid, Civitas, 1988.

TRUDEAU, Giles, «En conclusion…Vie professionnelle et vie personnelle ou les manifestations d'un nouveau droit du travail», *DS*, n.º 1, 2010.

DIREITO DO TRABALHO NO SÉCULO 21: A ERA DOS TRABALHADORES "CRIATIVOS"

Luís Renato VEDOVATO[1]
Daniel Francisco NAGAO MENEZES[2]

1. Uma questão de dignidade humana: os fatores que influenciam o mundo do trabalho

As mudanças radicais no mundo do trabalho e das relações de produção estão sob os olhos de todo o mundo. Desta forma, os principais fatores que determinam as mudanças são: a globalização dos mercados, a explosão populacional e a tecnologia da informação.

Esses fatores são bem conhecidos, mas seu impacto real é frequentemente subestimado. A maioria dos observadores ignora o fato de que eles são fenômenos totalmente além do controle de atores locais e nacionais - sejam eles

[1] Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP; Vice Coordenador do Observatório de Direitos Humanos da UNICAMP; Pesquisador Associado do Observatório das Migrações em São Paulo; Pesquisador do Projeto de pesquisa conjunto (Cardiff University e UNICAMP) "Examining poverty in a polarised and unequal society: the potential of the Consensual Approach to poverty research in Brazil" - UK Global Challenges Research Fund (GCRF). Pesquisador do Fundo de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP).

[2] Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, especializações em Direito Constitucional e Direito Processual Civil ambos pela PUC-Campinas, Especialização em Didática e Prática Pedagógica no Ensino Superior pelo Centro Universitário Padre Anchieta, Mestre e Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós doutorando pela Universidade São Paulo. Membro do CIRIEC-Brasil.

governos ou sociedade civil organizada - seja de organismos internacionais ou regionais (por exemplo, a União Europeu e o Mercosul).

1.1 Globalização da economia

A globalização da economia elimina - ao contorná-las - as restrições e proteções no uso da força trabalho. Os custos de mão de obra nos países da Europa Oriental são 10% menores ao da Alemanha e equivale a 2% ou menos em países como a China ou Indonésia. Dentro da União Europeia, um lugar que os brasileiros consideram estável, as diferenças são por vezes altas, como por exemplo, o custo da mão de obra no Reino Unido tende a ser 2/3 dos outros países da União Europeia.

Também dentro da União Europeia, formas de concorrência desleal e dumping social são determinados por meio de políticas de desvalorização monetária, mostrando que o dumping não é apenas aceito, mas intencionalmente prosseguido como política de Estado, a fim de introduzir doses de maior flexibilidade nos mercados de trabalho.

A concorrência internacional acentua as limitações nos gastos públicos e amplia a crise do estado de bem-estar social, possuindo as políticas sociais cada vez menos espaço. O sistema de segurança social está sob pressão com o aumento das privatizações e, com a redução do funcionalismo públicos. A senha é a redução de custos: cortar, reduzir, diminuir. O desemprego, por outro lado, leva a experimentar novos métodos de organização e gestão do trabalho, como a economia social e solidária, por exemplo, sempre em nome de uma maior flexibilidade: a tradicional proteção do direito do trabalho (sobre salários, tempo de trabalho e demissões) são vistos como um obstáculo ao crescimento e à criação de novos empregos.

1.2 A explosão populacional

O crescimento populacional nos países ocidentais desenvolvidos está quase estagnado, com algumas exceções. Nos países do terceiro mundo, o desenvolvimento demográfico prossegue com ritmos impressionantes. Isso significa que existem centenas de milhares de pessoas dispostas a aceitar trabalho sobre condições salariais e regulatórias bem abaixo daquelas que existentes nos países desenvolvidos.

Os efeitos desse fenômeno sobre a economia e sobre as regras que regem as relações de trabalho são óbvios: os fenômenos migratórios se tornam mais e mais impressionantes e complexos, enquanto o número de deslocados nas áreas cresce, permitindo o dumping social. Com referência à explosão demográfica, no entanto, há um segundo aspecto a ser avaliado. As expectativas de vida cres-

cem nos países desenvolvidos: no século XXI, poderemos viver em média até cem anos ou mais. Os efeitos desse fenômeno, certamente positivos em relação às expectativas de vida e felicidade do indivíduo, são devastadores se avaliados na perspectiva dos sistemas previdenciário e trabalhista.

1.3 Tecnologia da informação

A transição do "fordismo" para o "gatesismo" (Bill Gates) está sob os olhos de todos. No que diz respeito às mudanças ocorridas nas relações de produção e relações de trabalho, as tecnologias de comunicação e informação assumem, indubitavelmente, o papel mais importante. Esta revolução tecnológica marca a transição de uma sociedade industrial para a sociedade da informação, e, no entanto, ainda não há clara percepção do problema e persistimos em propor modelos de intervenção nas relações industriais baseados somente na realidade industrial.

A sociedade da informação na verdade requer uma nova abordagem para o tema do trabalho: levam à criação de empresas em rede; promovem a terceirização massiva de trabalho; processos complexos legítimos de descentralização e outsourcing levam a uma mudança contínua e maior flexibilidade em relação a uma técnica de gerenciamento de fator de trabalho cada vez mais inspirada pela *Qualidade Total* e *Just-in-Time*. Para as empresas (grandes) é um verdadeiro *big-bang*.

2. Impacto nas relações de trabalho e no sistema de relações industriais em geral

O impacto desses fatores no mercado de trabalho e no sistema de relações industriais é devastador, gerando um impacto sobre a estrutura das empresas, os tipos de relações de trabalho, técnicas de gestão de pessoas e, sobre o papel dos atores sociais. Em comparação com as relações de trabalho individuais, a mudança requer flexibilidade e, portanto, adaptabilidade, em uma palavra: desregulamentação.

Aumenta o uso de trabalho atípicos e sui generis: a tempo parcial de trabalho, contratos de trabalho a termo, o trabalho intermitente através de "agência", trabalho de sobreaviso, contratos de trabalho coordenados. A descentralização e a aquisição estão aumentando, e as restrições ao recrutamento e demissões estão enfraquecidas em todos os lugares. O horário de trabalho é modulado diariamente, enquanto as formas de horário de trabalho personalizado estão crescendo: horário flexível, trabalho noturno, trabalho de fim de semana, trabalho compartilhado (chamado compartilhamento de trabalho), etc.

Há uma demanda crescente por trabalhos criativos, novas habilidades e profissionalismos; a demanda por adaptabilidade, a capacidade de colaboração com o empregador, com os colegas e com os clientes está crescendo; há uma demanda crescente por mobilidade, disponibilidade de transferências, conhecimento de idiomas e habilidades de TI. Contratos permanentes de trabalho e contratação em grandes empresas estão diminuindo; diminuindo igualmente trabalhos repetitivos e trabalhos manuais.

Em termos de relações coletivas, há uma descentralização gradual da negociação coletiva: os sistemas de incentivos de remuneração individuais são substituídos por pagamentos coletivos de remuneração. Com referência à negociação coletiva, a noção de setor produtivo perde seu significado: em muitos casos, as empresas se tornaram "federações" de unidades locais isoladas que operam transversalmente nos diversos mercados nacionais e internacionais.

Os parceiros sociais e os governos não parecem mais capazes de governar os processos de produção, enquanto a mobilidade do capital torna possível contornar as regras do direito trabalhista nacional. Mais do que isso.

Ao agir ou tentar novas estratégias, os parceiros sociais e os governos continuam a assistir ou, no máximo, a procurar paliativos para resistir à mudança e conter seus efeitos sociais. O declínio do sindicato é evidente em quase todos os países, embora com algumas exceções notáveis, e o declínio no número de membros do sindicato entre a força de trabalho ativa também é constante. O mesmo se aplica à greve: a impressão é de que aqueles que mais necessitam (trabalhadores precários) não se atrevem a recorrer a esse instrumento fundamental de pressão social, que agora ficou substancialmente nas mãos das aristocracias ocupadas (funcionários públicos e em geral trabalhadores com contratos permanentes).

Por outro lado, os movimentos dos desempregados permanecem completamente secundários. O processo de individualização e atomização das relações de trabalho - acentuado pelas práticas de terceirização e precarização - é cada vez mais evidente e marcado.

3. Como reagir à mudança?

Resistir à força da mudança e defender antigos paradigmas é inútil. As regras e práticas de ontem são cada vez mais inadequadas para resolver os problemas atuais. O trabalhador do século XXI será um trabalhador flexível, qualificado e colaborador. O valor agregado será dado pela capacidade de processar informações de maneira criativa.

As fronteiras entre o trabalho independente e o trabalho subordinado serão cada vez mais imprecisas e irrelevantes. Não é mesmo improvável que os

diferentes tipos de contratos se fundam numa única categoria jurídica no futuro: a do trabalho sem adjetivos.

Os critérios discricionários de subordinação não parecem apropriados à figura do trabalhador do setor criativo do século XXI, enquanto parece um requisito essencial para garantir a todos os trabalhadores - além de sua qualificação legal - um tratamento mínimo em relação à continuidade do trabalho, rendimento, proteção da saúde e segurança no local de trabalho, garantia de condições de trabalho dignas, seguro contra acidentes, tratamento das pensões, etc.

Os acordos-quadro e os códigos de conduta podem conter as regras necessárias para proceder a essa harmonização e garantir o tratamento jurídico adequado da relação entre o trabalhador e o seu "cliente". Entretanto, é necessário insistir em medidas destinadas a aumentar a empregabilidade dos trabalhadores, pois, a defesa da estabilidade no local de trabalho parece, na verdade, uma batalha de defesa e não captura os verdadeiros problemas do mundo do trabalho.

O que precisa ser protegido não é o emprego único, mas o emprego em geral. Desse ponto de vista, é claro, o treinamento continuará a desempenhar um papel estratégico e prioritário. A formação será principalmente calibrada de acordo com o desenvolvimento de personalidades críticas, familiarizadas com a informática e línguas estrangeiras, predispostas ao trabalho em grupo e à comunicação. Acima de tudo, todo esforço deve ser feito para atrair os melhores professores e implementar programas reais de treinamento abertos a todos e não apenas aos privilegiados: o treinamento deve ser para o benefício de todos, dos empregados e dos trabalhadores autônomos, e deve se apresentar em uma palavra para a "sociedade de aprendizagem permanente".

Outro ponto a se discutir é a redução dos custos de mão de obra. Os sistemas de seguridade social existentes, que tornam o custo do trabalho não competitivo, devem ser radicalmente repensados. A proposta que gostaria de formular é que os objetivos do estado de bem-estar sejam alcançados através do estabelecimento de um imposto especial de seguridade social financiado por contribuições mais racionalizadas. Em suma, a ideia é abolir completamente as contribuições para a seguridade social, e substituí-las por um imposto de seguridade social.

É o que acontece na Dinamarca, onde a taxa de IVA é de 25%. Percebo que esta proposta está destinada a colidir com um verdadeiro tabu da esquerda: no entanto, o fato de o IVA ser um imposto não progressivo, e que, portanto, os pobres encontrariam mais dificuldades do que os ricos é simplesmente uma discussão comum. Para evitar estes desequilíbrios e delinear um imposto sobre o valor acrescentado progressivo, seria simplesmente necessário introduzir algumas medidas corretivas capazes de impedir este efeito.

A determinação de tratamentos mínimos para empregados e autônomos deve permitir indicar em que medida é possível prosseguir com a flexibilidade e a desregulamentação das relações de trabalho. No entanto, não basta simplesmente influenciar as ferramentas tradicionais de autoproteção. Nesta perspectiva, o caminho dos "códigos de conduta" e dos "códigos de boas práticas" também deve ser testado: os sistemas nacionais de direito do trabalho devem ser clareados e adaptados às mudanças, também através do envolvimento dos mesmos destinatários da mudança.

4. As transformações do trabalho dependente

4.1 Proteção legal do trabalho

O mundo e, em particular, o trabalho produtivo, sofreram transformações ostensivas nas últimas décadas, o que trouxe consequências importantes tanto para o próprio trabalho quanto para quem o realiza e para sua organização dentro da estrutura da empresa. Esta primeira abordagem tem implicações sociais econômicas inegáveis graves e, claro, jurídicas, uma vez que está a alterar os pressupostos factuais e dogmáticos básicos para a regulação e proteção do trabalho.

Como tradicionalmente se observou, em suas origens, a legislação foi gradualmente definindo o direito do trabalho como um ramo especial do direito, voltado para acabar com situações de abuso e de exploração que afetou os trabalhadores assalariados que serviam em fábricas ou outras instalações industriais. Estes abusos foram obtidos a partir da diferença de poder de barganha dos empregadores e dos trabalhadores, colocando assim o primeiro, por causa de sua superioridade econômica em posição de ditar unilateralmente os termos do contrato que determinou o montante da remuneração, a duração do tempo de trabalho e, da natureza dos serviços prestados, enquanto por outro lado, a expressão da vontade do trabalhador foi limitado em grande parte para aceitar ou rejeitar o trabalho oferecido, que dependia, em muitos casos, da sua própria subsistência e do seu grupo familiar.

Portanto, o livre jogo da oferta e demanda de emprego em um cenário de abundância de mão-de-obra e escassez de empregos, bem como a insuficiência das próprias normas de direito civil - baseadas no orçamento do Estado - a igualdade jurídica das partes contratantes e o princípio da autonomia da vontade causaram um complexo problema social que exigiu a intervenção estatal para aliviar esses efeitos, o que se traduziu, em última análise, na promulgação de normas protecionistas em favor da parte mais fraca da relação de emprego e, mais genericamente, num processo gradual de distanciamento desta nova regulamentação do grande ramo do direito civil.

Por outro lado, como afirma claramente Ugarte Cataldo (2004, p. 19), não se pode ignorar que a Lei do Trabalho também cumpre uma função política óbvia, a saber, a tarefa de manter uma estrutura econômica determinada, ou seja, o sistema capitalista, conservação, consolidação e projeção pacífica no tempo necessário de uma base normativa que canaliza o resultando de conflitos sociais mediados por leis trabalhistas que afetam os trabalhadores, evitando os processos revolucionários que buscavam alterar ou substituir, em última análise, a intervenção do Estado.

Nessa perspectiva, alguns autores consideram que o direito do trabalho é uma categoria cultural resultante do sistema de produção capitalista industrial; não é, portanto, a resposta normativa ao conflito social ou trabalhista em geral, na medida em que todas as sociedades históricas conheceram o trabalho como fonte de conflitos sociais, bem como, a relação de conflito entre capital e sociedade. O trabalho assalariado na sociedade capitalista industrial, ou seja, o conflito que foi gerado na "grande indústria" do século XIX caracterizada pela dupla concentração de capital e de trabalhadores. Diante dessas circunstâncias históricas que originaram e motivaram o desenvolvimento da lei trabalhista, a realidade social que este ramo do direito repousa não é o trabalho em geral, mas um tipo muito especial e característico de trabalho humano como a relação existente entre a atividade do sujeito que o faz e os frutos dele.

Deste modo, o objeto do direito do trabalho consiste na ordenação de relações jurídicas surgidas na ocasião do trabalho realizado por uma pessoa natural de forma voluntária e remunerada, em nome de outra pessoa e no âmbito da organização e gestão do patrimônio, em conformidade, com um design jurídico estruturado com base em um modelo binário (trabalho subordinado - autoemprego). Todos os serviços pessoais realizados por um terceiro que reúne os elementos resultantes acima de um tipo especial de contrato, o contrato de trabalho, sujeito em seu regulamento às regras que compõem este ramo do sistema legal.

Ao contrário, uma prestação de serviços que não atende às características acima descritas está fora do escopo de aplicação das normas legais que compõem a Lei do Trabalho, como é o caso do trabalho autônomo, cujo desenvolvimento e regulamentação serão sujeito às regras gerais do direito civil - contrato de arrendamento de serviços - ou direito comercial.

Por outro lado, para entender o atual processo de transformação do trabalho produtivo e seus efeitos jurídicos na gestão tradicional do trabalho, é essencial considerar que o tipo de trabalho que serve de pressuposto de aplicação ao direito do trabalho nasceu e se desenvolveu durante a segunda revolução industrial, baseado em um tipo muito particular de organização empresarial, como o caráter fordista-taylorista.

No entanto, típico de empresas com um processo de produção fordista, é a produção em série de produtos padrão, com uma organização vertical, fortemente hierárquica e não muito flexível, em que tanto o planejamento e desenvolvimento da produção são separados. A isso, devemos acrescentar o modelo de organização científica do trabalho proposto por Frederick Taylor, que postulou a racionalização dos processos produtivos, buscando maior regularidade e rentabilidade do trabalho assalariado. Desta forma, Taylor introduziu os conceitos de "apenas salário" para um "trabalho justo", para o qual, "trabalho justo" foi determinado por um estudo científico dos movimentos dos trabalhadores que indicou o método de produzir no menor tempo possível.

A consequência seria que o maior esforço do trabalhador se traduzia em um aumento salarial. Taylor procurou otimizar o tempo de trabalho; tempos precisos e definidos, ritmos de trabalho constantes e repetições cada vez mais rápidas.

4.2 O vínculo empregatício normal

Dado o que está previsto nos parágrafos anteriores, considere o modelo típico de trabalho fordista-Taylor, que é caracterizado, em geral, pelo trabalho subordinado de um trabalhador com uma classificação de baixo nível, geralmente do sexo masculino, por regularidade no comprimento de horas de trabalho e para um tempo indeterminado. Deve-se salientar que o fenômeno de trabalho subordinado é uma consequência da industrialização e, em particular, o alto nível de divisão do trabalho que este gera.

Isto é explicado porque a divisão intensiva de mão de obra, própria da organização empresarial fordista, é essencial que o trabalhador que está sujeito às instruções dadas pelo empregador e desenvolve a sua atividade ao longo do tempo, lugar e forma que lhes são determinados, o que origina o elemento essencial, próprio e exclusivo do laboratório de relacionamento jurídico oral, que é a subordinação do trabalhador ao empregador.

Em outras palavras, segundo Raso Delgue (2000, p. 05), foi o método fordista-taylorista que dividiu os trabalhadores em categorias rígidas (subordinadas e autônomas) e também massificada, recompensadas com estruturas salariais estritamente proporcionais às tarefas executadas. Além disso, neste método era necessário uma supervisão rígida e controle pela administração superior, que desenvolveu particularmente a ideia de poder disciplina, paralelo à subordinação.

Portanto, o contrato de trabalho por um período indeterminado concluído em conjunto com a fábrica, salário fixo, subordinação e trabalho em horários pré-determinados compõe o conjunto de características da relação de trabalho na segunda revolução industrial.

No entanto, o emprego nos termos descritos acima não foi o único tipo de trabalho regulado, porque a Lei Trabalhista clássica também forneceu dados que poderiam ser classificadas como trabalhos atípicos. Além disso, nem todo trabalho é subordinado, pois também se reconhece a existência do trabalho autônomo, embora fosse excluído do escopo de aplicação deste ramo do direito. De qualquer forma, o que predominou foi o conceito segundo o qual o trabalho para uma empresa era uma relação legal estabelecida para durar, que permitia ganhar a vida com alguma segurança.

Por sua vez, podemos dizer que a lei do trabalho se insere dentro de um sistema maior que é caracterizado por garantir a proteção legal mínima da dignidade humana, em particular, que consagra o carácter indispensável dos direitos mínimos reconhecidos pelo direito do trabalho, mudando o conceito tradicional de política pública, o princípio da autonomia, a disponibilidade de direitos e outros princípios e instituições fundamentais do direito Civil.

Também, este ramo do direito é particularizado com: jornadas máximas de trabalho; montantes mínimos de remuneração; bem como para o reconhecimento do direito de formar sindicatos, negociar coletivamente e de autodefesa coletiva, através da greve. Para isto deve ser adicionado o desenvolvimento de uma complexa rede de proteção social expressa no sistema regulamentar nos termos da Lei da Segurança Social, que em sua concepção tradicional também está estruturado a partir da categorização dos trabalhadores autônomos e subordinados, sendo constituído por este último como regime compulsório, atribuindo ao mesmo tempo caráter voluntário à filiação de trabalhadores autônomos.

Isto tudo isso é confirmado pelo fato de que a proteção garantida contra as contingências sociais pressupõe a permanência e a estabilidade da relação de trabalho e renda com a finalidade de assegurar a proteção adequada dos trabalhadores, o que é consistente com o padrão generalizado de relações de trabalho que prevalece naquele momento histórico, e que é ainda mais evidente no atual sistema previdenciário organizado por meio de um sistema de capitalização individual.

Finalmente, pode-se concluir que a relação jurídica de trabalho nasceu a partir deste modelo de organização industrial capitalista e, é o objeto do direito do trabalho em sua concepção tradicional, o emprego assim, normalmente servirá como modelo orientador da regulamentação legal de trabalho subordinado e será precisamente o tipo de relações de trabalho, cujo conceito e regulamento será a base para novas formas de contratos de trabalho. Ao mesmo tempo, levando em conta o que foi dito até agora, pode-se resumir que a relação de trabalho normal é caracterizada pelos seguintes elementos:

a Emprego dependente é a única fonte de renda e provisão: isso é explicado, porque o trabalho é feito em tempo integral e fornece uma renda que

garante pelo menos a subsistência do trabalhador. A relação de emprego é de duração indeterminada e, por princípio, projetada para a continuidade e estabilidade do emprego. Além disso, a relação de emprego está inserida em uma rede de normas legais e coletivas que garantem as condições contratuais e a proteção social. Também regulamenta e padroniza a organização do tempo de trabalho, isto é, a duração e distribuição do dia de trabalho e, consequentemente, os períodos de descanso diários, semanais e anuais.

b O emprego cobre um período mais curto ou mais longo em uma vida de trabalho contínuo: a duração indefinida de emprego implica que se projeta durante grande parte da vida do trabalhador, sem prejuízo de que pode, eventualmente, ser interrompido por fases curtas do desemprego. Além disso, a idade, tempo de permanência no mercado de trabalho e, sobretudo, a antiguidade são expressos em realizações cumulativas de direitos e proteções, caracterizada por estereótipos de carreira que envolvem estabilização e melhoria do status de emprego ao longo do tempo.

Em ligação com o que precede, é útil apresentar que o contrato de trabalho normal, particularmente nos anos 60 e 70 do século XX, tornou-se a forma de emprego predominante na referência de políticas sociais e estrutura de orientação prática no mercado de trabalho. Sua generalidade, normativa e empírica, foram relacionados a fatores como a predominância da produção industrial, a produção em massa padronizada como a base para a organização produtiva fordista-taylorista, o desenvolvimento do bem-estar do cidadão, bem como com as demandas e lutas do movimento sindical, que também tiveram efeitos padronizadores nas relações de trabalho.

Os parágrafos seguintes fornecem uma referência para os principais fatores que afetaram a transformação da organização produtiva de negócios e da organização do trabalho remunerado, tendo em vista a aquisição dos elementos necessários para a compreensão do surgimento e desenvolvimento de formas atípicas de contratação de mão-de-obra em resposta à crise da relação de trabalho normal como um arquétipo de regulação trabalhista subordinada.

5. Fatores que afetaram as transformações do trabalho e a crise da relação normal de trabalho

Para sistematizar a rápida transformação da organização empresarial e da organização do trabalho desde a década de 1970, pode-se observar que as

mudanças mais importantes que explicam essa mudança na estrutura organizacional tradicional das empresas podem ser analisadas a partir dos seguintes fatores: a revolução gerada pelo desenvolvimento da tecnologia da informação e outras tecnologias, além de sua rápida introdução aos processos de produção, contribuiu para a diversificação da produção em curtos períodos de tempo.

As novas tecnologias provocam uma verdadeira revolução no campo das relações de trabalho, que pode ser resumida em três aspectos: 1) no nível individual, elas permitem que as pessoas multipliquem sua capacidade de ação, o que determinará a substituição de grandes contingentes de trabalhadores; 2) no nível coletivo, há uma fragmentação do modelo de relações de trabalho. Por um lado, não será fácil organizar trabalhadores com interesses e condições econômicas muito diferentes e, por outro lado, haverá uma grande mobilidade de empresas em um mercado que favorecerá aqueles que optaram pela reconversão industrial e condenarão aqueles que não se adaptarem às mudanças na falência; 3) por fim, as novas tecnologias e a reconversão promoverão novas formas de gestão do trabalho, que buscarão fundamentalmente maior produtividade e competitividade.

Em outras palavras, com o desenvolvimento de ferramentas computacionais e sua incorporação em indústrias e empresas de serviços, foi possível passar da produção serializada e padronizada para uma produção diversificada, sob demanda e, portanto, altamente flexível e variável, com o qual é possível responder às exigências em constante mudança dos consumidores.

O desenvolvimento e incorporação de novas tecnologias aos processos produtivos tem gerado mudanças profundas nas habilidades laborais exigidas dos trabalhadores, de modo que o trabalho parcelado e repetitivo típico do modelo de organização fordista-taylorista está perdendo peso estratégico, uma vez que as competências laborais, que as empresas exigem, estão se tornando mais abrangentes, assumindo uma combinação de habilidades manuais e intelectuais, porque na medida em que a rígida estrutura vertical dá lugar a uma visão mais horizontal da empresa, com trabalho em grupo, em que a liderança, a criatividade e outras qualidades de trabalho começam a ser altamente valorizadas pela administração moderna dos recursos humanos.

Essas novas qualificações garantem, em princípio, maior autonomia no planejamento e execução de tarefas para os trabalhadores e, nesse sentido, a gestão dos recursos humanos, organizando seu próprio tempo de trabalho, porém, não sem risco, porque há a redução dos limites tradicionais da separação entre o tempo de trabalho e o que se destina ao repouso ou à vida familiar.

Aumenta-se a possibilidade de realizar atividades de trabalho em diversos espaços físicos e fora do "estabelecimento" da empresa, produto da fragmentação dos processos e serviços de produção e, em parte, dos limites mais difusos que possibilitam as novas tecnologias entre trabalho, lazer ou não-trabalho.

Além disso, neste contexto, é necessário considerar que empregos de duração indefinida tendem a ser menos frequentes todos os dias, como relações de emprego de longo prazo para um único empregador, próprio do modelo derivado do processo de industrialização, eles começam a dar lugar a relações esporádicas, de curta duração e projetadas como transitórias. Desse modo, o emprego temporário, seja por tempo ou atividade específica, passa a ser uma condição habitual de trabalho, sem prejuízo de que, além disso, a mobilidade do trabalho seja valorizada como antecedente que enriquece a carreira profissional ou ocupacional do trabalhador.

Há um maior movimento rotativo de vínculos trabalhistas (do trabalhador subordinado ao trabalhador autônomo e vice-versa) e quanto às relações de trabalho dependentes, intermediação de mão de obra, terceirização de emprego ou a existência de mais de um empregador contra o mesmo trabalhador. Nesse contexto, é indubitável que um dos principais agentes que modificou as estruturas tradicionais de organização empresarial foi o fenômeno da descentralização produtiva, que também abalou as formas clássicas de prestação de serviços pessoais dentro da empresa.

O exposto acima ocorre porque, a partir da década de 1980, um conjunto de fatores desencadeou uma profunda reestruturação econômica que transcenderia, entre outras áreas, as estratégias de organização empresarial. O objetivo subjacente a essas novas mudanças foi enfrentar a incerteza causada pelas rápidas mudanças no ambiente econômico, institucional e tecnológico das empresas, para as quais foi necessário introduzir maior flexibilidade na produção, no gerenciamento e no marketing.

No final, foi necessário arbitrar novas estratégias de organização e gestão, porque nem grandes nem pequenas empresas eram capazes de sozinhas, desenvolver e progredir em uma situação econômica muito diferente daquela que condicionava seu sistema de produção e a possibilidade de encontrar nos mercados.

Desse ponto de vista, não se pode ignorar que uma das principais razões que também levaram aos processos de descentralização produtiva tem sido a necessidade de controlar e reduzir os custos trabalhistas, tornando-os variáveis e, assim, alcançando uma margem maior de liberdade de decisão dos negócios em relação ao fator trabalho. É assim que a diversidade de manifestações da exteriorização produtiva desmantela a organização social do empreendimento tradicional, diversifica o que, como grupo de referência, era compacto e definido e, transforma profundamente as relações de trabalho e, ao mesmo tempo, enfraquece o poder sindical também adaptado a essa nova configuração de trabalho e ao sistema de negócios.

Outra mudança significativa no modelo tradicional de relações de trabalho que surge no campo da organização fordista-taylorista está relacionada aos

sistemas de remuneração, uma vez que há uma tendência de estipular salários por dia ou unidades de tempo, a remunerações por desempenho ou vinculado à rentabilidade das empresas, isto é, passam de renda fixa para renda variável, o que significa fortalecer a produtividade e flexibilizar os custos trabalhistas derivados do pagamento de salários, fazendo com que eles também dependam dos resultados.

Desta forma, os empreendedores transferem parte do risco da empresa de sua permanência em um mercado altamente competitivo para os trabalhadores, que em muitos casos precisarão estender seu horário de trabalho - o que gera tensão ao contrário do processo de reivindicação tradicional de diminuir os limites legais máximos dos tempos de trabalho.

Sem prejuízo do que foi analisado até agora, não se pode perder de vista que outro fator importante que contribuiu enormemente para esse processo de rápida mudança nas relações de trabalho, assim como para as transformações nas formas de organização empresarial, é a globalização ou, a globalização da economia, que acelerou, ampliou e aprofundou a internacionalização das economias nacionais, ampliando suas relações de interdependência.

Com isso, reduziu-se o campo da autonomia das economias nacionais e as esferas de soberania dos Estados nacionais tornaram-se mais difusas, de tal forma que essas economias perdem ou reduzem seus níveis de imunidade frente às vicissitudes vivenciadas por cada país. Diante da globalização da economia, não há dúvida de que a permanência e a competitividade das empresas no mercado se tornam mais difíceis, uma vez que não devem competir apenas com outras empresas a nível nacional, mas também a nível internacional, de modo que a concepção de estratégias de negócios requer abordar tanto a realidade nacional, como o supranacional, os requisitos variáveis dos consumidores e, também, ter mecanismos para garantir, na medida do possível, uma reação rápida e uma capacidade adequada para se ajustar às mudanças nas condições de mercado.

Por isso, diante das transformações econômicas, tecnológicas e sociais de um mercado globalizado, as grandes empresas mudaram sua estratégia organizacional para poderem funcionar eficientemente no cenário turbulento em que realizam suas atividades. Assim, aproveitaram as vantagens que as pequenas e médias empresas têm de se adaptar com mais facilidade e eficiência às investidas do mercado, bem como melhorar permanentemente seus níveis de competitividade.

Diante dessa realidade, as grandes empresas optaram por isso, dividindo a estrutura de negócios em uma série de empresas menores, das quais empresas são criadas *ad hoc* com participações muito intensas e cruzadas, e relações de coordenação são estabelecidas entre elas, normalmente sob o ditame da matriz do grupo.

Dessa forma, depois de quase um século de uma organização industrial baseada na integração vertical da produção, as atuais estratégias de negócios visam alcançar a desintegração dos processos produtivos, distribuindo cada uma de suas fases em unidades de negócios menores e substituindo o máximo possível o trabalho subordinado por redes contratuais de natureza comercial.

Por sua vez, como resultado dessa mutação da organização empresarial, há uma multiplicação dos centros de imputação do trabalho, ou seja, o conceito tradicional é diluído no estatuto legal do empregador, sendo necessário entrar para determinar o verdadeiro sujeito responsável perante os trabalhadores no cumprimento das obrigações previdenciárias ou trabalhistas e, em particular, contra o exercício dos direitos de sindicância e negociação coletiva.

Finalmente, não pode deixar de ser considerado dentro deste complexo processo de transformações empresariais e trabalhistas, a mudança sociocultural importante do local de trabalho em relação ao aumento da participação das mulheres, o que retamente ajudou a quebrar os fundamentos patriarcais do modelo fordista, que, como já foi observado, foi estruturado com base na contratação massiva e na duração indefinida dos trabalhadores, em sua maioria do sexo masculino.

No entanto, o aumento da participação de mulheres na força de trabalho - com impacto prático significativo no desenvolvimento de ocupações de meio período - está associado a diversos fatores, como: a insuficiência do salário familiar; o maior desemprego masculino derivou das crises econômicas infelizmente tão frequentes no novo cenário globalizado; a maior demanda por mão de obra feminina, especialmente no setor terciário da economia; mudanças no estilo de vida; e as maiores expectativas das mulheres para o desenvolvimento pessoal e profissional.

Este processo gerou nova dinâmica das relações de emprego e trabalho como também exerceu grande pressão sobre instituições reguladoras e de trabalho que suportam a relação de trabalho normal do sexo masculino e que, por sua vez, tendem artificialmente para dar validade e legitimidade ao modelo famíliar de "provedor masculino e cuidador feminino", que não é mais considerada uma referência válida na concepção moderna das relações de gênero na sociedade contemporânea e sua expressão no campo das relações de trabalho.

6. Implicações das transformações do trabalho subordinado

Considerando os capítulos anteriores, pode-se concluir que, neste momento, é desenvolvido nas empresas uma reestruturação inevitável que preenche as exigências apresentadas pela concorrência e a necessidade de adotar padrões de produção e organização do trabalho flexível que pode se adaptar às novas exigências dos consumidores e internacionais e, do mercado. Entretanto, essas

mudanças afetam diretamente as relações de trabalho, apelando para uma maior flexibilidade, especialmente com o tempo de trabalho, que por sua vez, implica na busca de alternativas de emprego que permitam enfrentar os graves problemas de desemprego no mundo.

Além disso, é necessário inferir que as mudanças na organização e formas de trabalho decorrentes de fatores econômicos, tecnológicos e socioculturais, ocorrem desde o final do século XX e são intensamente percebida pelos trabalhadores, para quem começa infalivelmente a mudar o nível de demandas cada vez mais rapidamente, sem prejuízo do fato de que a incorporação de novas tecnologias ou a crescente importância da pesquisa e desenvolvimento exigem níveis mais elevados de conhecimento, habilidades e treinamento.

Diante desta realidade, o trabalhador deve adotar uma mudança na cultura de trabalho, o que deve resultar no reforço das suas capacidades, ou seja, deve ser dada prioridade à formação, tendo isto como objetivo a ser "empregável". No entanto, essa classificação tende a ser versátil, para um trabalhador que não se restringe a uma única atividade, também podendo desenvolver pessoalmente e ajudar a criar um ambiente de trabalho mais completo.

No entanto, para que isso aconteça é necessário ter uma cooperação estreita e direta das empresas e do Estado, de modo a valorizar o projeto ideal de um sistema de treinamento capaz de oferecer alternativas apropriadas a esta nova realidade de qualificações do trabalho explicitada acima.

Deve-se também considerar que a mobilidade e a internacionalização das empresas, resultado dos processos de globalização e de integração exige uma maior mobilidade dos trabalhadores, sendo necessário adicionar alterações na percepção de que o trabalhador tem de si mesmo e do seu trabalho, levando um crescente interesse em participar mais ativamente na criação e desenvolvimento da sua atividade e, em especial, quanto ao tempo de trabalho, gerando, por sua vez, a necessidade de uma maior individualização das condições de trabalho.

Portanto, diante desta nova realidade é importante que a participação dos trabalhadores tenha um aumento significativo nas empresas, o que obviamente traz novos desafios para o movimento operário, que deve avançar na redefinição do seu papel de representação de trabalho neste século atual e, igualmente, buscar novos espaços e formas de canalização dos interesses coletivos dos trabalhadores.

Para concluir este ponto é necessário expressar que as mudanças na forma clássica do mundo do trabalho e, na sua avaliação, manifestam-se de maneiras que, desde o final do século XX, questionam radicalmente o esquema em torno do qual se originou a legislação do trabalho. Atualmente, um número considerável de pessoas trabalha no setor informal (em condições de grande precariedade); outros atuam em um setor aparentemente autônoma (regulado pela lei civil

ou direito comercial, tentando excluir essas relações do direito do trabalho) e novas formas de emprego "atípico" em matéria de trabalho subordinado.

É por isso que devem ser identificados e distinguidos pelo menos dois tipos de crises ou perguntas em uma ordem do menos ao mais grave: por um lado, o declínio do trabalho subordinado, como é compreendido no período de ascensão da sociedade industrial e configuração do direito do trabalho, devido ao surgimento das chamadas "novas formas de emprego" ou "atípicos" e, por outro lado, o suposto declínio do trabalho subordinado em geral e "retorno discreto do arrendamento de serviços", isto é, trabalho autônomo no âmbito das relações civis ou comerciais.

A estas duas perguntas, podemos adicionar uma terceira, que é a emergência de formas de fronteira de emprego, ou seja, formas de emprego que estão em uma área cinzenta entre direito do trabalho e direito civil ou comercial (a chamado para subordinação) que gradualmente começam a exigir uma resposta política destinada a satisfazer as necessidades de proteção jurídica e social desses trabalhadores, que abre uma nova vida a reformulação do espaço do direito do trabalho como um sistema regulatório de proteção de todas as formas de serviços remunerados, mas aceitando e valorizando a diversidade tanto em suas projeções quanto nas possíveis respostas jurídicas a essa nova realidade.

Tudo isso nos permite concluir, de acordo com o que a revolução científico-tecnológica e as novas dimensões da globalização estabeleceram uma nova economia capitalista, caracterizada pela flexibilidade. Corolário dessa tendência tem sido a erosão do emprego, até agora consideradWo normal; a crise do trabalho, das políticas sociais e instituições existentes, e o consequente surgimento de novas formas de emprego, de trabalho e relações sociais. As sociedades capitalistas de hoje se deparam com o seguinte paradoxo: para um número cada vez maior de pessoas, o emprego deixou de ser um emprego típico ou normal, enquanto as políticas públicas - especialmente as políticas trabalhistas, de seguridade da família - continuam a ser pensados em termos de emprego padrão.

7. Considerações finais

Como discutido até agora tem sido desejado proporcionar uma visão geral do novo contexto em que as relações de trabalho começam a se desenvolver, bem como, apresentar uma análise a partir da perspectiva do direito do trabalho, contribuindo para repensar seus fundamentos dogmáticos em relação à crise e como isso afeta o modelo em torno do qual o sistema legal de proteção trabalhista foi construído.

Portanto, diante dessa nova realidade, em vez de insistir na preservação incondicional da relação normal de trabalho como um modelo de trabalho padrão, seria necessário orientar os critérios regulamentares de emprego atípico,

de acordo com as funções de proteção realizada pela relação de trabalho clássica normal. Deveria, então, estabelecer um novo suporte para tais funções, dentre as quais as mais importantes são as vinculadas às garantias de renda suficiente para assegurar a subsistência de um trabalhador dependente; com amplo acesso ao sistema de seguridade social e aos padrões mínimos de segurança e saúde ocupacional, bem como arranjos autônomos de trabalhador, permitindo combinar atividades de trabalho com outras atividades humanas, como a recreação, a participação dos cidadãos, a vida cultural, atividades familiares, etc.

Consequentemente, acreditamos que o papel do direito do trabalho, para enfrentar os novos resultados do cenário de trabalho, basicamente, em um reconhecimento legal mínimo de ocupações atípicos que melhoram seu desenvolvimento em harmonia com os interesses e necessidades dos empregadores e dos trabalhadores como o seu tempo, na criação de mecanismos de proteção social universal além dos pressupostos tradicionais do trabalho subordinado. Para este fim, estimamos necessário estabelecer mecanismos eficientes e incentivos para a formação e reemprego de trabalhadores que lhes permitam ser verdadeiramente participantes ativos em suas carreiras que trabalham em um complexo mundo em mudança, mas ainda rico em oportunidades para aqueles que têm os meios e capacidades adequadas.

Em conclusão, basta referir que valorizamos a importância e a necessidade do direito do trabalho como um desenvolvimento econômico indispensável de um país com justiça social e solidariedade, em torno do qual deve construir uma sociedade civilizada moderna e um sistema regulatório desenvolvido. Portanto, tendo em vista a nova realidade trabalhista e empresarial, há, sem dúvida, um desafio interessante em nosso país para reorientar a função protetora essencial do direito do trabalho em vista desse objetivo.

Referências bibliográficas

RASO DELGUE, Juan, *Las transformaciones del trabajo*, [consult. 30 mai. 2018], disponível em: www.rau.edu.uy/universidad/inst_derecho_del_trabajo/raso.pdf.

UGARTE CATALDO, José Luis, *Derecho del Trabajo, flexibilidad laboral y análisis económico del Derecho*, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2004.

TACOLI, Cecilia, «Crisis or adaptation? Migration and climate change in a context of high mobility», Environment & Urbanization, vol. 21, n. 2, october, 2009, p. 513-525 [consult. 30 mai. 2018], disponível em: http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0956247809342182.

A CONDENAÇÃO À PENA DE MORTE COMO UMA TÁTICA CONTRA O TERRORISMO

Douglas RIBEIRO WEBER[1]

1. Introdução

Foi no ano de 1867, em Portugal, durante o reinado de Dom Luís, que fora publicada a Carta de Lei que abolia de forma definitiva a pena de morte para todos os crimes civis, avançada pelo então Ministro da Justiça, Dr. Manuel Baptista. Portugal, que já não mais condenava à morte desde 1846, assumiu de forma pioneira a abolição da pena de morte no continente europeu, alinhando-se aos grandes debates históricos, filosóficos, sociológicos e jurídicos acerca da condenação do indivíduo à pena mais grave e severa que já existiu. As ideias de pôr fim à condenação pela pena de morte tiveram sustento pelos juristas criminalistas a partir da obra "Dos Delitos e Das Penas", de Cesare Becaria, precursora em trazer suas proposições políticas, penais, sociais e, como base ao direito penal que restou caracterizada, esculpiu em seu bojo a ideia de preservação dos direitos fundamentais, até então pouco discutidos na esfera penal[2].

[1] O presente artigo intitulado "A condenação à pena de morte como uma tática contra o terrorismo" também foi apresentado na conferência comemorativa aos 150 anos da abolição da pena de morte em Portugal, em 10 de dezembro de 2017, na Escola de Direito da Universidade do Minho, tendo sido, porteriormente, convertido em capítulo do livro *Nos 150 Anos de Abolição da Pena* ***de*** *Morte* ***e****m Portugal (Atas da Conferência Comemorativa no Dia Internacional dos Direitos Humanos de 2018).*

[2] Cf. C. Beccaria, *Dos delitos e das penas*, tradução e notas de Alexis Augusto Couto de Brito, São Paulo, Quartier Latin, 2005; A. Júnior; A. Ribas de Paulo; A. de Castro; A., R. Sontag, *Iluminismo e direito penal*, Florianópolis, Editora Fundação Boiteux, 2009.

Além disso, passou-se a discutir a possibilidade de que a execução do criminoso pela morte era um crime muito mais pesado e violento do que teria ele cometido, sendo reconhecido que este tratamento dado aos criminosos era totalmente equivocado e desumano, eis que, apesar de seus atos, ainda eram seres humanos e deviam assim ser tratados independentemente do que haviam feito.

Para dar início ao tema, trago para consideração o texto utilizado no relatório de proposta de lei para a abolição da pena de morte em Portugal, em que o então Ministro da Justiça relata, dentre outras características, a mudança da sociedade e a necessidade de adequação e revisão das penas ao tempo presente, afirmando:

> *Com o desenvolvimento da civilização dilata-se a força dos governos, armam-se de nossas faculdades os poderes públicos, derrama-se a moralidade, difunde-se a instrução, alarga-se a publicidade, e por tal arte cresce e se levanta o poder da sociedade, que parecia estranha fraqueza declinar para a jurisdição do algoz a decisão do conflito travado entre a inocência e o crime. Que a sociedade se defensa, razão é; mas que podendo defender-se sem imolar à sua conservação a vida dos delinquentes imponha desnecessariamente a pena de morte, não o explica facilmente a ciência penal dos nossos dias*[3].

O século XIX se caracterizou pelas discussões acerca da necessidade de preservação e proteção dos indivíduos em todas as esferas civis e criminais. Conscientizavam-se em torno de ideias trazidas com as revoluções, em especial com a Revolução Francesa e traziam consigo os conceitos mais modernos de direitos fundamentais, como a proteção da vida, a busca pela felicidade, o ideal de julgamento justo e igualitário, dentre tantas outras incursões necessárias ao andamento social da época e da sensibilidade humana.

Entretanto, mais de 150 anos após a abolição da pena de morte em Portugal e em outros tantos países no mundo, um importante facto tem se destacado: a crescente utilização da pena de morte como uma tática contra o terrorismo. Este trabalho tem como objetivo especial lançar uma análise sobre a efetividade das condenações, a possibilidade de êxito ou não de seu uso como um meio contra o terrorismo, as justificativas utilizadas pelos entes estatais e a busca pela melhor resolução desses conflitos.

Busca-se, ainda, com o presente estudo encontrar as justificativas para o uso das condenações e quais os meios e resultados destacados pelos órgãos humanitários, pelos juristas e por aqueles que mais defendem a pena de morte em crimes relacionados ao terrorismo.

---

[3] Cf. Ricardo Fernandes, *A pena de morte de Portugal*, Lisboa, Ordem dos Advogados Portugueses, 1971, p. 20.

2. As atuais percepções abolicionistas e contrárias à pena capital

Ainda tida como um dos maiores acontecimentos jurídicos e sociais da história, a abolição da pena de morte deixou também como legado a possibilidade de reabilitação do apenado, anteriormente não observado justamente por não existir qualquer preocupação com o indivíduo, das razões que o levaram a agir e muito menos a consciência de que a morte dele seria uma continuação da barbárie que teria ele iniciado. Assim, após o surgimento de um cuidado protecional efetivo, a legislação e a doutrina reafirmam o princípio abolicionista de forma a garantir uma ativa recuperação do indivíduo condenado e na recuperação dos criminosos. Neste sentido, o advogado português Ricardo Fernandes assim defendeu sobre a recuperação do criminoso e a reforma trazida pela lei abolicionista da pena de morte:

> *Combate-se agora a criminalidade, sem desprezar a pessoa humana do delinquente, o seu sentido de ser responsável. Tem-se em vista, na pena de prisão, o efeito de readaptação social. Segue-se a corrente moderna penologia, cujo objectivo principal é <<castigar o homem e, ao mesmo tempo, em vez de o perder, ganha-lo de novo para a sociedade>>*[4].

A recuperação dos criminosos, quando efetivamente ocorrida, além da preservação da vida humana, tornou-se de fato uma das maiores riquezas trazidas pelo fim da pena de morte como consequência dos lentos passos que o ordenamento jurídico penal estava a passar. Contudo, como dito, dentre as consequências há de se atentar para o fato de que a consciência criada de que a vida humana deveria ser preservada e de que era duvidosa e ilegítima a crueldade da condenação executada através da morte, foi sem dúvida a maior a vitória da corrente abolicionista. Neste caminhar, percebemos que o tratamento dado à vida humana na época das abolições se coaduna, ainda que ausente de discussão há 150 anos, com o conceito atualmente dado à vida humana como sendo um bem jurídico e que por esta razão necessita da ação do estado para garantir sua inviolabilidade, inalienabilidade e proteção, bem como em relação ao penado, que ainda deve tornar-se sociável perante a sociedade e regenerado, o que inexiste quando há uma condenação fatal.

A proteção da vida humana, sua inviolabilidade e sua característica de bem jurídico encontra discussão e amparo na doutrina moderna com distintas ênfases e encaminhamentos dentro do ordenamento jurídico. A abolição da pena de morte trouxe consigo efetivamente essa proteção da vida humana, que pode assim ser conceituada como uma das primeiras características modernas

[4] Cf. Fernandes, *A pena de morte de Portugal*, op. cit., p. 34.

de proteção dos direitos humanos. Assim, ao discutirmos sobre a proteção e preservação da vida nos dias de hoje e da forma em que isso teria sido edificado, precisamos atentar ao fato de que há uma construção longa de um caminho muito severo, por vezes lento e demasiado custoso para uma sociedade em constante evolução e mudança, nem sempre tão generosas como esperado.

Neste sentido, para fins de percepção e elucidação ao tema aqui proposto, importante lição nos traz o jurista Diogo Leite de Campos sobre o desenrolar dos conceitos de vida e morte recebidos na modernidade, descrevendo como sendo parte de um fenómeno cultural e assim afirmando:

> *Nem a vida nem a morte são "naturais". São completamente "problemas" cuja solução sempre incompleta e transitória só se adquire por experiência e reflexão, de onde decorre a impossibilidade de normas para si mesmo e para os outros. A morte nunca foi um fenómeno meramente biológico, mas sim um fenómeno cultural do âmbito da existência moral*[5].

Outrossim, partindo-se do pressuposto que o conceito de vida evoluiu e com ele surgiu a necessidade de proteção, imperioso colacionar neste passo, o entendimento que é dado pelo jurista alemão Kay H. Schumann sobre a proteção da vida humana pelo direito penal e seu efetivo objetivo:

> *Se percebermos o direito – e em especial o direito penal – como sistema supra-individual de um equilíbrio de interesses no âmbito de uma comunidade social, torna-se manifesta a daí resultante absolutividade da proteção da vida. A tarefa do direito é a de resolver conflitos de interesses, reconhecer os conflitos, dirigir normas de comportamento à sociedade para evitar conflitos e prever reações para o caso da falha do recurso*[6].

Outras fontes também apontam para o tema protecionista, da qual destaco com ênfase e preferência a Constituição da República Portuguesa[7] que prevê em seu texto a inviolabilidade da vida humana, prevendo em seu artigo 24º sobre a proteção à vida, além da inaplicabilidade da pena de morte e o direito à inviolabilidade da vida humana.

---

[5] Cf. Diogo Leite de Campos, «O Estatuto jurídico da pessoa depois da morte», in *Pessoa Humana e Direito*, Diogo Leite de Campos e Silmara Juny de Abreu Chinellato (coords.), Coimbra, Almedina, 2009, p. 56.

[6] Cf. Kay H. Schumann, «A reflexão Binding/Hoche – Simultaneamente uma breve reflexão sobre a protecção da vida em Direito Penal», in *O sentido e o conteúdo do bem jurídico vida humana*, José de Faria Costa e Kindhauser (coords.), Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 53.

[7] Constituição da República Portuguesa disponível em: http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx. [consult. 28 out. 17].

Assim também descreve a jurista Inês Fernandes Godinho que coaduna com o mesmo posicionamento e afirma que "o ordenamento jurídico, o direito, encara a protecção da vida como uma das suas funções axiais. Ilustrativa é a circunstância de, entre nós, a Lei Fundamental indicar como direito fundamental primeiro que "a vida humana é inviolável"[8]. Em outra passagem de seu texto, ultrapassando ainda a necessidade de proteção penal da vida humana pelo direito penal, traz a previsão constitucional do direito à vida e sua proteção como um dos papeis e obrigações do Estado:

> *O direito constitucional à vida é, por isso, não só protecção da <<existência vivente, físico-biológica>>, mas também um direito que se <<impõe contra todos, perante o Estado e perante os outros indivíduos>>.*[9]

Contudo, questionamo-nos se, efetivamente, a vida é mesmo protegida como buscada a partir da abolição de pena de morte? Há ainda um longo caminho para ser percorrido em termos de proteção da vida humana, recuperação de prisioneiros e de atuação dos entes estatais como órgãos compromissados com o respeito e a aplicação de direitos humanos. E neste aspecto, nos deparamos com o fato de que tantos países ainda não exterminaram a pena de morte de suas leis penais e constitucionais e que mesmo após tantos avanços sociais, políticos e jurídicos em busca da proteção integral dos direitos humanos e da vida, mantendo a condenação mais pesada que já existiu e utilizando-a como uma necessidade ou um meio acertado para o combate de determinados crimes. Ou pior, podemos questionar o fato de existir ainda uma opinião popular contrária à abolição, mesmo após tantos anos do fim da condenação em pena de morte. Há de ser ressaltado que países como o Brasil, por exemplo, ainda possuem uma previsão constitucional da pena de morte em casos de guerra declarada, como prevê a Constituição Federal[10] Brasileira em seu artigo 5º, inciso XLVII, alínea "a"[11].

Os países abolicionistas buscavam como consequência da abolição a possibilidade de reabilitação do criminoso e sua entrega à sociedade diferente de como entrou no sistema prisional. Contudo, caminho diferente seguem os Estados que usam e defendem de forma aberta a condenação à pena capital como uma forma de combate ao terrorismo. E efetivamente neste ponto, como respos-

---

[8] Cf. Inês Fernandes Godinho, «Autoderteminação e morte assistida na relação médico-paciente», in *O sentido e o conteúdo do bem jurídico vida humana*, José de Faria Costa e Kindhauser (coords.), Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 57.

[9] Cf. Godinho, «Autoderteminação e morte assistida na relação médico-paciente», op. cit., p. 59.

[10] Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado Federal, 1988, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, [consult. em 28 out. 2017].

[11] Constituição da República Federativa do Brasil - Artigo 5º, XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX" disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, [consult. em 28 out. 2017].

ta antiterrorista, há um maior número de execuções pela condenação à pena de morte no panorama atual da sociedade em relação às execuções e condenações encontradas no mundo inteiro.

Analisando as questões atuais em que esta condenação se encaixa, vislumbra-se a crescente execução de supostos terroristas e criminosos envoltos em casos deflagrados como possíveis ataques terroristas, contrariando todos os conceitos acima trazidos como o de proteção da dignidade da vida humana e sua inviolabilidade, a necessidade de proteção da vida pelo Estado como um dos seus papéis mais importantes perante a sociedade e de como foi demasiado longo o caminho percorrido até a abolição.

3. O terrorismo como uma nova motivação para a utilização da pena de morte

As práticas terroristas ocupam um lugar cada vez maior nos acontecimentos trágicos envolvendo a criminalidade organizada. Um fenómeno crescente, antigo, com diversas fases e ondas de desenvolvimento e que tem atingido a Europa e os Estados Unidos com maior frequência nos últimos anos, acarretando a necessária análise e estudo pelos entes estatais**,** de utilização de meios eficazes contrários ao terrorismo. Se "o terrorismo é a ameaça mais alarmante para a segurança global do século XXI[12]", grande também é a atuação dos Estados e de seus governantes ao buscar formas de combatê-lo.

Alguns pesquisadores e acadêmicos acreditam que o terrorismo é uma violência política e social, outros percebem no terrorismo uma revolução baseada na violência e no sofrimento. Por defender que o terrorismo é acima de tudo uma violência política, alguns estudiosos afirmam que o *modus operandi* dos terroristas consiste na disseminação aleatória do medo e da insegurança, objetivando "efetivar a agenda política que os move":

> *O terrorismo é indiscutivelmente considerado uma forma de violência política. Assim, os mais reacionários preferem defini-lo enquanto violência revolucionária, convenientemente omitindo o facto de que foram os defensores da ordem e do status quo os pioneiros da estratégia, característica de estados totalitários governados por déspotas cujo instrumento de eleição é a repressão, aniquilando a mera possibilidade de oposição de forma a preservar a ordem e o seu lugar no poder. [...] Inversamente, o terrorismo dos movimentos, ou revolucionário, tem*

[12] Cf. Ricardo Manuel Costa Vasconcelos, *Criminalidade organizada em Portugal: um estudo exploratório*, Braga, Universidade do Minho, 2013, p. 28.

> *como principal objetivo pressionar os governos a atenderam aos seus pedidos e reivindicações de forma a operar mudanças no status quo[13]".*

A doutrina atual entende que são duas as principais categorias de resposta ao terrorismo: a primeira, mais firme e que se inutiliza de compromissos ou negociações, recorre a medidas militares para efetivar sua atuação; e uma segunda, mais flexível e diplomática, baseia-se em operações secretas não violentas e trazem em seu escopo muitas medidas de segurança e sanções económicas. Àquela, baseia-se no uso da força, é caracterizada nos ataques punitivos e preventivos, tendo como prática as operações secretas e, em minha percepção, aceitam a pena de morte como uma resposta comum e natural ao terrorismo, partindo da forma em que ela é consolidada em vários países que fazem uso dessa condenação.

Como dito, atualmente nos deparamos com um aumento das condenações à pena de morte no mundo inteiro como uma tentativa de pôr fim aos ataques terroristas e como forma de garantir justiça às vítimas atingidas. Percebemos a partir do que vem sendo divulgado pela mídia, observatórios de direitos humanos e organizações humanitárias que há um aumento gradativo nas ações estatais referente à utilização da pena de morte em casos de condenação a criminosos tidos como terroristas.

De acordo com o divulgado pela Amnistia Internacional, mesmo em países em que a pena de morte já estava abolida de suas legislações, há referência política e sociológica para as condenações à pena capital como forma justa de resposta ao terror:

> *The rise of the armed group calling itself Islamic State, which has sought to internationalise its activities across multiple regions and continents, has attracted particular global attention, giving rise to calls in many countries for an intensified confrontation with such groups and those involved in them. In countries which have abolished the death penalty, some politicians and lawyers have argued for the reinstatement of the death penalty. Attacks on the general population cause terrible suffering to the immediate victims and their families. They can also create a climate of fear in which communities live in terror. Such attacks can never be justified[14].*

---

[13] Cf. Sara Vieira Cruz, *Revisitando a teoria da guerra justa: uma análise das propostas de Michael Walzer e Jeff McMahan*, Braga, Universidade do Minho, 2015, p. 66-67.

[14] Informação disponível na página oficial da Amnistia Internacional: https://www.amnistia.pt/pelo-menos-20-paises-estao-a-usar-a-pena-de-morte-numa-tatica-errada-de-combate-ao-terrorismo/ [consult. 26 out. 2017].

De fato, percebe-se que quando a ameaça consiste na segurança nacional, pouco importa aos governantes se há ataque ou ofensa aos direitos humanos. Em todos os estudos que as organizações humanitárias realizam, podem ser identificadas diversas violações aos direitos fundamentais, que vão da justificativa ao uso da tortura e às violações ao direito internacional. Como exemplo, destaca-se o que vem ocorrendo nos centros de detenção dos Estados Unidos no Afeganistão, e a opinião aberta, clara e firme do atual Presidente dos Estados Unidos da América, Sr. Donald Trump, pela condenação à morte dos investigados e presos por ataques terroristas naquele país, como recentemente declarou para a grande mídia através de seus canais de comunicação[15].

Os estudos feitos pelas ONG´S e centros de estudos voltados ao direito humanitário indicam como sendo a pena de morte uma das formas de condenação mais realizadas nos últimos tempos em todo o mundo**,** e defendido pela opinião popular como um meio acertado na resolução desses casos. O inevitável é que a condenação à pena capital vem tomando um espaço pelos governantes como sendo uma prática justificável, acertada, e uma consequência válida ao terrorismo, mesmo sendo a execução do criminoso pela morte um crime pior do que teria sido o por ele cometido, afrontando os princípios humanitários. Apesar dos atos cometidos, o criminoso ainda é um ser humano e assim deve ser tratado. Entretanto, quando os representantes dos povos, eleitos por eles, instigam determinas violências e ofensas aos direitos já adquiridos, estamos diante de um dos maiores problemas atuais: o retrocesso dos direitos protetivos à vida humana e à preservação, bem como a ausência de limites para o alcance e atuação dos direitos humanos.

Estudos recentes divulgados pela Amnistia Internacional identificam que 140 (cento e quarenta) países no mundo inteiro são já abolicionistas e com mudanças refletidas em suas legislações ou ausência de condenações à pena fatal. Desses 140 países, 103 já aboliram a pena de morte para todos os crimes, incluindo os oriundos de ataques terroristas. Em contrapartida, a abolição total parece um avanço longe de ser alcançado em outros 25 países que realizaram execuções no ano de 2015 e outros 58 (cinquenta e oito) países que mantêm a pena em seus ordenamentos jurídicos e nas suas legislações penais. A pesquisa relata ainda que "os cinco países que mais pessoas executaram em 2015 foram: China, Irão, Paquistão, Arábia Saudita e Estados Unidos – por esta ordem[16]".

---

[15] Amanda Mars, «Trump quer pena de morte para terrorista de Nova York», *El País*, 02.11.2017 [consult. em 28 out. 2017], disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/01/internacional/1509566514_440373.html.

[16] Informação disponível na página oficial da Amnistia Internacional, sob o título *Pelo menos 20 países estão a usar a pena de morde numa tática errada de combate ao terrorismo*, disponível em: https://www.amnistia.pt/pelo-menos-20-paises-estao-a-usar-a-pena-de-morte-numa-tatica-errada-de-combate-ao-terrorismo/ [consult. 26 out. 2017].

A Amnistia identificou no ano de 2016 que em pelo menos 20 países, pessoas foram condenadas à pena de morte como forma de condenação por crimes e ações relacionadas ao terrorismo: "Arábia Saudita, Argélia, Bahrein, Camarões, Chade, China, Egito, Emirados Árabes Unidos, Estados Unidos, Índia, Irão, Iraque, Jordânia, Kuwait, Líbano, Paquistão, República Democrática do Congo, Somália, Sudão e Tunísia"[17].

Dados relevantes também divulgados pela organização não-governamental, órgão que intensificou os estudos sobre o uso da pena de morte como uma resposta contra o terrorismo, informam que mesmo nos casos de crimes cometidos em grande escala, a condenação à morte foi descartada, sendo o caso de países como a Alemanha, a Bósnia, Camboja e África do Sul, por exemplo. A comunidade internacional descartou tal pena como uma opção válida de sentença em tribunais internacionais para crimes que envolvam o genocídio, crimes oriundos de guerra e crimes contra a humanidade. Isto porque, não há respaldo de que a condenação à pena capital possa surtir algum efeito destrutivo ao terrorismo e este é outro ponto que merece destaque, pois caracteriza uma justificativa falsa de quem a aplica dessa forma:

> *There is no evidence that the death penalty deters violent crime more effectively than alternative punishments. It does not tackle the root causes of violent armed attacks. By highlighting terrorism-related offences on the World Day Against the Death Penalty, Amnesty International appeals to policy-makers around the world not to allow state policies to be driven by the strong reactions that understandably emerge in the aftermath of violent attacks and to take all steps within their power to confine the use of the ultimate cruel, inhuman and degrading punishment to history.*

O que pode ser observado nos países que condenam a pena de morte em casos de crimes e ações decorrentes de atentados terroristas é o fato de entenderem que tal condenação funciona como uma tática eficaz de combate e de diminuição dos atentados. Todavia, tal prática mostra-se ano após ano equivocada e distante do fim pretendido. Pelo contrário, como a utilização de condenação à pena fatal**,** estamos dando continuidade a uma prática desumana, desonrosa, violadora e impulsionadora de um novo *ciclo de violência* sem fim. Enquanto leis são criadas e/ou modificadas e diversas comissões ao longo do mundo estudam os fatores que levam às práticas terroristas e objetivam efetivamente levar ao fim e ao cabo suas ocorrências, a condenação em pena de morte não é nem de longe o caminho correto a ser adotado pelos Estados.

---

[17] Países que condenam à pena de morte em crimes relacionados ao terrorismo conforme pesquisa da Amnistia Internacional, disponível em https://www.amnistia.pt/pelo-menos-20-paises-estao-a-usar-a-pena-de-morte-numa-tatica-errada-de-combate-ao-terrorismo/ [consult. 26 out. 2017].

Em outubro de 2016 quando comemorado o 14º aniversário de celebração da abolição da pena de morte na maior parte do mundo, o foco principal dado pela Amnistia Internacional foi relacionado aos ataques terroristas e ao crescente aumento das condenações à pena de morte. De acordo com o artigo apresentado pelo órgão abolicionista e defensor dos direitos humanos, desde os ataques terroristas o aumento das condenações à pena capital também retomou um crescimento exponencial, sendo inclusive debatido e novamente defendido por juristas e políticos:

> *The rise of the armed group calling itself Islamic State, which has sought to internationalise its activities across multiple regions and continents, has attracted particular global attention, giving rise to calls in many countries for an intensified confrontation with such groups and those involved in them. In countries which have abolished the death penalty, some politicians and lawyers have argued for the reinstatement of the death penalty*[18].

Ao ser utilizada como uma tática antiterrorista pelos governos, a resposta dada à sociedade é de que a punição tende a resolver o problema, servindo de dissuasão aos ataques terroristas. Entretanto, em nenhum dos casos já ocorridos nos países atacados e que os agressores foram presos, podem ser encontradas provas reais de que a pena de morte possui um resultado mais poderoso do que qualquer outra punição quando usada na luta contra o terrorismo:

> *A series of authoritative studies conducted for the United Nations in regions around the world have repeatedly found that the death penalty does not have a greater deterrent effect on crime than a term of imprisonment. The most comprehensive survey of research findings carried out by the UN on the relationship between the death penalty and homicide rates concluded: "...research has failed to provide scientific proof that executions have a greater deterrent effect than life imprisonment. Such proof is unlikely to be forthcoming.*

Outrossim, destaco como principal razão pela falência do argumento utilizado pelos Estados e Governos, de acordo com o que também é defendido pela ONU e pela Amnistia Internacional, o fato de que os terroristas são treinados a atingir sua finalidade independente do que ocorra com suas próprias vidas. Ainda que seja doloroso afirmar tal posicionamento, os registros históricos relatam que os terroristas são motivados por uma ideologia extremista e estão preparados inclusive para a morte a fim de atingir seus objetivos, o que também ficou evidenciado nos últimos ataques e na última onda terrorista.

---

[18] Informação disponível na página oficial da Amnistia Internacional, disponível em http://www.amnistia.pt/wp-content/uploads/2017/06/AIbriefing_2016_World_Day_Against_the_Death_Penalty.pdf, [consult. 26 out. 2017].

Logo, uma condenação à pena de morte não possui o condão de desencorajar o ato ou de dissuadir o criminoso. Ao contrário, pode até mesmo ser percebido como um resultado esperado e isso não é capaz de identificar qualquer progresso ou justificativa na condenação à pena de morte como uma forma contrária ao terrorismo.

Em outros casos, a pena de morte novamente se mostra como desarrazoada e equivocada em virtude do meio judicial e político em que ela é realizada e julgada. No Paquistão, por exemplo, há indícios de corrupção e julgamentos injustos incapazes de promover qualquer manutenção da paz ou de ser sinônima de justiça. Em 2015, Sultana Noon, escritora paquistanesa e pesquisadora da Amnistia Internacional divulgou em um tabloide paquistanês o estudo feito enquanto visitava uma prisão onde encontravam-se os presos condenados por terrorismo e que aguardavam a execução através da morte. De acordo com pesquisadora, muitos são os fatores que justificam a abolição da pena, principalmente nos casos analisados com o enfoque do terrorismo:

> *What makes the use of the death penalty in Pakistan particularly troubling is the many violations of fair trial rights. The judicial system is riddled with flaws — defendants often lack adequate access to legal counsel, 'evidence' extracted through torture is used as a basis for convictions, corruption is rife, and groups protected under international law, such as juveniles or persons with mental or intellectual disabilities, are often sentenced to death*[19].

De outro lado, há quem entenda que a política contra o terrorismo utilizada pelos estados e pelas agências estatais como o Departamento de Estado Americano ou a CIA (Central Intelligence Agency), não pode ser considerado também um ato terrorista ou uma continuidade do ataque terrorista sofrido. Interessante as palavras do Professor Robert Goodin ao analisar o quão conveniente pode ser a atuação do referido departamento ou da CIA nesses casos, as quais entendo como cabíveis neste raciocínio:

> *[...] sob ela, não importa o que façam, tais agências nunca estão a cometer atos terroristas. Podem prestar todo o apoio, seja aberta ou clandestinamente, a grupos de insurgentes que o praticam de forma sistemática contra os seus compatriotas na tentativa de derrubar o governo. Mas o departamento de estado ou a CIA não estariam a cometer terrorismo eles mesmos, nem pode dizer-se que são cúmplices do terrorismo de outros. Conveniente: muito conveniente*[20].

---

[19] Cf. Sultana Noon, «Death Penalty: the human tragedy behind the numbers», *The Express Tribune*, 01.08.2015 [consult. 23 out. 2017], disponível em: https://tribune.com.pk/story/929979/death-penalty-the-human-tragedy-behind-the-numbers/.

[20] Cf. Robert E. Goodin, "*What' s wrong with terrorism?",* UK, Polity Press, 2006, p. 54.

Percebo que, ao serem utilizadas as repostas brutais e firmes ao terrorismo, inclusive com a utilização da condenação à pena de morte, há uma continuidade ao terrorismo iniciado. Isto é, há a formação de um ciclo de violência, efetivado a partir da execução e da tortura. Compartilhando o resultado apontado pelo estudo técnico publicado pela Amnistia "where governments present the death penalty as a solution to armed and other violent attacks they are not basing this on any solid evidence"[21]. Ao ser efetivada tal condenação, estamos diante de vingar a morte com a morte e presenciamos não uma forma de buscar a origem do terrorismo e dê pô-lo fim a partir de um efetivo e concreto estudo, mas sim uma prática ineficaz e desumana.

4. Conclusão

Se "o ser humano é pessoa, valor fundamental do direito. E por ser pessoa é ser titular de direitos e deveres"[22], a proteção da vida é direito intrínseco, inviolável e inalienável. Sendo assim, quando a vida de alguém passa a ser discutida em razão de suas atitudes e desafiada pelos chefes executivos, há de ser questionado se aqueles motivos ensejadores da abolição como se deu em Portugal há 150 anos, por exemplo, perderam-se no tempo e na atuação de cada ente governamental. Sendo o direito à vida o início do campo de atuação dos direitos fundamentais dentro de um ordenamento jurídico, "o respeito à pessoa humana é, assim, o marco jurídico, o suporte inicial que justifica a existência e admite a especificação dos demais direitos, garantida a igualdade de todos perante a lei, como expresso no preâmbulo da Constituição[23]".

O caminho esperado para a resolução dos conflitos e a condenação dos criminosos envoltos nos ataques terroristas, tido como válido e correto, vem sendo também defendido pela Anistia Internacional e tantos outros órgãos abolicionistas. Como visto acima, não há qualquer indício de que as condenações resultaram na diminuição dos casos, quiçá do combate. Também não há provas concretas de que a pena de morte causa algum efeito diferente do que outras penas, como a de prisão, por exemplo.

O papel esperado a qualquer governante é o de que julgue, busque os motivos, investigue a situação, respeite os pactos e tratados do direito internacional, mas que não dê continuidade ao ciclo de terror e violência causados pelos

[21] Informação disponível na página oficial da Amnistia Internacional: http://www.amnistia.pt/wp-content/uploads/2017/06/AIbriefing_2016_World_Day_Against_the_Death_Penalty.pdf, [10.11.2017], p. 8.

[22] Cf. Francisco Amaral, «O dano à pessoa no direito civil brasileiro», in *Pessoa Humana e Direito*, Diogo Leite de Campos e Silmara Juny de Abreu Chinellato (coords.), Coimbra, Almedina, 2009, p. 123.

[23] Cf. Amaral, «O dano à pessoa no direito civil brasileiro", op. cit., p. 127.

ataques terroristas. A busca por informações e o entendimento dos casos em concreto ainda são as melhores formas para a resolução dos conflitos, razão pela qual a pena de morte está longe de ser tida como uma prática antiterrorista, como assim também defendem os órgãos abolicionistas:

> *[…] when security threats are involved, governments too often respond in ways which undermine human rights. In recent years, Amnesty International has documented a wide range of practices that are inconsistent with human rights, including attempts to justify the use of torture […]. In other contexts, state responses to concerns over security have intensified existing patterns of human rights violations or have sought to justify new abusive practices carried out in the name of security. The death penalty is the ultimate sanction that a state can impose; it is a cruel, inhumane and degrading punishment, denying people the human right to life that governments often resort to in times of perceived national crisis, to demonstrate their "strength" in dealing with threats*[24].

Neste sentido, a partir dos estudos realizados e dos casos concretos que a Amnistia Internacional teve acesso, mesmo a pena de morte sendo uma das condenações mais graves impostas aos indivíduos, a atuação dos governos tem descartados os direitos humanos e realizado na prática o que há tanto tempo vem sido rechaçado, como um retrocesso sem limites e fatal, não só para quem o sofre, mas para a sociedade a qual o condenado pertence.

A condenação à pena de morte remete-nos ao total descumprimento dos ideais que culminaram em sua abolição em diversos lugares do mundo, visto que não há como se falar em ressocialização do apenado ou em regeneração do homem. É afrontar os ideais de Beccaria e de tantos outros juristas e cientistas políticos e sociais que deram razão à abolição há mais de 150 anos. Além disso, condenar alguém à pena mais grave que já existiu é violar o princípio da dignidade da pessoa humana e tudo o que ele representa e protege.

Em um contexto mundial temos como decrescente as condenações à pena de morte, sendo que mais da metade dos países do globo aboliram esta sanção. Contudo, o notável crescimento da utilização dessa penalidade nos casos contra o terrorismo torna a comemoração do fator descrente impossível de ser realizada, retornando as discussões aos séculos passados, retrocedendo em garantias fundamentais, avanços, consciência politizada e social.

Existindo uma resposta conciliatória cuja principal característica é a diplomacia aliada às reformas sociais e concessões, além da existência de uma resposta legal ao terrorismo baseada na investigação criminal e no cumprimento da

---

[24] Informação disponível na página oficial da Amnistia Internacional: http://www.amnistia.pt/wp-content/uploads/2017/06/AIbriefing_2016_World_Day_Against_the_Death_Penalty.pdf, p. 5, [consult. 22 out. 2017].

lei, estas, de longe, podem ser tidas como corretas. Eis que respeitam o direito internacional e a cooperação internacional. Sendo tais medidas as mais protetivas e adequadas à consolidação e respeito aos direitos humanos.

Por fim, compartilho o desejo humanitário de que haja um julgamento efetivamente justo para todos os casos, seja em atentados terroristas ou em crimes que não resultem na ruptura da vida humana. Que os responsáveis sejam encaminhados ao judiciário a partir de processos e de condenações que atendam aos padrões internacionais de proteção à vida e respeito aos direitos humanos.

Como dito, espera-se dos Estados um encaminhamento da resolução dos conflitos terroristas consubstanciado na firmeza de um julgamento justo e capaz de responsabilizar o agressor, dar justiça às vítimas e pôr fim ao ciclo de violência presente no terror dos ataques. Mesmo que a condenação à pena capital seja considerada uma importante e exitosa tática contra o terrorismo, ainda seria uma prática violadora aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana, ainda seria uma pena cruel, degradante, violenta e, portanto, inaceitável também como forma de combate ao terrorismo.

Referências bibliográficas

AMARAL, Francisco, «O Dano à Pessoa no Direito Civil Brasileiro», in *Pessoa Humana e Direito*, Diogo Leite de Campos e Silmara Juny de Abreu Chinellato (coords.), Coimbra, Almedina, 2009.

BECCARIA, C., *Dos delitos e das penas*, tradução e notas de Alexis Augusto Couto de Brito, São Paulo, Quartier Latin, 2005.

CAMPOS, Diogo Leite de, «O estatuto jurídico da pessoa depois da morte», in *Pessoa Humana e Direito*, Diogo Leite de Campos e Silmara Juny de Abreu Chinellato (coords.), Coimbra, Almedina, 2009.

CRUZ, Sara Vieira, *Revisitando a teoria da guerra justa: uma análise das propostas de Michael Walzer e Jeff McMahan*, Braga, Universidade do Minho, 2015.

FERNANDES, Ricardo, *A pena de morte de Portugal*, Lisboa, Ordem dos Advogados Portugueses, 1971.

GODINHO, Inês Fernandes, «Autoderteminação e morte assistida na relação médico-paciente», in O *sentido e o conteúdo do bem jurídico vida humana*, José de Faria Costa e Kindhauser (coords.), Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

GOODIN, Robert E., *What' s wrong with terrorism?*, UK, Polity Press, 2006.

JÚNIOR, A.; RIBAS DE PAULO, A.; DE CASTRO, A.; SONTAG, R., *Iluminismo e Direito Penal*, Florianopolis, Editora Fundação Boiteux, 2009.

MARS, Amanda, «Trump quer pena de morte para terrorista de Nova York», *El País*, 02.11.2017 [consult. em 28 out. 2017], disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/01/internacional/1509566514_440373.html.

NOON, Sultana, «Death Penalty: the human tragedy behind the numbers», *The Express Tribune*, 01.08.2015 [consult. 23 out. 2017], disponível em: https://tribune.com.pk/story/929979/death-penalty-the-human-tragedy-behind-the-numbers/.

SCHUMANN, Kay H, «A reflexão Binding/Hoche – Simultaneamente uma breve reflexão sobre a protecção da vida em direito penal», in *O sentido e o conteúdo do bem jurídico vida humana*, José de Faria Costa e Kindhauser (Coords.), Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

VASCONCELOS, Ricardo Manuel Costa, *Criminalidade organizada em Portugal : um estudo exploratório*, Braga, Universidade do Minho, 2013.

A MÃE INFRATORA DA COLÔNIA PENAL FEMININA DO RECIFE: A DISSOCIAÇÃO ENTRE AS LEIS E A REALIDADE

Maria Luíza MARANHÃO DIAS CABRAL[1]

1. Introdução

A evolução da sociedade, mais notadamente a partir do final da Idade Moderna, contribuiu para que as mulheres iniciassem um processo mais organizado de luta por igualdade de gênero. As mulheres passaram a ocupar novos espaços nunca antes imaginados e o desenvolvimento dos centros urbanos fez crescer vertiginosamente a criminalidade feminina.

Dentro desse contexto, deu-se início também ao processo de institucionalização do cárcere feminino em todo mundo, pois até então, as prisões eram preparadas tão somente para receber homens delinquentes.

Em sua origem, o sistema prisional feminino foi administrado pelas freiras da Congregação do Bom Pastor, fundada na França em 1835 por Santa Maria Eufrásia Pelletier. E, mais tarde, regulamentado integralmente pelo próprio Estado.

Em Pernambuco, estado situado no Nordeste do Brasil, são cinco as unidades prisionais destinadas às mulheres infratoras, dentre as quais terá destaque no presente artigo a Colônia Penal Feminina do Recife (CPFR).

[1] Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) - Recife-PE - mluiza_maranhao@hotmail.com.

No âmago do cárcere feminino, até o momento presente, ecoam as sequelas provenientes do nascimento de um sistema que foi pensado, em sua origem, sem qualquer perspectiva de gênero.

A maternidade, assim definida como estado, qualidade de mãe, é uma experiência quase que indissociável da qualidade de mulher, independentemente de ser esta mulher socialmente e juridicamente rotulada como transgressora da lei.

A escolha do tema se deu em detrimento da relevância e da repercussão de todas as problemáticas relativas às constantes violações dos direitos fundamentais dessas mães infratoras, quase sempre submetidas a uma situação carcerária degradante, que lhes fere a dignidade humana e acaba por transcender sua esfera pessoal, resultando em evidentes prejuízos para seus respectivos filhos.

Nesse diapasão, buscou-se estudar a realidade das mães infratoras privadas liberdade no ambiente da Colônia Penal Feminina sob a ótica da legislação brasileira com o objetivo de constatar se o tratamento dispensado pelo Estado está em adequação com a vontade do legislador.

Para tanto, a metodologia empregada na fase investigatória procedeu-se por meio da pesquisa bibliográfica, estudo descritivo da legislação pátria e estudo de caso.

2. Perfil da Mãe Infratora

De acordo com o primeiro Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen Mulheres 2014)[2], realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) do Ministério da Justiça, o Brasil conta com uma população carcerária de 37.380 mulheres (cf. BRASIL, 2015, p. 5).

Entre os anos de 2000 e 2014, período compreendido no relatório, o aumento da população carcerária feminina foi de 567,4%. A título de comparação, a média de crescimento da população masculino foi de 220,20% no mesmo período (cf. BRASIL, 2015, p. 5).

O levantamento constatou uma taxa de crescimento constante no encarceramento de mulheres, tanto que, atualmente, o Brasil apresenta a quinta maior população carcerária feminina do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, China, Rússia e Tailândia (cf. BRASIL, 2015, p. 8).

Ao traçar o perfil demográfico e sociocultural das mulheres encarceradas, o supramencionado levantamento se vale dos seguintes fatores: nível de escolari-

[2] O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN-MJ) publicou, em 2015, o "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres – Junho de 2014", última grande produção de dados oficiais e sistemáticos sobre o encarceramento de mulheres no Brasil.

dade, cor, faixa etária, estado civil, natureza da prisão, tipo de regime e os crimes pelos quais foram condenadas.

Cumpre anotar que, em junho de 2014, três entre cada dez mulheres presas estavam custodiadas antes mesmo de suas condenações, o que se traduz, em números, em 11.269 mulheres (cf. BRASIL, 2015, p. 20).

Entre as infratoras privadas de liberdade, 63% foram condenadas a pena de até oito anos, daí já nota-se uma desconformidade com a legislação que prevê, para esses casos, os regimes iniciais semiaberto e aberto (cf. BRASIL, Decreto-lei nº 2.848, 2018, art. 33). Paradoxalmente, tem-se que 45% do total das mulheres encarceradas estavam cumprindo pena em regime fechado.

No que tange à faixa etária, o levantamento demonstrou que 50% dessas mulheres têm entre 18 e 29 anos (cf. BRASIL, 2015, p. 22). Em relação à etnia, entre cada três mulheres presas, duas são negras, contabilizando 67% do total.

Ao categorizá-las de acordo com o estado civil, o estudo constatou que 57%, das mulheres encarceradas são solteiras. Ao passo em que 26% delas vivem em união estável (cf. BRASIL, 2015, p. 25).

Quanto ao grau de escolaridade, pode-se afirmar que apenas 11% da população carcerária feminina concluíram o ensino médio e 4% do total são analfabetas. A metade, sequer concluiu o ensino fundamental e apenas 1% possuem formação superior.

Por fim, o relatório demonstra que os registros das ações penais pelas quais respondiam as mulheres privadas de liberdade naquele período, algumas delas ainda respondendo processos e outras já condenadas, refletem que o crime de tráfico de drogas é o de maior incidência, ocupando o primeiro lugar, com percentual de 68%. Em seguida, têm-se os crimes contra o patrimônio, a exemplo do furto e do roubo (cf. BRASIL, 2015, p. 29).

Nesse sentido, com base em todos os dados coletados, o relatório apontou para um perfil comum entre as mulheres encarceradas no país, concluindo que:

> *Em geral, as mulheres submetidas ao cárcere são jovens, têm filhos, são as responsáveis pela provisão do sustento familiar, possuem baixa escolaridade, são oriundas de estratos sociais desfavorecidos economicamente e exerciam atividades de trabalho informal em período anterior ao aprisionamento. (BRASIL, 2015, p. 5).*

As mulheres infratoras, que são também mães, não fogem à regra. Em sua maioria, estão presas devido ao tráfico de drogas e aos crimes contra o patrimônio, motivadas, inicialmente, por questões de ordem econômica.

Há uma notável evolução da estrutura familiar no Brasil e a família monoparental feminina é uma forma de organização familiar que ocupa posição de destaque em crescimento quantitativo (cf. BRASIL, 2015, *on-line*).

Ocorre que, o constante desenvolvimento econômico e intelectual faz surgir novas ideologias e costumes, o que reflete diretamente na dinâmica das relações em sociedade. O que aqui se busca destacar é o cenário que se fixou a partir do século XIX, quando as mulheres começaram a ocupar espaço social, com participação cada vez maior no mercado do trabalho, o que reverberou, também, nas novas formas de constituição de família.

Até mesmo pela faixa etária e pela condição social das mulheres presas, muitas delas já possuíam filhos antes de terem a liberdade restringida, a maioria foi presa ainda grávida, e outras engravidaram no cárcere, seja em virtude de uma relação sexual ocorrida nas visitas íntimas - ainda que raras -, seja nas ocasiões das saídas temporárias.

Entre essas mulheres, um sentimento em comum é a dor da separação. É que, sendo a mulher a única responsável pela manutenção financeira, material e emocional da família, seu afastamento do lar pela restrição da liberdade faz gerar uma série de incertezas quanto ao destino e o amparo de seus filhos (cf. SILVA, 2015, p. 13).

A maior tristeza está no fato dessas mães não poderem acompanhar o crescimento de seus filhos, participar de fases importantes de suas vidas e, por conseguinte, não tendo elas cumprido seu papel na educação convencional, tornarem-se apenas uma vaga lembrança estampada em fotografias ou esperança de reencontro.

A relação entre mães e filhos é, sem dúvida, uma das mais importantes no desenvolvimento de um indivíduo e o cárcere torna, muitas vezes, difícil sua manutenção. Às que são presas grávidas ou engravidam aprisionadas, a certeza de que chegará o momento da separação. Às que já possuíam filhos, toda a problemática é relativa ao regime de visitação e, ainda, o abandono.

3. Um Breve Histórico das Prisões Femininas

O baixo índice de criminalidade entre as mulheres fez com que, durante séculos, os Estados se mantivessem alheios à necessidade de criação de sistemas prisionais voltados exclusivamente para mulheres.

No ano de 1645, foi criado o primeiro presídio feminino do qual se teve notícia no mundo, denominado *The Spinhuis,* situado na capital holandesa Amsterdã. Mais tardiamente, no século XIX, foi criada *Mount Pleasant Female Prision,* a primeira penitenciária feminina dos Estados Unidos, na cidade de Nova York, que permaneceu sendo a única do gênero no país até 1870 (cf. ANDRADE, 2011, p. 23).

No mesmo contexto, surgiram as casas de correções, também chamadas de reformatórios, lideradas pela Congregação de Nossa Senhora da Caridade do

Bom Pastor[3], irmandade religiosa fundada num convento de Angers, na França, em 1835, por Santa Maria Eufrásia Pelletier.

A Congregação do Bom Pastor atuou na administração de cárceres femininos nos quatro continentes do globo, desde o início do século XIX até final do século XX (cf. KARPOWICZ, 2016, p. 2).

Frise-se que, essas casas de detenções eram entidades semiautônomas, não sujeitas à regulação estatal, funcionando à margem do sistema carcerário formal e não eram apenas destinadas às infratoras, também abrigava mulheres pobres, bêbadas, prostitutas, "mal comportadas", por assim dizer, as que não respeitavam os maridos e os pais ou as de ideologia mais ousada, dentre outras chamadas pela sociedade de "desajustadas".

A institucionalização do encarceramento feminino no Brasil foi iniciada na década de 1930, em virtude de uma realidade que mostrava a necessidade do Estado tomar para si a responsabilidade pela regulamentação das cadeias femininas e da separação de homens e mulheres dentro do espaço prisional.

As fortes transformações sociais ocorridas a partir do século XVIII influenciaram todo o esteio da sociedade mundial, que pouco a pouco foi tornando-se cada vez mais complexa. O capitalismo e o desenvolvimento dos centros urbanos fizeram crescer também os conflitos entre os indivíduos que disputavam recursos em face do sistema.

Nesse sentido, pôde-se observar um aumento vertiginoso da criminalidade, inclusive entre as mulheres que, dentro desse contexto, passaram a se envolver com mazelas sociais de caráter criminógeno.

Não obstante, o fator determinante para que o Estado passasse a se preocupar com a situação das presas se sobressai ao aumento considerável de detenções. Àquela altura já estava evidenciada a urgência na separação, sobretudo visando atender às necessidades provenientes da condição do gênero feminino.

A primeira penitenciária feminina foi fundada apenas no ano de 1937 pela Congregação, sob a denominação de Instituto Feminino de Readaptação Social, vindo, mais tarde, em abril de 1970, a se chamar Penitenciária Feminina Madre Pelletier, em homenagem à Madre fundadora da Congregação.

Com um modelo de internato religioso, cuidando dos "bons costumes" e da "moral", as freiras buscavam, sobretudo, a conversão das mulheres estigmatizadas como sendo aquelas que não eram adaptadas aos padrões sociais, promovendo forte vigilância quanto à sua sexualidade.

---

[3] Na França, chamada de Notre-Dame de Charité du Bon Pastor D'Angers.

Para a maioria das mulheres infratoras, a Madre Pelletier era mais que uma prisão, era um espaço de tortura, no qual, após ingressarem, tornavam-se invisíveis.

Até então, as mulheres brasileiras condenadas por cometer crimes cumpriam suas penas em cadeias mistas. Por cadeias mistas entendam-se presídios masculinamente mistos, afinal o sistema prisional foi criado e desenvolvido por homens e para homens.

Não havia qualquer regulamentação legal que exigisse que as celas fossem separadas em contingentes femininos e masculinos, de modo que, a prática se dava conforme os desígnios das autoridades responsáveis no ato da prisão e de acordo com as condições físicas para tal (cf. ARTUR, 2009, p. 1).

Heidi Ann Cerneka, coordenadora da Pastoral Carcerária, indagou sobre o tema "para o Estado e a sociedade, parece que existem somente 440 mil homens e nenhuma mulher nas prisões do país. Só que, uma vez por mês, aproximadamente 28 mil desses presos menstruam." (apud QUEIROZ, 2017, folha de epígrafe).

Então, foi a partir da década de 1930, o Estado começou a promover algumas reformas com a finalidade de regulamentar em caráter geral as prisões brasileiras.

O governo federal, por sua vez, de pronto, implementou o Regimento das Correições[4], que pretendia reorganizar e disciplinar os serviços da Justiça; criou o Fundo e o Selo Penitenciário, atual Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), cuja finalidade era arrecadação de verba para as reformas; aprovou o Código Penitenciário da República, legislação subsidiária ao Código Penal, que tinha como fim unificar a forma de tratamento prisional; e, por fim, em 1940, criou o novo Código Penal (cf. ARTUR, 2009, p. 2).

Quarenta e quatro anos mais tarde, foi aprovada pelo então Presidente da República, João Figueiredo, a Lei nº 7.210/84, chamada de Lei de Execução Penal (LEP), que tem como preceito maior o respeito dos direitos dos condenados e o alcance da ressocialização pelos apenados.

Esses diplomas legais acabaram por fazer incontestável a obrigação do Estado na separação dos estabelecimentos prisionais segundo o gênero.

Destarte, deu-se início ao processo de tomada de medidas efetivas para acomodação legal de mulheres infratoras, de modo que, a preocupação em dar um tratamento digno a essas mulheres passou a ser uma constante por parte do poder público.

---

[4] Decreto elaborado pelo interventor do estado de São Paulo, o Coronel João Alberto Lins de Barro, em 1930 e tinha o intuito de arrecadar dinheiro e impostos com vistas a investimentos nas prisões.

De acordo com o Relatório Mulheres, resultado de pesquisa do Ministério da Justiça de 2010, há, no Brasil, 508 unidades prisionais com mulheres encarceradas; destas, somente 58 são exclusivamente femininas e 450 são compartilhadas entre homens e mulheres (cf. PASTORAL CARCERÁRIA, 2012, *on-line*).

No estado de Pernambuco, as mulheres infratoras são distribuídas em 5 unidades prisionais, das quais são exclusivamente femininas: a Colônia Penal Feminina do Recife (CPFR) – O Bom Pastor, a Colônia Penal Feminina de Abreu e Lima (CPFAL) e a Colônia Penal Feminina de Buíque (CPFB).

4. A Dissociação Entre a Proteção Legal da Maternidade da Mulher Presa e a Realidade da Mãe Infratora da Colônia Penal Feminina do Recife (CPFR)

O retrato da mulher presa em Pernambuco muito tem a dizer sobre o insucesso do Sistema Penal brasileiro. É que, um Estado Democrático e Social de Direito, assim definido por meio de uma Carta Maior de viés essencialmente democrático, somente estará concretizado quando, além das prestações positivas que servem para assegurar um mínimo existencial aos seus tutelados, estabelece um Direito Penal Democrático como *ultima ratio*.

A realidade social brasileira é, sem dúvida, a principal causa da delinquência. O país, embora designado Estado Democrático de Direito, tem falhado manifestadamente em seu papel assistencial, figurando entre os dez países mais desiguais do mundo, segundo o *ranking* de desigualdade social da ONU.

O art. 1º da Constituição Federal brasileira de 1988 estabelece que o Estado Democrático de Direito tenha fundamento na dignidade da pessoa humana, tendo uma base principiológica pautada na proteção dos direitos e garantias que objetivam a sua concretização e que se caracterizam pela universalidade, a inviolabilidade e a historicidade.

Ingo Wolfgang Sarlet traz o conceito jurídico de dignidade da pessoa humana:

> *Qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais elementos humanos (2008, p. 63).*

Os direitos fundamentais estão reunidos em três gerações ou dimensões. A primeira abrange os direitos individuais, civis e políticos; a segunda, os sociais, econômicos e culturais; e, por fim, os difusos e coletivos. Dentre esses, guardam pertinência com o presente trabalho, principalmente, os direitos individuais à vida, à igualdade e à dignidade e o direitos sociais à maternidade e à infância.

O art. 5º da Constituição Federal destaca o direito à vida como valor supremo da ordem constitucional, sendo a vida o bem jurídico tutelado de maior relevância, uma vez que dá sentido a todos os demais direitos.

O direito à igualdade, por sua vez, visa assegurar que todos os indivíduos sejam tratados de forma isonômica em todos os sentidos, dentre os quais o gênero e socioeconômico. Todavia, mister salientar que, a igualdade que se busca aqui é uma igualdade além da formal, de modo que se permite tratar com desigualdade os desiguais à maneira de sua desigualdade no intuito de que seja efetivamente alcançada uma igualdade material.

Nesse sentido, legitima-se a necessidade de um intervencionismo do Estado Democrático de Direito para garantia dessa condição.

Um país que se rege por princípios e direitos fundamentais, mas que não respeita a dignidade humana tem grandes chances de que seus cidadãos estejam fadados à marginalidade. No Brasil não poderia ser diferente.

Esse estado de constante afronta ao direito humano é o que esta autora entende como causa social original, primária, da delinquência feminina.

De dimensão social, o direito à proteção da maternidade e da infância está incluso na segunda geração de direitos fundamentais, que veio a caracterizar uma nova compreensão de relacionamento entre sociedade e Estado, tendo sido imposto a este último um papel ativo na justiça social (cf. MENDES; BRANCO, 2013, p. 137).

O direito à proteção à maternidade e à infância é garantido pela seguridade social, em seu ramo da previdência social, conforme prevê o art. 201, II, da Constituição Federal (cf. BRASIL, 2018, *on-line*). Assim também o é pela assistência social, por meio da qual o Estado visa atender às necessidades básicas do indivíduo e que, segundo o art. 203, I da CF, tem como alguns de seus objetivos a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice (cf. BRASIL, 2018, *on-line*).

Hans Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito* (1987), apresenta o formato de hierarquização das normas de um país. Para Kelsen, a Constituição Federal se apresenta como lei suprema do Estado no campo do direito positivado que forma o sistema jurídico do país, ao qual a referida norma confere validade e também prevê os fundamentos de existência àquelas acima transcritas (cf. KELSEN, 1999).

Seguindo a sistemática do ordenamento jurídico nacional, serão analisados inicialmente os direitos previstos na Constituição Federal, Constituição do Estado de Pernambuco, o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com destaque também para Regras e Tratados dos quais o Brasil é signatário.

No escopo da temática aqui abordada, merece destaque a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, que foi ratificado pelo país em 25 de setembro de 1992, tendo o Congresso Nacional aprovado pelo Decreto Legislativo de nº 27 de 26 de maio de 1992 e seu cumprimento determinado pelo Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992 (cf. CUNHA; BALUTA, 1999, p. 23).

O Pacto de São José da Costa Rica tem como finalidade precípua a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, independente de sua nacionalidade, tanto no seu próprio Estado de origem, quanto nos demais Estados internacionais. Desse modo, ao aderirem ao tratado, os Estados assumem várias obrigações com os indivíduos que estejam sob sua jurisdição.

O tratado é reconhecido no Brasil como sendo integrante de seu ordenamento jurídico constitucional e, portanto, os direitos humanos definidos no tratado demandam aplicação imediata.

Apesar de o Estado brasileiro possuir uma agenda política pautada na defesa dos direitos da pessoa humana, a realidade carcerária da CPFR destoa.

O perfil da mãe infratora do Bom Pastor se coaduna com o perfil geral das mulheres encarceradas. São, em maioria, mulheres jovens, de etnia negra, com baixo nível de escolaridade, pobres e enquadradas, principalmente, em crimes que guardam relação como o tráfico de drogas e contra o patrimônio.

Daí a conjectura de que o sistema punitivo atual adota uma política criminal discriminatória e seletiva, impactando de forma desproporcional as mulheres pobres e suas famílias, em uma constante ofensa ao princípio da isonomia.

Esse perfil denuncia que o Estado Maior, neste esteio representado em segundo plano pelo Estado de Pernambuco, tem falhado em seu papel assistencialista, dando vez a um alto índice de desigualdade, ou melhor, a um verdadeiro abismo social.

Nessa esfera, insta trazer à tona a questão da educação, que cumpre importante função social e cuja falta ou carência constitui um dos fatores exógenos de criminalidade já mencionados.

Das mães infratoras do Bom Pastor à ocasião da visita, todas possuíam ensino médio incompleto e algumas delas sequer haviam concluído o ensino fundamental.

Dentro do contexto de proteção à figura da mulher e do princípio da individualização da pena, a CF traz a previsão de que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, em razão da natureza do delito, da idade e do sexo do apenado.

Na ordem estrutural, CPFR se serve a cumprir o preceito constitucional, também reproduzido pela legislação penal infraconstitucional, que impõe que as penas devem ser cumpridas em estabelecimentos distintos em razão do sexo do apenado e da idade, tendo em vista que a unidade é exclusivamente feminina e as mulheres lá detidas já ultrapassam a maioridade.

Entretanto, falha no critério "natureza do delito", pois atipicamente abriga mulheres em regime sumário, semiaberto e fechado. Cumpre dizer que este cenário, no qual infratoras não sentenciadas dividem o mesmo espaço físico com mulheres já condenadas pela justiça criminal, afronta diretamente o princípio da presunção da inocência.

Como reflexo dessa irregularidade, tem-se um *déficit* de 484 vagas na unidade, denotando as graves violações de direitos humanos sofridas por estas mulheres, pois é objetivamente impossível que essas mulheres estejam abrigadas adequadamente nesse cenário de superlotação.

No que tange à garantia do direito à maternidade:

> *A Constituição Federal de 1988 inovou ao prever a garantia de condições de permanência da presidiária com seus filhos durante o período de amamentação. Pelo princípio da simetria correlacionado ao modelo constituinte brasileiro, as constituições estaduais refletiram essa regra (VENTURA; SIMAS; LAROUZÉ, 2015, p. 611).*

Frise-se que, este é um direito elencado no extenso rol de direitos e garantias do art. 5º da Carta Maior, mais especificamente em seu inciso cinquenta.

Ademais, no mesmo rol do art. 5º, a CF prevê, da mesma forma que o faz o Pacto de São José da Costa Rica, que a pena não passará da pessoa do condenado, materializando o principio da responsabilidade pessoal corolário dos princípios da individualização e intranscendência da pena, informando que a pena não pode transcender a uma pessoa além do próprio indivíduo apenado.

Insta dizer que, embora as mães infratoras tenham transgredido a lei penal, sua prole não pode receber nenhum tipo de dano ou punição em nenhuma hipótese. A violação desse direito pode, conforme a previsão legal, ensejar a reparação do dano.

A realidade da CPFR demonstra que ausência de condições propícias para o desenvolvimento da criança não só afeta sua capacidade de aprendizagem e de socialização, como também vulnera gravemente seus direitos constitucionais, legais e convencionais.

Aliás, contrariamente, o Estado deve envidar esforços para minimizar a experiência do cárcere para a criança, pois, conforme supramencionado, a CF traz em seu bojo o dever do Estado na proteção da família, materializando, na lei, o seu papel garantidor.

Em se tratando dos direitos da prole da mãe infratora, cumpre destacar o art. 227, *in verbis:*

> *Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 2018, on-line).*

Por ser este um impositivo que se consubstancia em um direito constitucional, é que se determina, no âmbito do sistema carcerário, que a interrupção dessa convivência familiar, sendo ela por meio de visitas ou até mesmo por meio virtual e por contato telefônico, nunca poderá ser utilizada como forma de punição disciplinar (cf. DEPEN, 2016, p. 16).

> *Quando se discute a importância do fortalecimento da convivência familiar e comunitária, observa-se na particularidade de mulheres encarceradas que a sentença a elas atribuída reflete diretamente em seus vínculos familiares, especialmente nas situações em que têm filhos nascidos nas unidades prisionais. (SÃO PAULO, 2015, p. 1).*

No mesmo sentido o art. 19 do Pacto de São José da Costa Rica que dispões que "toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da família, da sociedade e do Estado" (CUNHA; BALUTA, 1999, p. 203).

As Regras de Bangkok se traduzem como Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. São normas de caráter internacional que constituem uma diretriz legítima para as políticas públicas a serem adotadas pela Sociedade Internacional, traçada na ocasião da 65ª Assembleia da ONU.

As regras se revelaram como principal marco normativo internacional a abordar essa problemática e propõem olhar diferenciado para as especificidades de gênero no encarceramento feminino.

> *Dentre os relevantes aspectos ponderados pelo documento, destacamos a garantia da não utilização das algemas durante o parto e puerpério. É fundamental que isso seja observado no atendimento cotidiano às mulheres grávidas nos estabele-*

> *cimentos de saúde, como condição basilar de valorização de sua dignidade (PASTORAL CARCERÁRIA, 2012, p. 2).*

O parto marca um período importantíssimo na formação do vínculo mãe-bebê, é um momento que a psicologia entende como sendo determinante na qualidade da ligação afetiva que irá se estabelecer entre esses sujeitos. O primeiro contato físico, momento de identificação recíproca e despertar dos primeiros estímulos sensoriais e emocionais da criança (cf. SÃO PAULO, 2015, p. 6).

Por tudo isso, em respeito à dignidade dos sujeitos mãe e criança como protagonistas desse momento que requer uma atmosfera mais sensível e humana.

É justamente buscando dar sustentabilidade e garantia a todos os direitos até então aqui expostos que as Regras de Bangkok evidenciam a necessidade de se preconizar dar preferência às penas não privativas de liberdade ou à prisão domiciliares às mulheres infratoras gestantes e com filhos menores.

É da legislação penal pátria, onde se pode extrair um maior número de dispositivos que guardam relação com o tema do presente trabalho.

O Código Penal vigente foi criado por meio do Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940, assinado pelo então presidente Getúlio Vargas durante o período do Estado Novo.

Ainda na Exposição de Motivos da reforma de sua Parte Geral, esta datada de 13 de julho de 1984, os responsáveis pelo projeto entenderam por bem homenagear o princípio da individualização da pena sob uma ótica mais abrangente do que àquela antes restrita à aplicação do *quantum* penal. Tudo isso, no intuito de oferecer uma gama de possibilidades à melhor aplicação da lei penal no seu mais precioso preceito ressocializador.

O art. 37 da Parte Geral abarca a regra do regime especial direcionado à mulher alicerçado na CF, determinando que "as mulheres devem cumprir pena em estabelecimento próprio, observando os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal [...]" (BRASIL, 2018, *on-line*).

Por direitos inerentes à sua condição pessoal compreendem-se todos aqueles provenientes de sua condição de mulher, incluído o direito à maternidade.

O Código Processual Penal, criado pelo Decreto-lei 3.689 de 13 de outubro de 1941 até data recente não trazia em seu bojo qualquer previsão legal que amparasse a mãe infratora. Limitava-se, porém, a garantir que as mulheres fossem internadas em estabelecimento próprio ou em seção especial no âmbito da execução das medidas de segurança.

Somente no ano de 2016, com alteração promovida pela Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016, denominada de Estatuto da Primeira Infância, foi que o Código de Processo Penal passou a prever em seu art. 318 que, o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for gestante ou mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos (cf. BRASIL, 2018, *on-line*).

Nesses casos:

> *Após a prisão em flagrante ou por mandado, a mulher, caso deseje, deve poder realizar teste de gravidez antes da realização da audiência de custódia, para que possa lhe ser aplicada medida cautelar alternativa à prisão, conforme estabelecido pelo artigo 318, III e IV do Código de Processo Penal (DEPEN, 2016, p. 9).*

Mais uma vez, o legislador buscou preconizar a manutenção da convivência familiar entre a mãe infratora e sua prole.

Recentemente, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, o órgão de cúpula do Poder Judiciário, a quem compete, precipuamente, a guarda da Constituição, conforme definido no art. 102 da Constituição da República, concedeu, no último dia 20 de fevereiro de 2018, ordem, no bojo do *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641-SP de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda.

Dentre os fundamentos, estão todos os pontos de dissociação da realidade carcerária feminina e da legislação constante do ordenamento jurídico pátrio, sobretudo a evidência que a manutenção de prisão preventiva de mulheres e de suas crianças em ambiente inadequado e superlotado afronta sistematicamente os princípios da intranscendência, segundo o qual a pena não pode passar da pessoa do condenado, e da primazia dos direitos da criança.

Coloca, pois, em enfoque uma possível saída para o cenário até então paradoxal (a separação dos sujeitos *versus* a institucionalização da criança) construído pelo ordenamento jurídico: a possibilidade de se deferir a prisão domiciliar à mãe infratora.

Na ocasião da visita de campo, ocorrida em janeiro de 2018, haviam 11 internas gestantes e cinco mães infratoras acompanhadas de seus bebês.

Por ter como escopo basilar a regulamentação da execução das penas e das medidas de segurança, a Lei de Execução Penal (LEP) é, sem dúvida, a codificação que traz mais proteções à maternidade e outros direitos a ela correlatos.

Datada de 11 de julho de 1984, demonstra, em sua Exposição de Motivos, a preocupação na efetivação dos princípios e regras internacionais sobre os direitos da pessoa presa fazendo referência às Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos da ONU, cujo reconhecimento coloca como sendo de exigência fun-

damental para o atual cenário de revisão de métodos e meios de execução penal (cf. BRASIL, 2018, ponto 41, *on-line*).

Em seu capítulo II, a LEP trata das variadas espécies de assistência de dever estatal. Nesse sentido, tem-se que a assistência material prevista no art. 12 da lei deve compreender o fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas (cf. BRASIL, 2018, *on-line*).

Não é prestada pelo Estado a assistência material adequada para atender às necessidades básicas das mães infratoras e de suas crianças que juntos estão também sob a tutela estatal, restando a essas recorrerem à ajuda de suas famílias e da sociedade civil atuante nessa causa.

O art. 14 dispõe, em seu parágrafo 3º, com redação determinada pela Lei nº 11.942 de 28 de maio de 2009, que "será assegurado acompanhamento médico para a mulher, principalmente no pré natal e pós parto, extensivo ao recém nascido" (BRASIL, 2018, *on-line*).

Conforme explanado supra, o direito à saúde é garantido constitucionalmente e deve ser usufruído por todas as mulheres, estando ou não cumprindo a pena privativa de liberdade.

As disposições legais da referida lei foram criadas justamente no intuito de assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência.

O art. 120 resguarda o direito da criança que necessite de internação ou de tratamento médico ser acompanhada de sua mãe, desde que esta tenha permissão do diretor do estabelecimento no qual se encontre privada de liberdade (cf. BRASIL, 2018, *on-line*).

Das mães infratoras da CPFR, todas afirmaram ter chegado gestantes à unidade, disseram que tiveram acompanhamento pré-natal e pós-parto dentro da CPFR, à exceção das sessões de ultrassom, que eram realizadas em hospital público externo. Todas as consultas ocorrem dentro da ala do berçário.

Muito embora a carência na prestação de assistência médica não tenha sido uma reclamação pontual na unidade, a prestação precária acaba por ferir não só os direitos da mulher, mas passam a influenciar no quadro geral de saúde pública e infringir o direito de prioridade absoluta da proteção integral da criança.

Insta salientar que essa assistência não se reduz a oferecer os cuidados médicos necessários, vai além, exige a capacidade estrutural de oferecer ambiente confortável que proporcione uma permanência saudável tanto para mãe como para seu bebê durante esse período, uma alimentação adequada, bem como a viabilização de outros fatores condicionantes de um desenvolvimento saudável.

A LEP traz, ainda, no âmbito assistencial, a garantia de assistência jurídica integral e gratuita a cargo da Defensoria Pública com arrimo nos princípios constitucionais do acesso à justiça, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Na CPFR, a assistência jurídica é prestada por duas defensoras públicas e duas advogadas contratadas pelo estado duas vezes na semana.

A assistência social garantida pela LEP em seus arts. 22 e 23 guarda relação relevante com o presente tema, servindo para orientar e contribuir para a perfeita harmonia entre o preso, seus familiares e o Estado; para a reativação dos laços familiares entre o preso, sua família e amigos; para proporcionar a integração social (cf. NUNES, 2016, p. 56).

Pode-se afirmar que o capítulo da lei que trata das assistências cumpre seu papel muito timidamente, principalmente no que tange à assistência social. Foi muito simplista o legislador ao dedicar apenas dois dispositivos à complexidade de funções inerentes a esta estrutura assistencial.

No âmago desse paradoxo que permeia a relação e mãe e filhos no cárcere, ordinariamente, é o setor psicossocial o principal organismo atuante nesse âmbito dentro de uma unidade prisional.

Por concentrar tantas incumbências, reveste-se da qualidade interdisciplinar no exercício de seu papel fundamental na construção e manutenção dos vínculos desses sujeitos.

É a equipe responsável pela assistência social, juntamente com a diretoria das unidades, que irá impulsionar todo esse processo de ressignificação da maternidade no seio do sistema carcerário.

Dentre suas incumbências, tem-se a orientação e auxílio da mãe infratora a favorecer a manutenção e desenvolvimento de seus vínculos familiares, a regulamentação das visitas, a construção de sua identidade como mulher e mãe, o amparo na tomada de decisões, sobretudo no momento da separação, dentre outros serviços e programas socioassistenciais.

Em consonância com o fundamento constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana, a LEP impõe em seu art. 40 a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios (cf. BRASIL, 2018, *on-line*).

Dentre os direitos do preso listados no rol do art. 41 da lei, destacam-se no bojo do presente trabalho: o direito à alimentação suficiente e vestuário; à assistência material, à saúde, jurídica, educacional social e religiosa; visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; o chamamento nominal; igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individu-

alização da pena; atestado de pena a cumprir emitido anualmente (cf. BRASIL, 2018, *on-line*).

O parágrafo 2º do art. 83 da LEP, com redação determinada pela Lei nº 11.942 de 28 de maio de 2009, exige que os estabelecimentos destinados a mulheres sejam dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo até seis meses de idade (cf. BRASIL, 2018, *on-line*).

Por seu turno, o art. 89 com redação também alterada pela Lei nº 11.942 prevê, *in verbis*:

> *Art. 89 Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.*
>
> *Parágrafo único: São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo:*
>
> *I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e*
>
> *II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável (BRASIL, 2018, on-line).*

Esta alteração promovida pela lei de 2009, além de obrigar à criação em todos os presídios femininos do país de seção destinada, exclusivamente, à parturiente e à gestante, transformou em norma cogente a existência de creches e de berçários nas unidades prisionais femininas, o que antes era facultativo.

A imposição legal que diz respeito à instalação de creches nas unidades prisionais femininas possibilita que a criança permaneça sob os cuidados maternos durante boa parte de sua infância.

Na colônia, a seção destinada às gestantes e parturientes não oferece condições dignas de higiene e conforto necessários para mulheres que se encontrem nesta condição, infringindo os preceitos constitucionais de vedação de penas cruéis e do respeito à integridade física e moral da presa mãe.

Existe uma ala reservada ao berçário, onde ficam três celas, cada uma delas com um banheiro, e um espaço reservado para atendimento médico, que se traduz em atendimento pediátrico, ginecológico, clínico, odontológico, além da enfermaria.

A CPFR não conta com obrigatória estrutura de creche para abrigar as crianças que tenham idade de seis meses a sete anos cuja responsável estiver presa, muito menos atendimento pessoal qualificado para este fim.

Assim, em que pese à legislação penal e as recomendações do sistema de saúde que evidenciam a importância do aleitamento materno, os bebês são obrigados a desmamar aos seis meses improrrogáveis.

Diante dessa carência estrutural, os seis meses previstos na legislação acabou por converter-se em parâmetro máximo de estadia da criança no cárcere. Conforme já narrado, o elemento mais problemático dessa saída é a forma abrupta como a separação corpórea entre mãe infratora e filho se realiza.

Os impactos desse acontecimento traumático sobre a saúde psicológica das mães encarceradas não são dos melhores.

É que essa separação precede-se de um convívio de seis meses intensos com suas crianças, quando passam a viver nas celas lotadas na ala do berçário, isoladas dos demais espaços de convivência da unidade, dedicando-se exclusivamente ao cuidado dos recém-nascidos.

De igual maneira, são evidentes os impactos no corpo físico e psíquico das crianças que passam a viver dia após dias imersos num estado de ansiedade na esperança de voltar a ter contato direto com suas genitoras.

Contrario sensu, a cartilha de diretrizes para convivência mãe e filho no sistema prisional elaborada pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), vai além, amplia esse prazo de convivência e busca garantir que sejam levadas em considerações as especificidades de cada caso durante todo o processo.

Constrói essas diretrizes de forma inovadora, estabelecendo que seja assegurado um prazo mínimo de um ano e meio de convivência.

Por sua vez, o art. 83, parágrafo 3º, da LEP, afirma que os estabelecimentos penais destinados às mulheres devem ter agentes exclusivamente do sexo feminino (cf. BRASIL, 2018, *on-line*).

Contra legem, na unidade, operam agentes do sexo masculino.

O art. 88 da LEP traz em seu parágrafo único os requisitos básicos da unidade celular, cuja área mínima deve ser de 6m² e a salubridade pela concorrência de fatores de areação, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana (cf. BRASIL, 2018, *on-line*).

O ambiente da CPFR de modo geral, é organizado, embora as celas pareçam não cumprir os requisitos de um ambiente saudável. O que, por não ter a autora efetivamente adentrado nas celas das presas que não estavam grávidas e por não conhecimento técnico adequado, não se pode efetivamente afirmar.

Diante de tudo o que foi exposto, tem-se que, embora paire uma atmosfera de boa vontade por parte dos gestores e servidores do Bom Pastor, o tratamento dado às internas é, sobretudo, materialmente deficiente, em virtude do que, em alguns pontos, fere flagrantemente os princípios norteadores desse sistema ressocializador.

5. Conclusão

Diante de tudo o que foi elucidado no presente trabalho, restou evidenciado uma conjuntura prática em que há um descumprimento sistemático de regras constitucionais, convencionais e legais referentes aos direitos das mães infratoras e de seus filhos, não só no âmbito da unidade Colônia Penal Feminina do Recife (CPFR) ou Bom Pastor, mas em caráter nacional.

Demonstrou-se que, não obstante o vasto conjunto de previsões legais que visam proteger à maternidade e os direitos da mulher mãe infratora e de sua prole, essas garantias não vêm sendo respeitadas pelas autoridades responsáveis pelo sistema prisional do país. Há, na realidade, um cenário de constante afronta aos direitos e garantias fundamentais desses envolvidos.

Esse cenário, por todo o perfil e construção então traçados, remete a um Sistema Penal fracassado, pautado no que se conhece por "cultura do encarceramento", cuja aplicação tem contribuído para uma estrutura deficitária e totalmente deturpada de seu papel ressocializador.

O perfil da mãe infratora permite listar inúmeros fatores, endógenos e exógenos, que contribuem para aumento da criminalidade geral no país, dentre os quais importa destacar, no contexto Brasil e regional (Pernambuco), o fator sócio econômico.

A desigualdade social, o baixo índice de escolaridade, o desemprego, a carência nas prestações de serviços básicos de saúde, transporte, saneamento e segurança pública, dentre outros, remontam a uma sistemática de marginalização imoral das massas pobres.

Contraditoriamente, o Estado Social e Democrático de Direito tem como seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade justa, livre, solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos sem discriminação de qualquer natureza. Tudo isso posto com clareza pela Constituição Federal de 1988.

Para tanto, exige-se do Estado, uma vez investido de poder pelo povo que o legitima, o cumprimento de seu papel prestacional, intervindo com o fim de superar tantas desigualdades e a concretização da efetiva igualdade e da liberdade de seus tutelados.

Perceba-se que, por outro lado, ao Estado nada obsta quando se vale de seu poder punitivista para cobrar dessas pessoas marginalizadas o estrito cumprimento da lei. Utiliza-se de um direito penal do terror, autoritário, que se consubstancia em verdadeiro instrumento de opressão e higienização, no qual põe o infrator como inimigo da sociedade.

Ocorre que, dentro de todo esse contexto, está também inserida a mulher, mãe e infratora que, quase sempre passa a delinquir para promover sua própria

subsistência e de sua prole, pois muitas vezes é chefe de família monoparental feminina e não vê outra alternativa quando o Estado não lhe tem assegurado sequer um mínimo existencial.

No escopo do presente artigo, constatou-se a iminente afronta aos direitos fundamentais mais básicos dessas mães infratoras, como a proteção à dignidade da pessoa humana, a isonomia e a liberdade. Sobre essa última, destaca-se o alarmante índice de prisões de mulheres antes de serem condenadas nos processos criminais em que estão sendo acusadas da prática delitiva. Uma flagrante violação, também, ao principio penal da presunção da inocência.

Na Colônia Penal Feminina do Recife esse quadro não é diferente, onde boa parte das internas está aguardando julgamento.

Recentemente, tanto a alteração promovida pela Lei nº 13.257 de 8 de março de 2016 no Código de Processo Penal, bem como a concessão do *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641-SP de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, membro do Supremo Tribunal Federal, parecem anunciar uma mudança de perspectiva para essas mães infratoras, no sentido de preconizar medidas despenalizadoras e alternativas à prisão sempre que apropriado e possível.

Dessa maneira, ainda que a legislação disponha sobre a possibilidade de substituição - o que não as defere, portanto, um direito subjetivo - as violações a tantos outros direitos faz razoável que essas mães infratoras deixem de ser penalizadas também pela falta de estrutura estatal adequada para salvaguardar seus direitos de pessoa humana.

Assim, coloca-se em destaque o papel do Poder Judiciário em exercer sua função típica revestida por uma ótica mais humana, pautada na proteção da maternidade e do melhor interesse da criança.

Em contrapartida, no que tange à aplicação dessa prerrogativa, tem-se o obstáculo ao acesso à justiça, que guarda relação novamente com os fatores econômicos, sociais e culturas e acabam por tornar uma constante esse estado de violação de direitos.

É que, por ser aquele já mencionado o perfil das mães infratoras no estado, dificilmente essas mulheres podem contar com uma assistência jurídica de advogados privados, ficando, por isso, na dependência da atuação da Defensoria Pública do Estado que, pelos mais diversos motivos, é muitas vezes ineficaz e insuficiente.

Saliente-se que, no âmbito da Colônia Penal Feminina do Recife, a maioria das mães e gestantes estão presas por crimes relacionados ao tráfico de drogas e crimes patrimoniais, delitos que, em regra, não envolvem violência nem grave ameaça a pessoa.

A problemática é tão recorrente, que o Brasil vem sendo amplamente rechaçado pela Sociedade Internacional que nas devidas ocasiões sempre tem pontuado a urgência por um olhar mais atento à problemática do cárcere no país, recomendando formas alternativas de lidar com mulheres infratoras.

Resta, pois, acompanhar como se dará o deslinde da aplicação do julgado, que vem oferecer uma saída ao paradoxo (separação dos sujeitos *versus* institucionalização da criança), em atendimento às recomendações internacionais contra o uso de prisão as mulheres mães infratoras.

Mas não é só integridade física que é violada pela deficiência da unidade prisional feminina, que quase nunca obedece na integralidade os requisitos e condições estruturais previstos na legislação para acolher as especificidades do gênero.

Observa-se que a sentença atribuída a essas mulheres reflete diretamente em seus vínculos familiares, especialmente nas situações em que têm filhos nascidos nas unidades prisionais.

O ponto é que, essas violações de direito acabam por adentrar numa outra esfera subjetiva, que é a pessoa humana dos filhos, cuja existência e dignidade jamais poderiam ser atingidas pela condenação de suas genitoras.

Não obstante, a realidade destoa. Ao tratar dessa afronta aos direitos e garantias inerentes à maternidade, duas individualidades se põem como sujeitos.

Dentro desse contexto de precariedade estrutural e aparato necessário à garantia dos direitos da mãe infratora e de sua criança, conclui-se que uma melhor possibilidade de exercício de maternidade ocorrerá sempre fora da prisão. Reforçada, portanto, a importância de, numa crescente busca por uma maior igualdade de gênero, se conferir atenção especial a essas mães infratoras.

Referências Bibliográficas

ANDRADE, Bruna Soares Angiotti Batista, *Entre as Leis da Ciência, do Estado e de Deus: o surgimento dos presídios femininos no Brasil,* São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, 2011, Dissertação de Mestrado.

ARTUR, Angela Texeira, «Anais do XXV Simpósio Nacional de História – História e Ética», *Presídio de Mulheres: as origens e os primeiros anos de estabelecimento,* Simpósio Nacional de História, 25, Fortaleza, ANPUH, 2009, [consult. 26 out. 2017], disponível em: anais.anpuh.org/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S25.0925.pdf.

BITTAR, Eduardo C. B.; FERRAZ, Anna Candida da Cunha (org.), *Direitos Fundamentais: positivação e concretização*, São Paulo, Edifieo, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de Direito Constitucional*, 8. ed., São Paulo, Saraiva, 2016.

BRASIL, *Constituição (1988)*, Planalto, Brasília, DF, 5 out. 1999 [consult. 03 fev. 2018], disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL, *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*, Dispõe sobre o Código Penal, Planalto, Brasília, DF, 7 dez. 1940 [consult. 03 fev. 2018], disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm.

BRASIL, *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*, Dispõe sobre o Código de Processo Penal, Planalto, Brasília, DF, 3 out. 1941 [consult. 03 Fev. 2018], disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm.

BRASIL, *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*, Institui a Lei de Execução Penal. Planalto, Brasília, DF, 11 jul. de 1984 [consult. 02 fev. 2018], disponível em: www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L7210.htm.

BRASIL, *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*, Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e dá outras providências. Planalto, Brasília, DF, 13 jul. 1990, [consult. 22 fev. 2018], disponível em www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm.

BRASIL, *Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016*, Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, a Lei no 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei no 12.662, de 5 de junho de 2012. Planalto, Brasília, DF, 8 mar. 2016 [consult. 03 fev. 2018], disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015- 2018/2016/lei/l13257.htm.

CUNHA, J.S F.; BALUTA, José A, *O processo penal à luz do Pacto de São José da Costa Rica*, Curitiba, Juruá, 1999.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, *Diretrizes para a Convivência Mãe-filho/a no Sistema Prisional*, Brasília, Ministério da Justiça, 2016 [consult. 01 abr. 2018], disponível em: www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/mulheres-1/normativos.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, *Levantamento Nacional de informações penitenciárias*, INFOPEN, Brasília, Ministério da Justiça, junho de 2014, [consult. 12 out. 2017], disponível em: www.justica.gov.br/noti-

cias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf/view.

KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, 6. ed., São Paulo, Martins Fontes, 1998.

KARPOWICZ, Débora Soares, «Prisões Femininas No Brasil: Possibilidades de Pesquisa e de Fontes», in *Encontro Estadual de História da ANPUH RS: Ensino, Direito e Democracia*, UNISC, Santa Cruz do Sul. 2016 [consult. 26 out. 2017], disponível em: www.eeh2016.anpuh-rs.org.br/resources/anais/46/1469038254_ARQUIVO_ArtigoANPUHRegional-Final.pdf>.

NUNES, Adeildo, *Comentários à Lei de Execução Penal*, 1. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, «Regras de Bangkok: Regras das Mínimas para o Tratamento das Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres que Cometem Crimes», *Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos*, Brasil, 2016 [consult. 15 mar. 2018], disponível em: www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf.

PASTORAL CARCERÁRIA, *Relatório de Mulheres Presas*, São Paulo, 2012 [consult. 14 out. 2017], disponível em carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/relatorio-mulherese-presas_versaofinal1.pdf.

QUEIROZ, Nana, *Presos que menstruam*, 7. ed., Rio de Janeiro, Record, 2017.

RIO DE JANEIRO, *Decreto nº 24.797 de 14 de julho de 1934*, Cria o sello penitenciário e dá outras providências, Câmara dos Deputados, Rio de Janeiro, RJ, 14 jul. 1934 [consult. 14 out. 2017], disponível em: www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-1441-8-fevereiro-1937-458648-publicacaooriginal-1-pe.html.

SÃO PAULO, *Decreto nº 4.786 de 3 de dezembro de 1930*, Estabelece o regimento das correições, Secretaria da Justiça e Segurança Publica do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 3 dez. 1930 [consult. 14 out. 2017], disponível em: www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1930/decreto-4. 12.1930.html.

SÃO PAULO, *Mães no Cárcere: observações técnicas para a atuação profissional em espaços de convivê*ncia de mulheres e seus filhos, São Paulo, 2015 [consult. 01 abr. 2018], disponível em: www.saude.sp.gov.br/ses/perfil/cidadao/areas-tecnicas-da-sessp/saude-das-populacoes-privadas-de-liberdade/saude-do-sistema-penitenciario/cartilha-maes-no-carcere.

SARLET, Ingo Wolgfang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 6. Ed., Porto Alegre, Imprenta, 2008.

SILVA, Amanda Daniele, *Mãe/mulher atrás das grades: a realidade imposta pelo cárcere à família monoparental feminina*, São Paulo, Cultura Acadêmica, 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *HABEAS CORPUS: 143.641 SP*, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJ 20/02/2018, JusBrasil, 2018 [consult. 26 fev. 2018], disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC-143641final3pdfVoto.pdf.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; LAROUZÉ, Bernard, «Maternidade atrás das grades: em busca da cidadania e da saúde. Um estudo sobre a legislação brasileira», *Cad. Saúde Pública*, [online], 31 v., n. 3, 2015, p. 607-619 [consult. 15 jan. 2018], disponível em: www.scielo.br/pdf/csp/v31n3/0102-311X-csp-31-03-00607.pdf.

ANÁLISE DO ACÓRDÃO "C-111/17 PPU" DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA SOBRE RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇA

José Antonio CORDEIRO DE OLIVEIRA[1]

1. Os fatos e os fundamentos jurídicos apresentados no acórdão C-111/17 do Tribunal de Justiça da União Europeia[2]

O italiano 'OL' e a cidadã grega 'PQ' se casaram em 2013 e, desde então, residiram na Itália. Até que 'PQ' engravidou e, em fevereiro de 2016, o casal, em comum acordo, foi para Atenas (Grécia) para que 'PQ', já com 8 meses de gravidez, desse à luz a filha do casal. Eles acordaram também que depois do parto 'PQ' ficaria um tempo na Grécia e depois voltaria pra Itália com sua filha. Tudo correu conforme combinado e depois do parto 'OL' regressou para Itália enquanto que a filha do casal permaneceu com sob a guarda e cuidado da mãe, na Grécia.

[1] Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade do Minho/Portugal. Advogado especialista em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal, em Direito Previdenciário pela Faculdade Maurício de Nassau/Brasil e em Direito Eleitoral pela Faculdade Reinaldo Ramos/Brasil. Graduado em Direito na Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas/Brasil. E-mail: zeantonio23@gmail.com.

[2] O texto na íntegra do acórdão proferido pela quinta secção do TJUE, em 08 de junho de 2017, encontra-se disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=191309&mode=req&page Index=1&dir=&occ=first&part=1&text=superior%2Binteresse%2Bda%2Bcrian%25C3%25A7a&doclang=PT&cid=1894390#Footnote* [consult. 05 dez. 2017].

No processo, há relatos de que 'OL' consentiu que 'PQ' e sua filha permanecessem na Grécia até maio de 2016 e depois regressassem para Itália, todavia 'PQ', em maio de 2016, decidiu, unilateralmente, permanecer na Grécia com sua filha. Por outro lado, 'PQ' contesta dizendo que não atribuíram data para retorno à Itália. Além disso, ela informou que 'OL' as visitou em maio e junho de 2016, tendo acordado entre si que passariam as férias de verão na Grécia.

Em julho de 2016, 'OL' protocolou ação judicial de divórcio no Tribunal de Ancona[3], Itália, Estado-Membro de sua residência habitual, e, cumulativamente, requereu a guarda exclusiva de sua filha, com o regresso da criança, além do direito de visita pela mãe e do dever de ser prestados alimentos à filha.

O Tribunal local se declarou incompetente para decidir sobre a responsabilidade parental da criança, sob a alegação de que a mesma sempre residiu num Estado-Membro diferente da Itália. 'OL' recorreu da decisão ao Tribunal de Recurso de Ancona e este decidiu decretar o divórcio do casal, mas não se manifestou sobre o exercício da responsabilidade parental da criança.

Paralelo a isso, 'OL' ingressou com pedido de regresso da criança no Tribunal de Primeira Instância de Atenas[4], Grécia, o qual entendeu que a criança não foi deslocada de um Estado-Membro pra outro, mas que ela foi retida ilicitamente pela sua mãe na Grécia, sem o consentimento do pai.

Segundo o acórdão, em caso semelhante, o Tribunal de Primeira Instância de Atenas entende que existem violações dos direitos dos pais quando uma criança nasce em um lugar, que não tem ligação com a residência habitual dos pais, e depois é retirada ou retida (ilicitamente) por um deles. Inserindo assim no regresso da criança previsto na Convenção de Haia de 1980 e pelo Regulamento n.º 2201/2003 (Regulamento Bruxelas II-A). Ressaltando ainda que se deve observar preferencialmente a intenção dos pais quando vai se determinar a residência habitual de um recém-nascido ou de uma criança lactante.

Entretanto, o Tribunal de Primeira Instância de Atenas decidiu suspender a instância e submeter, ao Tribunal de Justiça da União Europeia, a seguinte questão prejudicial:

> *Que interpretação deve ser dada aos termos "residência habitual", na acepção do artigo 11.°, n.° 1, do [Regulamento n.° 2201/2003], no caso de uma criança em idade lactente que, devido a circunstâncias fortuitas ou por motivo de força maior, nasceu num lugar que não é aquele que os seus progenitores, que exercem conjuntamente as responsabilidades parentais, tinham previsto para a sua residência habitual e que, desde então, está retida ilicitamente por um dos seus progenitores no Estado em que nasceu, ou que foi deslocada para um Estado*

[3] Tribunale ordinario di Ancona.

[4] Monomeles Protodikeio Athinon.

terceiro[?] Mais especificamente, a presença física é sempre uma condição prévia necessária e evidente para determinar a residência habitual de uma pessoa, designadamente de um recém-nascido?

Conforme pode se observar no Acórdão em estudo, vários são os fundamentos jurídicos invocados pelas partes envolvidas, todavia alguns se destacam e servem de fundamento em seus argumentos. Destacam-se a Convenção sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Criança (Convenção de Haia de 1980)[5], nomeadamente os artigos 3.º, 8.º e 11.º, além do Regulamento nº 2201/2003 (Regulamento Bruxelas II-A)[6], nomeadamente os considerando 12 e 17, artigos 2.º, 8.º e 10.º

2. As conclusões do advogado-geral Nils Wahl[7] e a decisão do tribunal

Inicialmente o advogado-geral observa que não houve deslocação geográfica da criança entre a Itália e a Grécia, mas, mesmo assim, 'OL' apresentou pedido de regresso da criança à Itália, Estado-Membro em que residia com 'PQ' antes do nascimento da criança.

Nas suas conclusões ele expõe que no primeiro momento deve recordar a função que o conceito de "residência habitual" no Regulamento Bruxelas II-A e, num segundo momento, como vem sendo o posicionamento do TJUE, determinar qual é o Tribunal competente para julgar as matérias relativas à responsabilidade parental.

Segundo ele, o Regulamento Bruxelas II-A apresenta que a "residência habitual" constitui um critério de competência geral, sendo competente, portanto, o Tribunal em que a criança tenha residência habitual. Em casos de deslocação ou retenção ilícita de criança, a competência recai sobre os tribunais do Estado-Membro da residência habitual da criança antes de sua deslocação ou retenção ilícita. E, não sendo possível determinar a residência habitual da criança, são competentes os Tribunais dos Estados-Membros onde a criança se encontrar.

---

[5] O texto na íntegra da Convenção sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Criança encontra-se disponível em: https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=24 [consult. 05 dez. 2017].

[6] O texto na íntegra do Regulamento Bruxelas II-A encontra-se disponível em: http://www.pgdlisbo a.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=830&tabela=leis [consult. 05 dez. 2017].

[7] As conclusões do advogado-geral foram apresentadas em 16 de maio de 2017 e encontra-se disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190732&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1787867 [consult. 05 dez. 2017].

Por fim, ele apresenta cinco pontos relevantes para justificar seu posicionamento no presente litígio: primeiro o desejo comum dos pais que a criança nascesse na Grécia e que lá permanecesse por um período com sua mãe; segundo que o conceito de residência habitual é factual, até porque se levar em conta que 'PQ' privou 'OL' do direito de guarda por se encontrar na Grécia com sua filha, é mais uma prova de que a residência habitual da criança é na Grécia; terceiro que o artigo 11.º do Regulamento Bruxelas II-A faz menção ao nome "regresso da criança" e o presente caso é de deslocação da criança para um lugar em que nunca tenha residido; quarto que não se pode abranger a criança com o Regulamento Bruxelas II-A antes do seu nascimento; quinto que a residência habitual da criança deve ser determinada levando em conta o *superior interesse da criança*.

Na decisão, o TJUE, preliminarmente, entendeu que há divergência entre os fatos narrados e a questão prejudicial, pois a criança nasceu na Grécia por vontade comum dos seus pais, diferente do levantado na questão prejudicial quando diz "por circunstâncias fortuitas ou por motivo de força maior". Além disso, deixa claro que o processo diz respeito a uma criança em idade lactante, pois o Tribunal de reenvio ora trata "recém-nascido", ora "criança em idade lactante", defendo ser a mesma reformulada.

Recorda que o conceito de deslocação ou retenção ilícita de criança tem semelhança no Regulamento Bruxelas II-A (artigo 2.º, n.º 11) e na Convenção de Haia (artigo 3.º), os quais se referem que só há deslocação ou retenção de uma criança quando ocorre a violação do direito de guarda já conferido por decisão judicial, ou por atribuição de pleno direito ou ainda por acordo em vigor da legislação do Estado onde a criança tinha a sua residência habitual imediatamente antes da deslocação ou retenção. Todavia, ambos não apresentam expressamente a definição de residência habitual, que, segundo o TJUE, é o elemento central da questão levantada.

O TJUE já declarou em vários outros julgados que esse conceito é autônomo no Direito da União, mas que deve ser interpretado nos moldes do Regulamento Bruxelas II-A, segundo o qual as regras de competência são definidas em função do *superior interesse da criança* e, em particular, do critério de proximidade.

Ainda, segundo a jurisprudência do TJUE, para estabelecer a residência habitual de uma criança deve-se observar a sua nacionalidade, a integração desta com o ambiente social e familiar, além da presença física (que não tenha caráter temporário ou ocasional), das origens geográficas e familiares, da regularidade da residência num Estado-Membro diferente daquele onde o outro progenitor reside habitualmente.

Quando se trata de uma criança em idade lactante, o TJUE já decidiu que o ambiente familiar é determinado pela pessoa (ou pessoas) com quem a criança vive, com quem guarda e partilha consigo o ambiente social e familiar. Com relação à vontade dos progenitores de se estabelecerem com a criança em outro Estado-Membro, o TJUE entende que só pode ser levada em conta quando essa vontade é expressa (como exemplo: locação ou aquisição de imóvel), mas que, por si só, não pode ser decisiva para determinar a residência habitual de uma criança.

Relativo ao processo de regresso, o TJUE entende que ele tem como finalidade restabelecer a continuidade das condições pré-existentes à deslocação ou a retenção ilícitas da criança, ao tempo em que o comportamento de um progenitor não pode justificar o deferimento de um pedido de regresso de uma criança para um Estado-Membro que não lhe é familiar, sem esquecer que não ficou provada a intenção da mãe em subtrair a criança do seu pai.

Destaca ainda que o pedido de regresso não é capaz de regular a questão da guarda da criança e que o seu deferimento ou indeferimento não impede que o progenitor apresente ação própria no Tribunal competente.

Por último, o TJUE apresenta que interpretando o *superior interesse da criança* (previsto também no artigo 24.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União) não há como deferir uma partida de uma criança para um Estado-Membro onde se localizava a residência habitual de seus progenitores antes do seu nascimento.

Sendo assim, o TJUE decidiu responder ao Tribunal de reenvio da seguinte forma:

> *O artigo 11.°, n.° 1, do Regulamento (CE) n.° 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.° 1347/2000, deve ser interpretado no sentido de que, numa situação, como a que está em causa no processo principal, em que uma criança nasceu e residiu ininterruptamente com a sua mãe, durante vários meses, segundo a vontade comum dos seus progenitores, num Estado-Membro diferente daquele onde estes últimos tinham a sua residência habitual antes do seu nascimento, a intenção inicial dos progenitores quanto ao regresso da mãe com a criança a este último Estado-Membro não permite considerar que essa criança tem a sua «residência habitual» no referido Estado-Membro, na aceção desse regulamento.*
>
> *Por conseguinte, nessa situação, a recusa da mãe em regressar com a criança a esse mesmo Estado-Membro não pode ser considerada como «deslocação ou retenção ilícitas» da criança, na acepção do referido artigo 11.°, n.° 1.*

3. Comentários e considerações

Inicialmente, é oportuno voltar no tempo para citar que a União Europeia fixou o objetivo de criar e manter um espaço onde houvesse a livre circulação das pessoas. Por esse motivo é que aumentou o número de casamentos entre pessoas de nacionalidade distintas e, por via oblíqua, o número de divórcios e ainda de subtração internacional de crianças, cometidas por um dos genitores[8].

É nesse contexto que surgem normas (convenções e regulamentos, sobretudo) que tendem a regulamentar as relações sócias havidas entre os membros da União Europeia, a fim de que seja resguardado o ordenamento jurídico interno de cada Estado-Membro e o ser humano seja o centro da sua ação. Duas dessas normas são as que estão sendo tratadas nesse trabalho: Convenção sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças e o Regulamento (CE) nº 2201/2003, os quais devem ser estudados conjuntamente, pois os seus mecanismos encontram-se intimamente ligados entre si, visando responder três problemas: competência internacional, lei aplicável e reconhecimento e execução das decisões judiciais que decorrem da relação pais-filhos[9].

Uma terceira norma, mesmo que com fundamento mais geral do que as duas supracitadas, todavia com uma maior relevância, é a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia[10], a qual reconhece vários direitos, liberdades e princípios como sendo fundamentais para toda a União Europeia. Quando foi proclamada, essa Carta não tinha efeitos jurídicos vinculativos aos Estados-Membros, porém o artigo 6.º, n.º 1 do Tratado da União Europeia[11] foi alterado pelo Tratado de Lisboa e passou a estabelecer que a Carta é juridicamente vinculativa e tem o mesmo valor jurídico que os Tratados[12].

No que diz respeito ao caso concreto do presente litígio, este poderia ser decidido tomando por base unicamente o princípio do superior interesse da criança (também conhecido como melhor interesse do menor, conforme pre-

---

[8] Cf. Leonor Valente MONTEIRO, «Aspectos Civis sobre Rapto Internacional de Crianças», [10 jan. 2018], disponível em: http://www.oa.pt/upl/%7B6d55f2f4-823d-47cb-ab71-9b102ae5c7d8%7D.pdf.

[9] Cf. Alegría BORRÁS, «Regulamento Bruxelas II-A», in *Direito Civil*, Cooperação Judiciária Europeia, Luxemburgo, Serviço das Publicações da União Europeia, 2013, p. 277.

[10] O texto na íntegra da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia encontra-se disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf [consult. 20 jan. 2018].

[11] O texto na íntegra do Tratado da União Europeia encontra-se disponível em: http://eur-lex.europa.eu/resource .html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF [consult. 20 jan. 2018].

[12] Cf. Klaus-Dieter BORCHARDT, *O ABC do Direito da União Europeia*, Luxemburgo, Serviços das Publicações da União Europeia, 2011.

fere alguns juristas[13]), sendo este princípio a peça fundamental para a decisão do TJUE, o qual seria capaz de vencer qualquer outro argumento jurídico que porventura viesse a ser levantado pelas partes envolvidas.

Ressalte-se que o superior interesse da criança é previsto na Declaração Universal dos Direitos da Criança[14] (1959); na Convenção sobre os Direitos da Criança[15] (1989) adotada pela ONU, a qual foi ratificada por ambos os Estados-Membros envolvidos no litígio (Itália[16] e Grécia[17]); e ainda na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, conforme já foi explanado anteriormente. Ao ratificarem essas Convenções, os Estados-Membros se comprometem na proteção da criança em todas as formas de discriminação e assegura-lhe assistência apropriada[18].

A própria Convenção de Haia de 1980, em seu preâmbulo, explicita serem os interesses da criança de primordial importância, quando prevê que "Os Estados signatários da presente Convenção, firmemente convictos de que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda".

Este princípio impõe que em todos os assuntos e decisões que afetam direta e indiretamente a criança deve ser dada atenção especial ao superior interesse da criança, sendo assim, ele se aplica às decisões dos tribunais (ou decisões judiciais), das autoridades administrativas, dos órgãos legislativos e das instituições públicas ou privadas de solidariedade social, sempre que afetem a criança. Importante frisar que não se limita a ações que tenham as crianças como destinatários diretos (por exemplo: educação, casos judiciais de guarda, etc.), mas, ao invés, é relevante para todas as ações que possam ter um impacto direto ou indireto sobre a criança (por exemplo: políticas de emprego, cabimento orçamental, etc.)[19].

No entanto, os instrumentos jurídicos internacionais não definem o que é o *superior interesse da criança*, deixando sua melhor análise e definição para o momento de sua aplicabilidade, com a finalidade de não restringir as decisões

---

[13] Cf. Maria Berenice DIAS, *Manual de Direito das Famílias*, 9.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 70.

[14] Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm [consult. 02 jan. 2018].

[15] Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm [consult. 02 jan. 2018].

[16] A Itália ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança em 1990.

[17] A Grécia ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança em 1990.

[18] Cf. Flávia PIOVESAN, *Direitos humanos e direito constitucional internacional,* 9.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 206.

[19] Cf. Vital MOREIRA e Carla MARCELINO (coord.), *Compreender os Direitos Humanos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 311.

dos juízes, pelo contrário, pretende-se alagar a aplicabilidade de forma autônoma aos casos concretos. Para a doutrinadora Maria Clara Sottomayor:

> *o conceito de interesse da criança comporta uma pluralidade de sentidos. Não só porque o seu conteúdo se altera de acordo com o espírito da época e com a evolução dos costumes, ou porque é diferente para cada família e para cada criança, mas também porque relativamente ao mesmo caso, é passível de conteúdos diversos igualmente válidos, conforme a valoração que o juiz faça da situação de facto*[20].

Neste trabalho, não se pretende explanar (ou conceituar) o citado princípio, mas dar a ele uma maior ênfase, corroborando com o posicionamento do advogado-geral e com o próprio acórdão do TJUE que o cita, todavia, ambos não o colocaram em evidência. Quando levamos em consideração a aplicação do *superior interesse da criança* nós estamos colocando a criança em evidência e não estamos a tratando como um mero objeto, passível de apreensão[21].

Conforme se observa, o Tribunal de reenvio apresentou a questão prejudicial em torno do conceito de residência habitual de uma criança lactante e, caso o TJUE viesse a entender que aquela não seria a residência habitual da criança, o Tribunal de reenvio seria incompetente para julgar tal litígio.

Note-se que para declinar a competência do Tribunal para julgar litígios envolvendo uma criança, faz-se necessário atribuir um conceito para "residência habitual", nos moldes do Regulamento Bruxelas II-A, mesmo que esse conceito se restrinja apenas ao presente processo, pois, se assim não o fizer, a competência não poderá ser atribuída a determinado Tribunal ou Juízo.

É nesse sentido que o TJUE, em consonância com o parecer do advogado-geral, profere o voto, mas deixa-se claro que a intenção não é conceituar permanentemente "residência habitual", mas atribuí-la ao caso concreto, pois corresponde a uma noção de fato e que deve ser determinada autonomamente. Além do mais, foi neste mesmo sentido que o TJUE já se manifestou em casos

---

[20] Cf. Maria Clara SOTTOMAYOR, *Exercício do Poder Paternal*, 2.ª ed., Porto, Universidade Católica, 2003, p. 85.

[21] Cf. Edilson Santana GONÇALVES FILHO, «Convenção sobre os aspectos civis do seqüestro internacional de crianças de 1980: a problemática da transferência ilícitas de crianças em outro País sob a ótica da defesa do genitor(a) que se vê obrigado a deixar o País de residência habitual», *Revista das Defensorias Públicas do Mercosul*, n. 4, jun., 2015 [consult. 05 jan. 2018], disponível em http://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/ass_internacional/redpo/n4/3_CONVENCAOSOBREOSASPECTOSCIVISDOSEQUESTROINTERNACIONALDE.pdf.

semelhantes, sempre afirmando que o conceito de residência habitual é factual e deve ser analisado no caso concreto[22].

Como já referido, o Regulamento Bruxelas II-A é um documento que unifica as regras de competência internacional, de reconhecimento e de execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental e se integra na política de cooperação judiciária em matéria civil entre os Estados-Membros da União Europeia, com exceção da Dinamarca que não aplica as normas desse regulamento[23]. Conforme o artigo 21.º, n.º 1, do Regulamento Bruxelas II-A este regulamento é aplicável às decisões proferidas pelos tribunais dos Estados-Membros.

No entanto, ao atribuir a residência habitual de uma criança, nos termos do Regulamento Bruxelas II-A, deve ser levado em conta vários fatores. No caso concreto, destacamos os seguintes pontos que justificam a atribuição da residência habitual: 1º: antes do nascimento da criança ambos os progenitores, em comum acordo, decidiram que a criança nasceria na Grécia e, mais ainda, que esta deveria residir temporariamente com sua progenitora na Grécia, pois lá teria o convívio social com a família materna; 2º: a residência habitual da criança não pode ser pré-estabelecida antes do nascimento da mesma, pois assim os progenitores estariam além do conceito de residência habitual (previsto no Regulamento Bruxelas II-A) se antecipando a consumação do nascimento da criança; 3º: a criança nasceu na Grécia e foi lá que teve convívio social, por mais que seja uma criança lactante, mas foi lá que ela estabeleceu o primeiro vínculo familiar e social; 4º: não seria coerente considerar que o *superior interesse da criança* estaria presente no seu retorno à Itália, pois ela nunca viveu na Itália, nem nunca visitou, não tendo nenhum vínculo social lá; 5º: o progenitor reconhece, indiretamente, que a residência habitual da criança é na Grécia quando ele impetra uma ação judicial lá, levando-se em consideração à competência do Tribunal em razão do território; 6º: o progenitor também reconhece indiretamente que a residência habitual da criança é na Grécia quando se desloca até lá para visitá-la por duas vezes e quando acorda com PL que iria passar as férias com elas na Grécia.

---

[22] Acórdão C-523/07 de 02 de abril de 2009, oportunidade em que o TJUE decidiu que: O conceito de «residência habitual», na acepção do artigo 8.°, n.° 1, do Regulamento n.° 2201/2003, deve ser interpretado no sentido de que essa residência corresponde ao local que revelar uma determinada integração do menor num ambiente social e familiar, disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=73639&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1804652 [consult. 03 jan. 2018].

[23] Cf. Nuno Ascensão SILVA, «O Regulamento Bruxelas II bis - Regulamento (CE) 2201/2003, do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000», in *O Direito Internacional da Família – tomo I*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, CEJ, 2014, p.21.

Essas são algumas das evidências que, ao nosso entendimento, levaram o TJUE a estabelecer que a residência habitual da criança era na Grécia, com base, inclusive em alguns julgados do Tribunal que foram citados ao logo do parecer do advogado-geral e do acórdão, dentre os quais destaca-se o processo C-499/15[24].

Observe-se que haveria contradição se prevalecesse a intenção inicial dos progenitores ("deveria ter sido") sobre as circunstâncias de que a criança reside ininterruptamente na Grécia desde o seu nascimento ("o que realmente é"). Dessa forma não há respaldo para ser fator determinante no caso concreto, pois não passou de uma suposição, em outras palavras, não passou de uma mera expectativa que poderia vir a acontecer (ou não) com o nascimento da criança.

Após a conclusão que a residência habitual da criança era na Grécia, passa-se então, a procurar o Tribunal competente para julgar o presente litígio e isso não é difícil estabelecer, pois o Artigo 8.º do Regulamento de Bruxelas estabelece a competência geral para os tribunais do Estado-Membro onde a criança resida habitualmente na data em que o processo seja instaurado no Tribunal. Essa competência é estabelecida em razão da matéria de responsabilidade parental, com base ainda no critério da proximidade.

Mais uma vez, pode-se invocar a influência do *superior interesse da criança*, pois não seria coerente permitir que as ações, em que a criança fosse parte interessada, tivesse trâmite em Estado-Membro diferente daquele onde ela tenha residência habitual. O outro fundamento é que se acredita que as autoridades da residência habitual da criança reúnem melhores condições para apreciar, julgar e até fiscalizar a efetivação das decisões tomadas em relação àquela criança[25].

Como já mencionado, este princípio norteia as legislações dos Estados-Membros da União Europeia pela sua previsibilidade, inclusive, no artigo 24.º, n.º 2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, não restando dúvidas, quanto a legítima aplicação no caso concreto.

---

[24] Acórdão C-499/15, de 15 de fevereiro de 2017, no qual o TJUE decidiu que: num processo como o que está em causa no processo principal, os órgãos jurisdicionais do Estado-Membro que adotaram uma decisão transitada em julgado em matéria de responsabilidade parental e de obrigações de alimentos devidas a um menor já não são competentes para se pronunciarem sobre um pedido de alteração das disposições decretadas por essa decisão, na medida em que a residência habitual do menor se situar no território de outro Estado-Membro. São os órgãos jurisdicionais deste último Estado-Membro que são competentes para se pronunciarem sobre esse pedido, disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid =187865&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1812466 [consult. 03 jan. 2018].

[25] Cf. Anabela Susana de Sousa GONÇALVES, «O caso Rinau e a deslocação ou retenção ilícitas de crianças», *UNIO Eu Law Journal*, n. 0, julho, 2014 [consult. 10 dez. 2017], disponível em http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%20PT/UNIO%200%20-%20Anabela%20Gon%C3%A7alves_pt.pdf.

Com relação à competência prevista no artigo 10.º, essa não aplica ao caso em questão, pois não se caracterizou rapto internacional de criança. Mesmo que considerasse a existência de deslocação ou retenção ilícita de criança, não seria rapto de criança porque em nenhum momento a progenitora proibiu o contato entre a criança e seu progenitor, apenas ela decidiu não regressar à Itália, prevalecendo, pois a competência geral, conforme já explicado, uma vez que esse artigo 10.º é aplicado para que seja mantida a competência das autoridades do Estado-Membro de residência anterior à deslocação ou retenção até que a criança adquira uma nova residência habitual[26].

Importante entender que uma deslocação ou retenção de criança, para efeitos de aplicação do Regulamento Bruxelas II-A[27], só pode ser considerada ilícita quando viole o direito de guarda que tenha sido conferido por meio judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo legal celebrado no Estado-Membro onde a criança tinha a sua residência habitual imediatamente antes da deslocação ou retenção, nos termos do artigo 2.º do Regulamento Bruxelas II-A.

No presente caso, com a delimitação da residência habitual da criança, não há como reconhecer juridicamente que houve deslocação da criança, nos moldes do artigo 11.º do Regulamento Bruxelas II-A, pois a criança sempre esteve na Grécia acompanhada de sua progenitora, a qual não reteve a criança em nenhum momento, conforme os fatos narrados no presente caso.

Sendo assim, analisando a resposta à questão prejudicial apresentada pelo advogado-geral é possível perceber que o mesmo, na primeira parte da resposta, interpreta o conceito de residência habitual de forma ampla e não aplicada ao caso concreto, pois afirma apenas que a presença física da criança no Estado-Membro seria indispensável para ser reconhecida a residência habitual. Todavia, na parte final do voto ele deixa evidente que, naquele caso concreto, não estaria diante de uma deslocação ou retenção ilícita de criança nos moldes do Regulamento Bruxelas II-A. Entretanto, o TJUE trouxe claramente na sua resposta que aquela interpretação dada ao conceito de residência habitual é conforme as questões apresentas no processo em julgamento e ao Regulamento Bruxelas II-A.

Por fim, entendemos que o TJUE concluiu corretamente e que respondeu muito bem a questão levantada pelo Tribunal de reenvio, quando considerou que, neste caso concreto, a intenção dos progenitores, antes do nascimento da criança, de que ela residiria em um Estado-Membro diferente do que nasceu e residiu sem interrupção com a sua progenitora, não pode ser considerado como elemento determinante para a definição de sua residência habitual, além de que

---

[26] Cf. BORRÁS, «Regulamento Bruxelas II-A», 2013, p. 287.

[27] O conceito previsto no artigo 2.º, n.º 11, do Regulamento acompanha a noção presente no artigo 3.º da Convenção de Haia de 1980.

a recusa da progenitora em regressar a esse Estado-Membro não pode ser fator determinante para considerar como deslocação ou retenção ilícita da criança.

Com isso, o TJUE reconhece que o Tribunal de Primeira Instância de Atenas (ora Tribunal de reenvio) é competente para julgar o presente litígio e lhe mostra suporte para decidir sobre o mesmo.

Referências bibliográficas

BORCHARDT, Klaus-Dieter, *O ABC do Direito da União Europeia*, Luxemburgo, Serviços das Publicações da União Europeia, 2011.

BORRÁS, Alegría, «Regulamento Bruxelas II-A», in *Direito Civil*, Cooperação Judiciária Europeia, Luxemburgo, Serviço das Publicações da União Europeia, 2013, p. 277-296.

COMISSÃO EUROPEIA, *Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II (Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000)*, [consult. 20 fev. 2018], disponível em: http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/guide_new_brussels_ii_pt.pdf.

DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 9.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, «O caso Rinau e a deslocação ou retenção ilícitas de crianças», *UNIO Eu Law Journal*, n. 0, julho, 2014 [consult. 10 dez. 2017], disponível em http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%20PT/UNIO%200%20-%20Anabela%20Gon%C3%A7alves_pt.pdf.

_____, «A deslocação ou retenção ilícitas de crianças e no Regulamento n.º 2201/2003 (Bruxelas II bis)», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 1, Marzo 2014, p. 147-160 [consult. 15 dez. 2017], disponível em https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1914/906.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana, «Convenção sobre os aspectos civis do seqüestro internacional de crianças de 1980: a problemática da transferência ilícitas de crianças em outro País sob a ótica da defesa do genitor(a) que se vê obrigado a deixar o País de residência habitual», *Revista das Defensorias Públicas do Mercosul*, n.º 4, jun., 2015 [consult. 05 jan. 2018], disponível em: http://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos /ass_internacional /redpo/n4/3_CONVENCAOSOBREOSASPECTOSCIVISDOSEQUESTROINTERNACIONALDE.pdf.

MARINHO, Carlos, «Violação do direito de visita, retenção e deslocação ilícitas de crianças – o Regulamento (CE) n.º 2201/03 (Bruxelas II BIS), a Convenção da Haia de 19/10/1996 e a Convenção da Haia de 25/10/1980» in *O Direito Internacional da Família – tomo I*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, CEJ, 2014, p. 161-178.

MARTINS, Natalia Camba, *Subtração internacional de crianças: as exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção de Haia de 1980 sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças*, Curitiba, CRV, 2013.

MÉRIDA, Carolina Helena Lucas, «Sequestro interparental: o novo direito das crianças», Revista Internacional de Direito e Cidadania, n.º 9, fevereiro, 2011, p. 7-16 [consult. 10 dez. 2017], disponível em http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/acaf/subtracao-internacional/arquivos/sequestro-interparental-o-novo-direito-das-criancas.pdf.

MONTEIRO, Leonor Valente, «Aspectos Civis sobre Rapto Internacional de Crianças», [consult. 10 jan. 2018], disponível em http://www.oa.pt/upl/%7B6d-55f2f4-823d-47cb-ab71-9b102ae5c7d8%7D.pdf.

_____, «Da aplicação prática. Do Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho de 27 de novembro e Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980», in *O Direito Internacional da Família – tomo I*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, CEJ, 2014, p. 179-254.

MOREIRA, Vital, e MARCELINO, Carla (coord.), *Compreender os Direitos Humanos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e direito constitucional internacional*, 9.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008.

RIBEIRO, Geraldo Rocha, «Rapto Internacional: o problema internacional e instrumentos de resolução», in *O Direito Internacional da Família – tomo I*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, CEJ, 2014, p. 137-159.

SILVA, Nuno Ascensão, «O Regulamento Bruxelas II bis [Regulamento (CE) 2201/2003, do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000», in *O Direito Internacional da Família – tomo I*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, CEJ, 2014, p. 11-44.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Exercício do Poder Paternal*, 2.ª ed., Porto, Universidade Católica, 2003.

SOUZA, Malfada Paulino Gomes de, *Convenção de Haia relativa ao rapto internacional de crianças: a noção do perigo do art. 13º al. b) e o Interesse da Criança*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Dissertação de Mestrado [consult. 10 jan. 2018], disponível em https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/14560/1/Conven%C3%A7%C3%A3o%20de%20Haia%20relativa%20ao%20Rapto%20Internacional%20de%20Crian%C3%A7as%2c%20Mafalda%20Sousa%2c%20Universidade%20Cat%C3%B3lica%20-%20Faculdade%20de% 20Direito%2c%202013%2c%20disserta%C3%A7%C3%A3o%2c%20Direito%20das%20Crian%C3%A7as.pdf.

A DISCRIMINAÇÃO DOS TRABALHADORES EM RAZÃO DA DEFICIÊNCIA: UMA BREVE ANÁLISE DO CONCEITO DE ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL SOB UMA ÓTICA DE IGUALDADE INDIRETA

Lucas RAPOSO OLIVEIRA FARIA[1]

1. Introdução

Por ser uma República soberana baseada na dignidade da pessoa humana e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária[2], Portugal, a fim de garantir e equiparar os direitos de todos os cidadãos e trabalhadores, resguarda através de sua Constituição, o princípio da igualdade. Assegura-se, então, que todos, independentemente de sua ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual, detêm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

Por outro lado, o princípio da igualdade não deve ser aplicado literalmente sob pena de não se alcançar efetivamente a eficácia pretendida pelo constituinte, uma vez que, na medida em que tratamos "de forma igual uma pessoa

[1] Advogado, regularmente inscrito no quadro da Ordem dos Advogados do Brasil e mestrando do curso de Direito dos Contratos e da Empresa da Escola de Direito da Universidade do Minho.

[2] *Cfr*: Art. 1.º da CRP.

portadora de deficiência física em relação a outra que não o é, irá ocorrer uma situação de facto de desigualdade"[3].

Nesse sentido, a discriminação do trabalhador em razão da deficiência não pode ser equiparada às outras modalidades discriminatórias, como as em razão do sexo (nos casos de discriminação direta) ou da raça, senão vista sob uma ótica de igualdade indireta, sendo certo dizer que este trabalhador merece um tratamento diferenciado.

Na seara do Direito do Trabalho, a noção de deficiência não é de fácil definição, visto que, conforme preceitua a professora Teresa Moreira, esta possui um "conceito abstrato cujo conteúdo e âmbito subjetivo sobre o qual se projeta está em constante evolução"[4]. Destaca-se, assim, que a maior dificuldade está em distinguir o "trabalhador com capacidade de trabalho reduzida" do "trabalhador com deficiência ou doença crónica".

Apesar de as duas categorias de trabalhadores guardarem semelhanças, elas possuem distintos critérios de definição. Na modalidade "capacidade de trabalho reduzida" valorizam-se os efeitos da inaptidão do trabalhador para o respetivo trabalho, enquanto na modalidade "deficiência ou doença crónica", segundo a autora Maria do Rosário Ramalho, "valoriza-se o motivo dessa incapacidade (i.e., a deficiência ou a doença crónica), sendo certo que o relevo laboral da deficiência ou da doença está no facto de dela resultar uma redução da aptidão para o trabalho" [5].

Portanto, considera-se que o trabalhador portador de deficiência física ou doença crônica deve ser visto sob uma ótica de igualdade indireta, merecendo, assim, um tratamento diferenciado. É nesse sentido que a implementação do conceito de adaptação razoável tornar-se-á essencial para que se atinja a igualdade plena, bem como se respeite todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

2. Disposições legais

No âmbito comunitário, a primeira disposição que nos merece destaque é a Diretiva 2000/78/CE, cujo objetivo principal se consubstancia em estabelecer um quadro geral para lutar contra a discriminação em razão da religião ou das convicções, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual, no que

[3] MOREIRA, Teresa Coelho, *Igualdade e Não Discriminação*, Coimbra, Edições Almedina, 2013, p. 210-211.

[4] Idem, p. 174.

[5] RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Direito do Trabalho parte III,* 3.ª ed., Coimbra, Edições Almedina, 2010, p. 387.

se refere ao emprego e à atividade profissional, com vista a pôr em prática nos Estados-Membros o princípio da igualdade de tratamento[6].

Assim, pode-se afirmar que a prática do princípio da igualdade de tratamento visa combater qualquer discriminação, seja ela direta ou indireta. Neste sentido, o art. 2.º da Diretiva estabelece que a discriminação direta acontece quando uma pessoa é objeto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável, enquanto na discriminação indireta uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra é suscetível de colocar numa situação de desvantagem pessoas com uma determinada religião ou convicções, com uma determinada deficiência, pessoas de uma determinada classe etária ou pessoas com uma determinada orientação sexual, comparativamente com outras pessoas.

Por sua vez, tendo como objetivo promover, proteger e garantir o gozo pleno e a igualdade de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, bem como promover o respeito pela sua dignidade[7], a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência[8] é um outro instrumento internacional que merece destaque.

A Convenção operou uma significativa mudança no paradigma do respetivo instituto, pois, a deficiência física deixou de se basear em um erro ou defeito sobre o trabalhador para "passar a ser vista como uma espécie de patologia da sociedade, devido à sua falha na inclusão e na adaptação das várias diferenças individuais"[9].

Cumpre-se, então, ressaltar a importância da Convenção para a garantia de diversos direitos fundamentais inerentes às pessoas com deficiência, sobretudo no que se concerne ao direito ao trabalho e emprego, resguardado pelo seu art. 27.º.

Além disso, impôs-se que os Estados Partes reconhecessem o direito de as pessoas com deficiência trabalharem em condições de igualdade com as demais, incluindo o direito à oportunidade de ganhar a vida através de um trabalho livremente escolhido ou aceite num mercado e ambiente de trabalho aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência.

Assim, a partir da ratificação da Convenção das Nações Unidas pela União Europeia, os Estados Partes sujeitaram-se a salvaguardar e promover o exercício do direito ao trabalho, inclusive àqueles que adquirirem uma deficiên-

---

6 *Cfr*. art. 1.º da Diretiva 2000/78/CE.

7 *Cfr*. Art. 1.º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

8 Assinado em 30 de março de 2007 pela Comunidade Europeia, foi o Primeiro Tratado das Nações Unidas sobre Direitos Humanos no século XXI.

9 MOREIRA, *Igualdade e Não Discriminação*, *op. cit*., p. 177.

cia durante o curso do emprego, adotando, através de legislação, uma diversidade de medidas apropriadas a proteção dos direitos destes trabalhadores, das quais destacamos as que visam assegurar a realização das adaptações razoáveis no local de trabalho para as pessoas com deficiência.

No mesmo sentido, os Estados Membros passaram a estar vinculados à implementação e interpretação da Directiva 2000/78/CE conforme os termos da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência[10], devendo, também, adotar medidas apropriadas para assegurar a realização das adaptações razoáveis no local de trabalho para as pessoas com deficiência.

Em relação ao ordenamento jurídico nacional, o legislador português, através do art. 23.º do Código de Trabalho, dispõe sobre os conceitos em matéria de igualdade e não discriminação preceituando que se constitui discriminação a mera ordem ou instrução que tenha por finalidade prejudicar alguém em razão de um fator de discriminação[11], bem como define a discriminação direta e a discriminação indireta nos mesmo termos da Diretiva 2000/78/CE.

Ademais, o art. 85.º do Código de Trabalho, ao dispor sobre os princípios gerais quanto ao emprego do trabalhador com deficiência ou doença crónica, também assegura o princípio da igualdade indireta ao atribuir ao trabalhador com deficiência os mesmos direitos e deveres dos demais trabalhadores no acesso ao emprego, à formação, promoção ou carreira profissionais e às condições de trabalho, desde que não haja prejuízo das especificidades inerentes à sua situação.

Também merece destaque a Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto, que visa prevenir e proibir a discriminação, direta ou indireta, em razão da deficiência, sob todas as suas formas, e sancionar a prática de atos que se traduzam na violação de quaisquer direitos fundamentais, ou na recusa ou condicionamento do exercício de quaisquer direitos económicos, sociais, culturais, ou outros, por quaisquer pessoas, em razão de qualquer deficiência.

Por fim, convém fazer uma breve menção à discriminação positiva realizada pela política de consagração de quotas de emprego, estipulada pelo Decreto Lei n.º 38/2004, e reconhecida pelo art. 27.º do CT, bem como destacar as políticas ativas para a integração de pessoas portadoras de deficiência, doença crónica

---

[10] MOREIRA, Teresa Coelho, «A Discriminação dos Trabalhadores em Razão da Deficiência na jurisprudência do TJUE: breve análise dos casos Chacón Navas, Jette Ring, Z. e Coleman, R. Dir. Gar. Fund», *Revista de direitos e garantias fundamentais*, v. 15, número 2, jul./dez de 2014, p. 272, disponível em: http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/743/233.

[11] Porém, conforme assevera a professora Teresa Coelho Moreira, «A proibição da discriminação é mitigada perante o teor do art. 25.º n.º 2 do CT que admite certas disposições, critérios ou práticas distintivas baseadas na capacidade do trabalho reduzida, deficiência ou doença crônica, desde que satisfaçam os critérios previstos no mesmo». MOREIRA, *Igualdade e não discriminação*, *op. cit.,* p. 199.

ou capacidade de trabalho reduzida no mercado de trabalho, preceituadas pelo Decreto Lei n.º 290/2009[12].

3. Conceito de adaptação razoável

A fim de garantir o respeito ao princípio da igualdade de tratamento relativamente às pessoas deficientes, a Diretiva 2000/78/CE assegura, então, o conceito da adaptação razoável. Este, conforme aduz a professora Teresa Moreira, surge "como uma resposta às barreiras criadas pelo ambiente físico e social que originavam a impossibilidade de as pessoas portadoras de deficiência poderem desenvolver uma atividade de forma convencional"[13].

Como mencionado anteriormente, foi através da ratificação da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência pela União Europeia que se atribuiu o conceito de adaptação razoável à Diretiva 2000/78/CE. Nesse sentido, o art. 2.º daquela Convenção preceitua que a adaptação razoável se designa a modificar e a promover ajustes necessários e apropriados que não imponham uma carga desproporcionada ou indevida, sempre que necessário num determinado caso, para garantir que as pessoas com incapacidade gozem ou exerçam, em condições de igualdade com as demais, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Ademais, o art. 5.º da Diretiva ainda estabelece que, ao observar o conceito de adaptação razoável, a entidade patronal deve adotar as medidas adequadas, em função das necessidades numa situação concreta, para que uma pessoa deficiente tenha acesso a um emprego, o possa exercer ou nele progredir, ou para que lhe seja ministrada formação, exceto se essas medidas implicarem encargos desproporcionados para a respetiva entidade patronal[14].

Portanto, via de regra, o empregador deverá promover a adaptação razoável do trabalhador portador de deficiência na medida em que proporcione a este o seu direito fundamental ao trabalho, até o limite do ônus devido.

Acerca da exigência de adaptação das condições de trabalho, os trabalhadores com deficiência ou doença crónica não estão obrigados a prestar trabalho suplementar (art. 88.º do CT) e têm o direito a dispensa da prestação de trabalho em regime da adaptabilidade, banco de horas ou horário concentrado, se esta puder prejudicar a sua saúde ou a segurança no trabalho (art. 87.º, n.º 1, a)), po-

---

[12] XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, *Manual de Direito do Trabalho*, Lisboa, Verbo, 2010, p. 874.

[13] *Cfr.* MOREIRA, *Igualdade e não discriminação*, *op. cit*., p.210. «compreende uma série de medidas como o apoio à qualificação, os apoios à integração, manutenção e reintegração no mercado de trabalho, emprego apoiado e o prémio de mérito»

[14] Falar-se-á mais adiante acerca da noção e dos pressupostos para a aplicação do conceito da adaptação razoável.

dendo, nas mesmas condições, ser dispensados de trabalho no período entre as 20 horas de um dia e as 7 horas do dia seguinte (art. 87.º, n.1º, b))[15].

Destaca-se que o respeito ao conceito de adaptação razoável deverá ser observado em todas as fases do contrato laboral, seja na sua de formação (recrutamento), execução ou cessação, conforme preceitua a professora Teresa Moreira:

> *Neste sentido, o conceito abrange o recrutamento pois o empregador terá de considerar a aptidão da pessoa para aquele posto de trabalho, tendo em conta as adaptações que poderiam ser feitas (…) Por outro lado, abrange ainda as situações em que o trabalhador já contratado começa a sofrer uma deficiência e não pode continuar a realizar parte ou a totalidade da sua atividade laborativa, colocando-se a questão de saber que adaptações podem ser realizadas para que o trabalhador continue a executar a sua atividade ou, eventualmente proceder-se a uma alteração de funções (…) Por último, abrange também a própria proteção em caso de cessação de contrato de trabalho em determinados casos [16](…)"*[17].

3.1 Pressupostos de aplicação

Em relação à aplicação prática do conceito de adaptação razoável, mostra-se necessária a observância de certos pressupostos que deverão ser preenchidos, os quais são: *a)* o candidato ou trabalhador possuir a "qualificação técnica necessária"; *b)* o empregador ter o conhecimento "das necessidades do trabalhador ou do candidato"; *c)* a adaptação respeitar as regras da segurança e saúde no trabalho; bem como, por último, *d)* a adaptação não impor um ônus desproporcional ao empregador, ressalvando-se que tal encargo se presume proporcional quando existirem incentivos por parte do estado para promoção da adaptação[18].

Em relação ao primeiro pressuposto, mostra-se claro que um trabalhador portador de deficiência ou doença crónica, desprovido das qualificações necessárias, não conseguirá exercer as funções de um cargo com serviços demasiadamente técnicos, podendo a inobservância deste preceito representar, inclusive, um risco à segurança e saúde no trabalho. Porém, caberá ao empregador o ônus

---

[15] LEITÃO, Luis Manoel Teles de Menezes, *Direito do Trabalho*, 2.ª ed., Coimbra, Edições Almedina, 2010, p. 223.

[16] Aqui a professora menciona o caso Jette Ring, em que o TJUE decidiu que determinada legislação nacional que reduziu "o prazo de pré-aviso para denúncia do contrato de trabalho no caso de deficiência quando o trabalhador esteve de baixa por doença com manutenção da remuneração durante um total de 120 dias ao longo dos últimos doze meses era contrária à Diretiva" *Cfr.* MOREIRA, *Igualdade e Não Discriminação, op. cit.,* p. 218.

[17] Idem, p. 217-218.

[18] Idem, p. 212.

de provar que no relativo ambiente laboral não existe qualquer outro cargo ou função que se adaptem às condições do trabalhador deficiente.

Em relação ao segundo pressuposto, mostra-se óbvio que o empregador deverá tomar o conhecimento das necessidades do trabalhador ou do candidato para que, somente assim, o possa promover as adaptações necessárias, bem como equiparar os gastos e aferir as vantagens e desvantagens que a implementação das adaptações razoáveis lhe proporcionarão.

O terceiro requisito versa sobre a segurança e saúde do trabalho, e, neste aspeto, parece-nos que é claro o objetivo que o legislador quis alcançar, uma vez que, por mais que o direito ao trabalho seja um direito de natureza fundamental, este não poderá sobrepor-se ao direito à vida e ao direito à saúde.

3.2 Encargo desproporcional ao empregador

Conforme já visto, um dos pressupostos para a aplicação do conceito de adaptação razoável é que o relativo encargo não seja demasiadamente desproporcional ao empregador, pois, é certo que da atividade empresarial originam-se uma complexidade de interesses de ordem pública, como o crescimento económico, estabilidade do emprego e harmonia social.

Contudo, conforme muito bem anota a professora Teresa Moreira no sentido de concordar com Júlio Gomes, também corroboramos com a ideia de que "os encargos que são impostos aos empregadores são extremamente reduzidos, não sendo muito clara a extensão da obrigação do empregador introduzir alterações razoáveis"[19].

Destaca-se que também corroboramos com a ideia defendida pela professora Teresa Moreira[20] conforme afirma-se que o conceito de adaptação razoável não deve ser encarado como um encargo ao empregador, senão como um benefício, não só ao trabalhador ou candidato com deficiência ou doença crónica, mas à toda malta de colaboradores e clientes, bem como, por consequência, à atividade empresarial e seus *stakeholders*.

Por fim, para que se afira a desproporcionalidade da adaptação razoável, deve ter-se em conta que se trata de uma "categoria económica e não psicológica", havendo vários elementos a serem considerados, tais como os recursos finan-

---

[19] Idem, p.212 *apud* GOMES, Júlio, 2007, *Direito do trabalho – Volume I – Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 399-400.

[20] *Cfr.* MOREIRA, *Igualdade e Não Discriminação, op. cit.,* p. 214 "consideramos que teria sido preferível que a Diretiva apontasse também para os eventuais benefícios que poderão advir das adaptações que os empregadores fazem pois concentrar apenas toda a atenção nesta dicotomia entre trabalhador ou candidato com deficiência e empregador reforça a perceção de que o principal resultado adaptação realizada pelo empregador é um custo e não um benefício".

ceiros da empresa, a sua dimensão e o número de trabalhadores, uma vez que, via de regra, "estas adaptações serão mais razoáveis em empresas com maiores recursos, assim como a possibilidade de obtenção de auxílios financeiros por parte do Estado"[21].

4. Considerações finais

Através do presente artigo, escolheu-se discorrer acerca da discriminação dos trabalhadores em razão da deficiência ou doença crónica, sob o viés do conceito de adaptação razoável como benefício ao empregador. Devido à abrangência do referido tema, uma vez que há certa dificuldade em definir e delimitar o conceito de deficiência ante a sua noção de princípio fundamental, bem como o facto de este envolver diversos aspetos relacionados aos direitos humanos, optou-se por utilizar o conceito de adaptação razoável como medida de combate à discriminação dos trabalhadores portadores de deficiência física ou doença crónica e defendê-lo, também, como um benefício (e não como um custo) ao empregador.

Neste sentido, fizemos uma breve explanação acerca da noção de deficiência, bem como constatamos que os dispositivos legais visam, sobretudo, assegurar a igualdade de tratamento às pessoas com deficiência e exigir a adaptação das condições de trabalho à situação particular destes trabalhadores.

Destacamos, também, os princípios da igualdade e da não discriminação, os quais são garantidos por diversas disposições nacionais e internacionais, bem como diferenciamos a discriminação direta da discriminação indireta ao colacionarmos alguns dispositivos da Diretiva 2000/78/CE e do Código de Trabalho português. Ademais, tentou-se trazer o máximo de disposições, nacionais e internacionais, que versam sobre o princípio da igualdade e da não discriminação do trabalhador portador de deficiência ou doença crónica.

Asseveramos, ainda que de forma superficial, o conceito de adaptação razoável e seus pressupostos, para, então, darmos maior destaque a ideia defendida pela professora Teresa Moreira, que se consubstancia na noção de que a adaptação razoável deve ser vista como um benefício ao empregador e sua atividade empresarial, diferentemente da ótica de custo utilizada tanto pelo legislador nacional como comunitário.

Por fim, conclui-se que os trabalhadores portadores de deficiência física ou doença crónica devem ser vistos sob uma ótica de igualdade indireta, na medida em que o tratamento diferenciado, sobretudo na implementação do conceito de adaptação razoável, é essencial para que se atinja a igualdade plena,

[21] MOREIRA, *Igualdade e Não Discriminação*, *op. cit.*, p. 214.

bem como se respeite todos os direitos fundamentais inerentes à toda e qualquer pessoa humana.

Bibliografia

GOMES, Júlio, *Direito do trabalho – Volume I – Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

LEITÃO, Luís Manoel Teles de Menezes, *Direito do Trabalho*, 2.ª ed., Coimbra, Edições Almedina, 2010.

MOREIRA, Teresa Coelho, *Igualdade e Não Discriminação*, Coimbra, Edições Almedina, 2013.

MOREIRA, Teresa Coelho, «A Discriminação dos Trabalhadores em Razão da Deficiência na jurisprudência do TJUE: Breve análise dos casos Chacón Navas, Jette Ring, Z. e Coleman, R. Dir. Gar. Fund». *Revista de direitos e garantias fundamentais,* v.15, número 2, jul./dez, de 2014, p. 265-294, disponível em: http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/743/233.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Direito do Trabalho parte II*, 3.ª ed., Coimbra, Edições Almedina, 2010.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, *Manual de Direito do Trabalho,* Lisboa, Verbo, 2010.

DIREITOS HUMANOS E TRABALHO DECENTE *VIS-À-VIS* A AMPLIAÇÃO DA PERMISSÃO JURÍDICA DA TERCEIRIZAÇÃO E A CRISE DA REPRESENTATIVIDADE SINDICAL: O QUE SERÁ DOS TRABALHADORES TERCEIRIZADOS DO BRASIL?[1]

Silvio BELTRAMELLI NETO[2]
Laís SILVEIRA[3]

[1] Este artigo reproduz, com algumas adaptações pontuais, o texto publicado sob o título «Representação dos trabalhadores terceirizados em face da ampliação da permissão jurídica da terceirização no Brasil: análise na perspectiva do trabalho decente e de seu imperativo de proteção dos direitos humanos», veiculado pela *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 1, p. 39-61, jan./abr. 2019. ISSN 2236-7284, disponível em: https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/61985. DOI:http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v64i1.61985.

[2] Professor Titular Categoria A1 da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (Brasil), vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito, linha de pesquisa "Cooperação Internacional e Direitos Humanos", grupo de pesquisa Direito num Mundo Globalizado (CNPQ-Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico/PUC-Campinas). Pós-doutorando em Desenvolvimento Econômico pelo Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP, integrando o Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho - CESIT. Doutor em Direito (2013) pela Universidade de São Paulo - USP. Membro do Ministério Público do Trabalho (Procurador do Trabalho). E-mail: silviobeltramelli@gmail.com.

[3] Advogada graduada pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (Brasil), com pesquisa monográfica orientada pelo professor coautor. E-mail: silveira.lais@outlook.com.

1. Introdução

A partir da premissa de que a proteção dos direitos humanos dos trabalhadores é ínsita à concepção de Trabalho Decente apresentada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), apresentada *ab initio*, o presente artigo tem por escopo problematizar, na perspectiva das condições laborais dos trabalhadores terceirizados e da realidade da atuação sindical brasileira, o caminho adotado pelo Brasil, a partir da sensível alteração jurídica produzida pela Lei 13.429, publicada em 31 de março de 2017, que ampliou, substancialmente, as hipóteses de terceirização de atividades, em comparação com os padrões jurídicos vigentes à época de sua aprovação.

Desde sua contextualização como fenômeno global, apresentar-se-á o itinerário fático e jurídico da terceirização no Brasil até o momento atual, para, a seguir, projetar as mudanças legislativas alusivas à terceirização e à negociação coletiva para o campo sindical, partindo da configuração do sistema jurídico brasileiro de representação de trabalhadores para então oferecer, sem intento determinista, uma reflexão crítica sobre pontos sensíveis em termos de condições de trabalho e direitos para o trabalhador terceirizado em cotejo com o imperativo de proteção dos direitos humanos laborais, consagrado pela concepção internacional de Trabalho Decente.

Para este trabalho foram empregados, de modo associado, os métodos histórico e bibliográfico, de forma a contemplar informações sociológicas (inclusive estatísticas) e normativas que subsidiassem as reflexões alinhavadas.

2. O dever estatal de proteção dos direitos humanos como objetivo estratégico da concepção de trabalho decente

A OIT, em 1999, como nova estratégia de atuação frente às alterações econômicas e sociais ocorridas no final do século XX, lança a concepção de Trabalho Decente como eixo temático central de suas atividades[4], afirmando-o como o "ponto de convergência de seus quatro objetivos estratégicos", quais sejam, a promoção dos direitos fundamentais no trabalho, o emprego, a proteção social e o diálogo social[5].

Interessa, neste momento, notar que o primeiro objetivo estratégico foi dividido em três prioridades, quais sejam, promover a Declaração da OIT so-

[4] CRIVELLI, Ericson, *Direito internacional do trabalho contemporâneo*, São Paulo, LTr, 2010, p. 90-153.

[5] ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, «Memoria Del Director General del: Trabajo decente», *Conferencia Internacional del trabajo*, 87ª reúnion., Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, jun. 1999, p. 06 [consult. 30 jan. 2018], disponível em: http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm.

bre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, intensificar a luta contra o trabalho infantil e, finalmente, renovar as atividades relativas às normas da OIT, todas com o desígnio de preservar os princípios e direitos do trabalho. Proteger os direitos humanos ("fundamentais") do trabalhador, portanto, é um imperativo conceitual da ideia de Trabalho Decente, assim como se reconhece à própria razão de existir da OIT.

Segundo J. J. Gomes Canotilho, os direitos humanos desempenham quatro funções fundamentais: função de defesa ou de liberdade, função de prestação social, função de proteção perante terceiros e função de não discriminação[6].

A função de defesa ou de liberdade visa pôr a salvo os interesses do cidadão da arbitrariedade do Estado, ensejando a abstenção estatal de intervenção em face de determinados direitos. A função de prestação social remete à concretização dos direitos humanos cuja fruição exige providências do Estado, *v.g.*, saúde, educação e segurança.

A função da proteção perante terceiros demanda providências estatais voltadas à proteção dos titulares de direitos humanos em face da violação perpetrada por outros particulares (ação de proteger para evitar a violação). Tal função insta os diferentes órgãos estatais a prevenir e reprimir afrontas a direitos humanos, mediante providências políticas públicas, edição de leis punitivas e realização de investigações, julgamentos e imposição de sanções.

A função de não discriminação deriva da igualdade como pilar da salvaguarda da dignidade da pessoa humana e impõe o tratamento estatal de seus cidadãos como iguais, em todas as suas instâncias de atuação.

Com inspiração nesta classificação, é possível afirmar que todo direito humano está apto a ensejar dever de respeito, promoção e proteção, a ser desincumbido, em qualquer caso, com observância do imperativo de proibição da discriminação[7], ao que estão adstritas todas as instâncias estatais (administrativas, legislativas e judiciárias)[8].

Sob esta ótica, a proteção dos direitos humanos dos trabalhadores como cerne do Trabalho Decente afigura-se evidente manifestação do dever estatal de proteção daqueles direitos, ao qual está adstrito o Estado brasileiro (incluindo

---

[6] CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7. ed. Coimbra, Almedina, 2003, p. 407-410.

[7] O triplo ônus de respeito, proteção e promoção consubstancia obrigação jurídica corriqueiramente enunciada em tratados de Direito Internacional dos Direitos Humanos, como se pode inferir, *v.g.,* do artigo 2º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e do artigo 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU) e dos artigos 1º e 2º da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (OEA). Todos os citados tratados são documentos em vigor e regularmente ratificados pelo Brasil.

[8] BELTRAMELLI NETO, Silvio, *Direitos Humanos*, 4. Ed., Salvador, Juspodivm, 2017, p. 41.

seus legisladores), enquanto membro da OIT. Eis, pois, a premissa que inspira **a análise a seguir será desenvolvida.**

3. Terceirização: fenômeno toyotista do capitalismo de acumulação flexível

A terceirização é técnica de organização do trabalho, dentro do processo produtivo, cujo uso difundido levou a que o Direito dela se ocupasse.

A "entrega" de parte do processo produtivo a outrem, mediante subcontratação, afirma-se no contexto da transição do capitalismo de superacumulação para o capitalismo de acumulação flexível, vivenciada na segunda metade do século XX e que pautou, no campo das relações laborais, outra transição, a do sistema fordista de organização do trabalho[9] para o sistema toyotista, ambas essas passagens inspiradas pelo intuito de superação da rigidez pela fluidez de capitais, da produção (*just-in-time*) e da mão-de-obra, nesse último caso com redução do número de trabalhadores centrais[10]. Passa a ter lugar a era dos "trabalhadores hifenizados", assim chamados por Huw Beynon: *part-time workers* (trabalhadores em tempo parcial), *temporary-workers* (trabalhadores temporários), *causal-workers* (trabalhadores casuais), *self-employed workers* (trabalhadores autônomos), etc[11].

O toyotismo é considerado produto de quatro fases de profundas mudanças na organização do trabalho das indústrias japonesas, a partir da crise do capitalismo de superacumulação[12]. A primeira fase remonta ao emprego pela indústria automobilística japonesa de técnicas produtivas da indústria têxtil, notadamente a exigência da operação de várias máquinas pelo empregado. A segunda fase consiste no desenvolvimento de práticas de aumento de produção, sem aumento do quadro de funcionários, como resposta à crise financeira japonesa pós-2ª Guerra Mundial. A terceira fase alude à importação da concepção de reposição de mercadoria conforme o consumo (*just-in-time*), difundida nos supermercados dos EUA. E a quarta fase consistiu na expansão do *kanban* (versão japonesa do *just-in-time*) às empresas subcontratadas e fornecedores.

---

[9] O sistema fordista é caracterizado pela produção massificada, organizada em linha de montagem, com controle de tempos e movimentos (produção em série cronometrada) e fragmentação de tarefas, havidos em unidades fabris concentradas e com o protagonismo de relações de subordinação verticalizadas (ANTUNES, Ricardo, *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*, 9. ed., São Paulo, Cortez, 2003, p. 25).

[10] HARVEY, David, *Condição pós-moderna,* Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves (trad.), 13. ed., São Paulo, Loyola, 2004, p. 140-144.

[11] ANTUNES, Ricardo, *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*, 1· ed. São Paulo, Boitempo Editorial, 1999, p. 72.

[12] ANTUNES, *Adeus ao trabalho?* [...], *op. cit.*, p. 31-32.

Este modelo japonês acabou por preconizar o avanço tecnológico, a capacidade de extração intensificada do trabalho, o trabalho em equipe, o controle sindical e o ganho salarial de acordo com a produtividade.

No que tange à terceirização, a partir da experiência italiana de descentralização produtiva, fala-se no advento da "especialização flexível" – consequência da aplicação dos cânones da acumulação flexível do capital aos processos produtivos –, que articula, de um lado, significativo desenvolvimento tecnológico e, de outro, desconcentração produtiva, com delegação para pequenas e médias empresas[13].

Enquanto fenômeno mundial, a implantação da terceirização como método de organização do trabalho atende e viabiliza, no campo das relações laborais, as expectativas do capitalismo de acumulação flexível, o qual, por sua vez, também se materializa na seara política, pela via do neoliberalismo, que implanta agenda própria de medidas relacionadas à questão jurídica da terceirização. Preceitua a agenda neoliberal, entre outros tópicos, a intensa desregulamentação e flexibilização das relações de trabalho e a coibição enérgica da atuação sindical[14].

É crucial destacar para os fins deste trabalho que a terceirização é técnica toyotista que também cumpre a função política de confrontar e enfraquecer o sindicalismo forjado pela consciência de classe favorecida pelo sistema de concentração de mão-de-obra nas fábricas, algo sobremaneira diluído pelas práticas pertinentes à terceirização[15]. Com a terceirização, consolida-se uma nefasta distinção entre trabalhadores de primeira categoria (contratados diretamente) e de segunda categoria (terceirizados), que dissolve a identidade de classe, minando o alicerce do sindicalismo combativo[16]. Não por outro motivo, o toyotismo, no Japão, também se justificou pela necessidade de enfrentamento de um confrontante sindicalismo japonês, que viria, depois da intervenção toyotista, a se tornar submisso ao patronato[17].

---

[13] Id. Ibid., p. 25.

[14] ANTUNES, *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*, *op. cit.*, p. 66.

[15] HARVEY, *op. cit.*, p. 145.

[16] DRUCK, Graça, *Terceirização: (des)fordizando a fábrica – Um estudo do complexo petroquímico*, São Paulo, Boitempo, 2001, p. 97.

[17] ANTUNES, *Adeus ao trabalho?* [...], *op. cit.*, p. 32-33.

4. Terceirização no Brasil enquanto fenômeno social

Quanto ao Brasil, é possível periodizar a implementação do toyotismo em três fases[18]. A primeira, vivenciada na passagem da década de 70 à de 80, corresponde à adoção dos "Círculos de Controle de Qualidade". A segunda, compreendida entre meados da década de 80 e de 90, testemunhou a implementação pela indústria automobilística brasileira de práticas como a produção *just-in-time*, os Programas de Qualidade Total e o Controle Estatístico de Processo. E, por fim, a terceira, da década de 90 em diante, caracterizou-se pela expansão ao setor de bens e serviços da cultura da qualidade.

O ideário toyotista encontrou eco na necessidade brasileira da busca de novos padrões de organização do trabalho, escancarada nos anos 90, em razão, de um lado, da exigência, imposta pelo mercado aberto e internacionalmente competitivo, de redução de custos, com maiores produtividade e qualidade e, por outro, da sobrevivência do setor produtivo em um país marcado pela instabilidade econômica e pelo processo inflacionário crônico[19]. Todavia, não se pode afirmar que houve integral disseminação do toyotismo no Brasil, seja porque ainda permanece com seguimentos produtivos usuários de técnicas fordistas, seja porque a implementação das práticas toyotistas ainda esbarra em uma cultura marcadamente autoritária, pela qual os trabalhadores são impingidos a aceitar as novas exigências da rotina de trabalho pela ameaça do desemprego, ao invés de serem convencidos a assumi-las na crença da melhoria de suas condições laborais[20].

As idiossincrasias brasileiras em face do modelo japonês de flexibilização do trabalho fizeram nascer, na seara industrial, duas vertentes de radicalização de tal modelo atinentes à terceirização, denominadas consórcio modular e condomínio industrial[21], que se diferem com relação à localização dos prestadores, os quais, no consórcio modular, se encontram na mesma planta da montadora e, no condomínio industrial, se acham no interior da empresa principal ou em suas proximidades. Outro fator que os distingue consiste o fato de, no condomínio industrial, a empresa principal ser encarregada da montagem final de seu

[18] DRUCK, *Terceirização, op. cit.*, p. 102-103.

[19] Id. Ibid., p. 118.

[20] Id. Ibid., p. 115. A superação desta barreira vem sendo buscada pela aplicação de outro instituto tipicamente toyotista, denominado endomarketing, calcado em sistemas de promoção interna dos trabalhadores e na participação nos lucros e resultados, visando também proporcionar o desenvolvimento de novas ideias e, por conseguinte, o crescimento da eficiência produtiva (ALFARO, Larissa Menine, *Terceirização do trabalho no Brasil, precarização e a vedação do retrocesso social*, Curitiba, Universidade Federal do Paraná, 2016, p. 25, Dissertação de Mestrado [consult. 12 abr. 2017], disponível em: http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/41802/R%20-%20D%2-%20LARISSA%20MENINE%20ALFARO.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

[21] Id. Ibid., p. 27.

produto, ao passo que, no consórcio, é responsável pela elaboração do projeto, verificação da qualidade final e marketing do produto[22].

Segundo o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), respeitado órgão brasileiro de pesquisas criado por entidades sindicais, a análise qualificada de informações constantes de bancos de dados oficiais do Governo, notadamente o Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), a Relação Anual de Informações Sociais (Rais) e a Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), permite identificar as principais atividades econômicas que são, tipicamente, objeto de terceirização, entre elas: manutenção e reparação, representação comercial, suporte técnico, fornecimento e gestão de recursos humanos para terceiros, atividades de monitoramento, atividades de cobrança, construção civil, confecção de roupas, fabricação de calçados, coleta de resíduos, consultoria em tecnologia da informação, atividade de teleatendimento e serviços de engenharia[23].

Em números absolutos, em 2014, havia 12,5 milhões de empregados em atividades tipicamente terceirizadas e 35,6 milhões nas tipicamente contratantes (contratação direta, sem intermediação), ou seja, aquelas respondem por cerca de um quarto dos vínculos de trabalho formais no Brasil. No final de 2014, verifica-se, entre os contratados diretamente, que, de cada 100 vínculos ativos, pouco mais de 40 foram rompidos. Já nos setores tipicamente terceirizados, essa relação é de 100 vínculos ativos para 80 rompidos, indicando que as atividades tipicamente terceirizadas sofrem alta rotatividade – os vínculos nas atividades tipicamente terceirizadas duram, em média, 2 anos e 10 meses, enquanto que os contratos diretos duram, em média, 5 anos e 10 meses[24].

A remuneração nominal média, nas atividades tipicamente terceirizadas, também é consideravelmente inferior à verificada para os vínculos diretos, a saber: em dezembro de 2014, a remuneração média nos contratos diretos era de R$ 2.639,00, enquanto nas atividades tipicamente terceirizadas era de R$ 2.021,00. O porte do empregador também acirra este distanciamento. Nas empresas que mantêm entre 1 a 4 e entre 5 e 9 empregados, nas atividades tipicamente terceirizadas, a diferença salarial média a bem das empresas de mesmo porte que

---

[22] Id. Ibid., p. 28.

[23] DIEESE, *Nota técnica nº 172: terceirização e precarização das condições de trabalho - Condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes*, São Paulo, DIEESE, 2017, p. 3.

[24] Id. Ibid., p. 4-6. "Em certos casos (terceirização interna), ela reaproveita uma parte dos trabalhadores expulsos, valendo-se de outra empresa, que os comercializa. Em geral eles voltam com um uniforme mais simples, um salário mais pobre e uma aderência menor. E ela também os reencontra diferente, sem o *status* e os ônus de empregadora. É como uma espécie de mágica" (VIANA, Márcio Túlio, «Terceirização e sindicato. Um enfoque para além do jurídico», *Revista Ltr*, ano 67, n. 7, julho de 2003, p. 216).

efetuam contratação direta é de 14,5% e 5,1%, respectivamente. Diferentemente, naquelas com 1000 ou mais empregados, a diferença salarial média em prol das empresas que contratam diretamente chega a 47,6%[25].

A disparidade em desfavor dos trabalhadores terceirizados permanece quando os assuntos são jornada de trabalho e acidente de trabalho. Tem-se que 85,9% dos terceirizados cumprem jornada contratada na faixa de 41 a 44 horas semanais contra 61,6% nas atividades tipicamente contratantes[26]. Consoante estudo da Central Única dos Trabalhadores (CUT), igualmente baseado em dados governamentais oficiais, é possível afirmar que trabalhadores terceirizados, no Brasil, laboram cerca de 3 horas a mais, semanalmente, em comparação com contratados diretos, sem considerar horas extras ou banco de horas realizadas[27]. De outra banda, na faixa de remunerados até 1,3 salário mínimo, há mais acidentes de trabalho típicos nas atividades tipicamente terceirizadas, em comparação com as atividades desempenhadas em contratação direta, chegando a ser duas vezes mais alta, em alguns casos[28].

5. Terceirização no Brasil enquanto fenômeno jurídico

A trajetória da legislação brasileira afeta ao tema evidencia a já referida ligação da terceirização com o capitalismo de acumulação flexível e com a agenda neoliberal, contudo não sem atropelos.

É que a história do direito do trabalho (e, no Brasil, não é diferente) remete à regulação de uma relação fática essencial e naturalmente bilateral, entre dono dos meios de produção e detentor da força de trabalho. Traduzida juridicamente, esta relação formaliza-se mediante um contrato entre duas partes: de um lado, quem contrata, remunera e se beneficia da atividade laboral desempenhada e, de outro, quem dispõe dessa atividade em troca de remuneração. A terceirização, do ponto de vista prático, insere um terceiro personagem (o prestador de serviços) sem, contudo, alterar o panorama entre quem se beneficia, diretamente, do serviço prestado e de quem o presta de fato. O intermediário apenas experimenta a vantagem econômica pela facilitação da flexibilização da relação entre os atores essenciais do enlace laboral, em termos de tempo e encargos (jurídicos e financeiros).

---

[25] DIEESE, *Nota técnica nº 172*, *op. cit.*, p. 19.

[26] Id. Ibid., p. 13.

[27] CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES, *Terceirização e Desenvolvimento: uma conta que não fecha - Dossiê acerca do impacto da Terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos*, São Paulo, Central Única dos Trabalhadores, 2014.

[28] DIEESE, *Nota técnica nº 172*, *op. cit.,* 17.

Em sendo assim, a legislação trabalhista brasileira, construída a partir da bilateralidade do contrato de trabalho, tem na regulação da terceirização um desafio a essa clássica fórmula hegemônica, baseada na bilateralidade[29], consagrada nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que faz as vezes de código juslaboral brasileiro[30].

A primeira norma brasileira relacionada à terceirização advém da década de 40, com a promulgação da própria CLT e seu artigo 455, permissivo da realização de subcontratação de empregados na área da construção civil[31].

Seguiu-se com a edição do Decreto-Lei 200/67, autorizador da ampla descentralização da execução das atividades da Administração Pública Federal, complementado pela Lei 5.64/70, que apresentou um rol exemplificativo dessas atividades passíveis de terceirização, quais sejam, "transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas".

Após, editou-se a Lei 6.019/74 ("Lei do Trabalhador Temporário"), que permitiu que as empresas contratassem mão-de-obra de menor custo e por tempo determinado sem, no entanto, assumir qualquer direta responsabilidade com relação ao trabalhador, vinculado a uma empresa interposta especialmente constituída para o fim deste tipo de intermediação. Posteriormente, novas normas ampliaram a tolerância jurídica à terceirização, como a Lei 7.102/83 ("Lei sobre os Serviços de Vigilância").

No ano 1994, lei federal inseriu na CLT o parágrafo único do artigo 442, declarando a inexistência de vínculo de emprego entre os associados de uma sociedade cooperativa e o tomador de serviços dessa, dando ensejo a uma onda de delegação de atividades produtivas a cooperativas, posteriormente arrefecida por uma avalanche de decisões judiciais declaratórias de nulidade de contratos mantidos com esta roupagem, em fraudulenta ocultação de verdadeiro vínculo de emprego entre contratante e pseudocooperado.

A existência de fragmentos legislativos acerca da terceirização frente à sua disseminação prática e as frequentes demandas jurídicas advindas desse quadro levou a que o Poder Judiciário, mais especificamente a Justiça do Trabalho, fosse chamada a estipular os parâmetros jurídicos da terceirização. O fez,

---

[29] DELGADO, Mauricio Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*, 15a Ed., São Paulo, LTr, 2016, p. 487.

[30] CLT, Art. 2º - "Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço". [...]; Art. 3º - "Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário".

[31] SOUZA, Filipe Augusto Silveira de; LEMOS, Ana Heloisa da Costa, «Terceirização e resistência no Brasil: o Projeto de Lei n. 4.330/04 e a ação dos atores coletivos», *Cad. EBAPE.BR*, v. 14, n. 4, Dez. 2016. p. 1035-1053.

inicialmente, nos anos 80, pela aprovação da Súmula de Jurisprudência nº 256, entendimento consolidado do Tribunal Superior do Trabalho (TST - órgão de cúpula da Justiça do Trabalho brasileira), de cuja revisão posterior originou-se a Súmula nº 331[32].

Em síntese, a Súmula nº 331, partindo do rechaço à terceirização como mera intermediação de mão-de-obra, estabelece uma distinção entre objetos passíveis e impassíveis de serem terceirizados, enumerando os primeiros, admitidos desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação. São eles: vigilância, conservação e limpeza e serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador (concepção desde sempre suscitadora de intensa controvérsia sobre sua configuração, no plano dos fatos). A mesma Súmula fixa a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo empregador prestador de serviços.

Até março de 2017, a Súmula nº 331 do TST foi o referencial jurídico de regulação da terceirização no Brasil, panorama que se altera com a aprovação da Lei 13.429, de 31 de março de 2017, ("Lei da Terceirização") e, meses depois, da Lei 13.467/2017 ("Lei da Reforma Trabalhista).

A Lei 13.429/2017 promoveu substancial ampliação das possibilidades de terceirização de serviços, em comparação com os padrões fixados pela já aludida legislação fragmentada e, sobretudo, pela Súmula nº 331 do TST. O fez por força de alteração do texto de uma lei específica, qual seja, a Lei 6.019/74 ("Lei do Trabalho Temporário"), que deixa de disciplinar apenas o trabalho temporário, passando a versar sobre todos os tipos de prestação de serviços.

O novel artigo 4º-A da Lei nº 6.019/1974 define, sob um mesmo conceito, o trabalho temporário (específico) e a prestação de serviços a terceiros (geral)

---

[32] Súmula nº 331 do TST (redação vigente): "CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

como sendo "a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução". Percebe-se que o texto normativo, ao tolerar a transferência de qualquer atividade da empresa, inclusive a principal, fez questão de, explicitamente, abolir a distinção entre atividade-meio e atividade-fim, adotada pela Súmula nº 331 do TST como marco de diferenciação entre terceirização lícita e ilícita.

Segundo a versão atual da lei (artigo 2º), o trabalho temporário passa a se caracterizar como modalidade específica de terceirização, praticada por empresas especializadas apenas neste tipo de alocação de mão-de-obra e aceita exclusivamente para atender à substituição transitória de pessoal permanente (férias, licença-maternidade, licença para tratamento de saúde, etc) ou à demanda complementar de serviços.

O advento do artigo 19-B excluiu da aplicação da lei em questão as empresas de vigilância e transporte de valores, que permanecem reguladas por legislação especial, e, subsidiariamente, pela CLT. A *contrario sensu*, depreende-se da nova disciplina a mais ampla liberdade patronal de terceirizar atividades, inclusive na área rural. Nesta linha, a redação atual do artigo 5º da Lei nº 6.019/1974 autoriza a ser tomador de serviços terceirizados tanto a pessoa física quanto a jurídica, reiterando a possibilidade de delegação de "quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal".

Para além da quase ilimitada gama de atividades passíveis de terceirização, o novo artigo 4-A, parágrafo 1º, permite a subcontratação pela prestadora de serviços de outras empresas para realização dos serviços objeto da contratação junto ao tomador, admitindo a instituição de uma cadeia interminável de subcontratações ("quarteirização")[33].

Novas disposições contidas nos parágrafos do artigo. 5º da Lei nº 6.019/1974 ainda vedam à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços, além de autorizar que os serviços contratados sejam executados nas instalações físicas da empresa tomadora ou em outro local, de comum acordo entre as partes. Fixa-se, ainda, a responsabilidade da tomadora de garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores terceirizados, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato.

O § 4º do artigo 5º diz que a contratante "poderá" estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulato-

[33] DIEESE, *Nota Técnica nº 175: Impactos da lei 13.429/17 (antigo PL 4.302/1998) para os trabalhadores,* São Paulo, DIEESE, 2017.

rial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado. Chama a atenção tratar-se de providência facultativa, formalizando o tratamento desigual que permeia o trabalho terceirizado.

Ademais, a lei mantém o padrão estatuído pela Súmula nº 331 do TST ao estabelecer que a tomadora é apenas subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviço, de modo que o inadimplemento da prestadora/empregadora só ensejará cobrança à tomadora quando esgotados os meios de obtenção do saldo da dívida perante a intermediadora de mão-de-obra, o que, em regra, como se apreende da experiência anterior à novidade legal, só acontecerá em juízo, na fase de execução de sentença condenatória, portanto, após longo período de discussão judicial.

Em complemento, a chamada "Lei da Reforma Trabalhista" (Lei 13.467/17), que procedeu a substanciais alterações da CLT em ordem também a flexibilizá-la, fez introduzir dois outros artigos na Lei nº 6.019/1974 , quais sejam, os artigos 5º-C e 5º-D, estabelecendo uma espécie de "quarentena", ao vedar que empresas contratem como trabalhadores terceirizados quem tenha sido seu empregado diretamente contratado nos 18 meses subsequentes à dispensa ou demissão.

Em suma, intensificando o cumprimento da agenda neoliberal para as relações de trabalho, o Brasil, com a Lei da Terceirização, incentiva a contratação triangular e, com isso, permite que se cogite a forte ampliação do atual quadro de mais de 12 milhões de pessoas sujeitas a um regime de trabalho precarizado, porquanto deficitário, como estatisticamente demonstrado, em termos de longevidade contratual, remuneração, limitação de jornada laboral e de riscos à saúde e segurança.

Em que pese esta regulamentação mais detalhada e ampliativa da terceirização, é certo que, juridicamente, a possibilidade do reconhecimento de vínculo empregatício direto entre a tomadora de serviços e o trabalhador não deixou de existir, porquanto ainda viger o artigo 9º da CLT, segundo o qual "serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação". Tal dispositivo é tido como fundamentação do afastamento judicial da triangulação típica da terceirização, nas hipóteses em que, de fato, for constatado mero fornecimento de mão-de-obra, que submete o trabalhador à subordinação ao tomador de serviços. Entretanto, ainda é incerta a postura do Poder Judiciário frente a este modo de avaliar as relações laborais triangulares, sob a ótica da nova normativa.

6. Breve escorço histórico-normativo da organização sindical brasileira

À semelhança dos sindicatos europeus, a admissão jurídica das organizações sindicais brasileiras submeteu-se a três fases, quais sejam, proibição, tolerância e reconhecimento, sendo certo que o movimento de trabalhadores, no Brasil, desencadeou-se não propriamente com a feição sindical, mas mutualista, em função da concomitância entre os sistemas de trabalho livre e escravo[34].

As primeiras formas associativas brasileiras de trabalhadores são constatadas ao final do século XIX, com atuação de perfil mais assistencialista do que reivindicatória, em que pese a proibição pela então vigente Constituição de 1824 das chamadas corporações de ofício[35].

Apesar dessa proibição constitucional, cerca de quatro décadas depois, observou-se o surgimento de associações de trabalhadores denominadas de ligas operárias, formadas sem restrição e que pleiteavam melhores condições de trabalho, propiciando a formação de modelos sindicais plurais[36].

Já no início do século XX, concomitantemente com o surto industrial do país, acarretador da concentração populacional na região sudeste do território, o movimento operário, integrado basicamente por trabalhadores estrangeiros e oriundos da área rural, conquanto ainda carente de reconhecimento legal e confrontado pela violência estatal, vê-se impulsionado por reivindicações em favor de melhores condições laborais, levadas a efeito, muitas vezes, por importantes movimentos grevistas, sobretudo nas duas primeiras décadas[37]. À época, na maioria das indústrias que se instalaram no país, se prezava a livre pactuação dos contratos laborais, permitindo condições desiguais entre homens, mulheres e crianças, falta de segurança no trabalho e problemas de remuneração em patamar condizente com a sobrevivência básica[38].

Decorrência desse contexto, as associações operárias adquiriram o nome de "sindicato" em 06 de janeiro de 1903, com a promulgação do Decreto 979, que autorizou a reunião de profissionais da agricultura e indústria para a defesa de seus interesses.

A partir deste marco no direito coletivo do trabalho brasileiro, observou-se a promulgação de importantes normas que inauguraram a regulação es-

---

[34] MISAILIDIS, Mirta L, *Os desafios do sindicalismo brasileiro diante das atuais tendências*, São Paulo, LTr, 2001, p. 43.

[35] Id. Ibid., p. 43-44.

[36] NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *Direito sindical,* São Paulo, Saraiva, 1989. p. 52.

[37] MISALIDIS, *Os desafios do sindicalismo*, *op. cit.*, p.45-49.

[38] Id. Ibid., p. 27.

trutural da organização sindical brasileira, sendo a primeira delas o artigo 72 da Constituição de 1891, que previu o direito de livre associação, seguida dos Decreto 979/1903 e 1.637/1907, que dispuseram sobre a permissão de criação de sindicatos e, posteriormente, a Constituição de 1934, que marcou o estabelecimento da fase de pluralismo e autonomia sindical.

Os anos trinta vão notabilizar a consolidação do reconhecimento jurídico de um movimento operário já não tanto marcado pela presença estrangeira, reconhecimento tal, porém, que se aufere sob controle rigoroso do Estado. O Decreto 19.770, de 19 de março de 1930, institui a "Lei dos Sindicatos", que os estabelece como órgãos auxiliares do Governo e por esse autorizados a funcionar, a partir de estatutos padronizados, em duro golpe à autonomia das agremiações profissionais[39].

Com a promulgação da Constituição de 1937 e do Decreto 1.402/1939, a pluralidade sindical cede lugar à unicidade, modelo esse consagrado, depois, com a edição da CLT, em 1943, e que se perpetuou até os dias atuais, a ponto de ser reproduzido pelo artigo 8º da Constituição Federal de 1988, atualmente vigente. Segundo tal modelo, é permitida a existência de apenas um sindicato patronal ou profissional para cada categoria em uma mesma base (área) territorial não inferior a um município.

Em meio ao declínio do regime ditatorial militar instaurado no país, em 1964, os anos 80 veem a emergência do chamado "novo sindicalismo" como resposta à crise econômica mundial e nacional dos anos 70, à financeirização do capital e ao avanço tecnológico nos processos produtivos já fragmentados pelas práticas toyotistas, associados à incapacidade do Estado de prover serviços públicos com qualidade. Contextualizada pelo clamor democrático que se intensificava e dele se valendo, a mobilização operária, muitas vezes à margem dos sindicatos oficiais controlados pelo Estado, renova-se em inúmeras e importantes greves do funcionalismo público e do setor industrial, sempre tendo por principal pleito a autonomia sindical[40], ou seja, a libertação do controle estatal, o que viria a ser em boa medida atendido pela Constituição Federal de 1988, aprovada como ato seguinte à retomada governo do país pelos civis.

O "novo sindicalismo", todavia, se arrefeceria às portas da década de 90, sucumbindo à reestruturação produtiva impingida em escala global e à emergência da pragmática neoliberal e da financeirização do capital, passando de um sindicalismo de confronto para o sindicalismo negocial, onde o embate cede

[39] Id. Ibid., p. 50.

[40] Id. Ibid., p. 72-75.

espaço para estratégias de parceria, negociação e incentivo aos pactos sindicais[41].

Com a nova Carta Constitucional, os sindicatos brasileiros deixam de depender de autorização estatal para sua criação, contudo, seus atos constitutivos livremente redigidos devem ser submetidos ao Ministério do Trabalho, para fins de registro e apuração da observância da unicidade territorial, que ainda se mantém, tal qual estatuída na CLT (artigo 8º, I, III e VIII da Constituição Federal). Não por outro motivo, senão pela adoção da "liberdade sindical mitigada", incompatível com a plena liberdade sindical consagrada pelo o artigo 2º da Convenção nº 87 da OIT, é que o Brasil, até hoje, não ratificou essa que é uma das oito convenções fundamentais da Organização.

O panorama normativo brasileiro atual reconhece, portanto, os sindicatos como associações, as quais têm a função de representar trabalhadores vinculados através de laços profissionais comuns, visando tratar de problemas coletivos das respectivas bases representadas, defendendo seus interesses, com o objetivo de auferir melhores condições de vida e labor para os trabalhadores a ele associados.

As entidades sindicais brasileiras estão, à luz do artigo 511 da CLT, adstritas à representação de categorias, que nada mais são do que grupos que pretensamente se reúnem a partir do compartilhamento de ideologias e ideias, formando, assim, uma classe com interesses convergentes[42]. Existem três espécies de categoria representadas por sindicatos, segundo o ordenamento jurídico brasileiro: a categoria profissional, a categoria econômica e a categoria diferenciada.

Com relação à categoria profissional, também denominada de categoria dos trabalhadores, segundo o artigo 511, parágrafo 2º, da CLT, é formada a partir da paridade das condições de vida provenientes de profissão ou trabalho em comum e em situações de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas.

Em contrapartida, a categoria econômica ou categoria dos empregadores é aquela na qual se forma um vínculo social fundado na reciprocidade de interesses econômicos entre os que realizam atividades similares, conexas ou idênticas, como dispõe o artigo 511, parágrafo 1º, da CLT.

O artigo supracitado, em seu parágrafo 3º, preceitua a categoria diferenciada como a classe que se forma com os empregados que exercem profissões ou funções diferenciadas, por força de um estatuto profissional especial ou em

---

[41] ANTUNES, Ricardo; SILVA, Jair Batista da, «Para onde foram os sindicatos? Do sindicalismo de confronto ao sindicalismo negocial», *Caderno CRH*, v. 28, n. 75, Dez/2015, p. 511-512.

[42] PEREIRA NETO, João Batista, *O sistema brasileiro de unicidade sindical e compulsoriedade de representação*, São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016. p. 44, Dissertação de Mestrado.

consequência de condições de vida singulares, podendo considerar como exemplo médicos, advogados, professores, economistas, entre inúmeros outros. Os trabalhadores dessa categoria não se agrupam a partir das atividades exercidas pelo empregador, mas sim pelo exercício de determinada profissão, portanto, o advogado que trabalha em um escritório, em um banco ou em uma empresa farmacêutica, será sempre representado pelo sindicato dos advogados.

A lei brasileira não reconhece, pois, mais de um sindicato representativo da mesma categoria em uma dada base territorial (artigo 8º, II, da Constituição Federal e artigo 516 da CLT), embora o sindicato possa ter uma base territorial de extensão distrital, municipal, intermunicipal, estadual e interestadual, sendo que, excepcionalmente, e atendendo às peculiaridades de determinadas categorias ou profissões, o Poder Executivo, através do Ministério do Trabalho, poderá autorizar o reconhecimento de sindicatos com base territorial nacional (artigo 517 da CLT). O desmembramento de um sindicato é admitido, a teor do artigo 571.

O agrupamento sindical, no Brasil, portanto, submete-se a critérios rígidos: apenas um sindicato por categoria profissional ou patronal e por base territorial. Tal critério de enquadramento sindical por categorias, associado à unicidade, gera problemas práticos sérios de representatividade, pois impossibilita que os trabalhadores escolham, livremente, as associações sindicais à quais queiram se vincular.

Ademais, o sistema sindical brasileiro não se resume aos sindicatos, sendo confederativo, por apresentar diferentes graus de associações sindicais, segundo a lei. Pela ordem crescente desses graus tem-se os sindicatos propriamente ditos (1º grau), as federações (2º grau) e as confederações (3º grau). As federações são organizadas por Estados da Federação, a partir da reunião de um número não inferior a cinco sindicatos, desde que representem a maioria absoluta de um grupo de atividades ou profissões idênticas, similares ou conexas (artigo 534 da CLT). Já as confederações são entidades de abrangência nacional, com sede na capital do país e constituídas pelo agrupamento mínimo de três federações (artigo 535 da CLT).

Mais recentemente, as chamadas Centrais Sindicais, atuantes, desde a década de 60, na mobilização política e reivindicatória de diversas categorias profissionais, experimentaram reconhecimento jurídico pela aprovação da Lei 11.648, de 31 de março de 2008. Desvencilhadas da unicidade que vincula os três graus associativos sindicais brasileiros, as centrais sindicais estão legalmente autorizadas a coordenar a representação dos trabalhadores por meio das organizações sindicais a ela filiadas e a participar de negociações em fóruns, colegiados de órgãos públicos e demais espaços de diálogo social que possuam composição tripartite, nos quais estejam em discussão assuntos de interesse geral dos trabalhadores (artigo 1º da Lei 11.648/08). Hodiernamente, as centrais sindicais

se afirmaram como importantes, senão decisivas instituições de mobilização e representação sindical, no contexto brasileiro, a despeito de seu tardio reconhecimento legal.

Não obstante a existência de entidades sindicais de distintos graus, permanece o sindicato ostentando a posição de entidade de direito privado que detém o monopólio legal da representação de trabalhadores para fins de negociação coletiva e greve.

O sistema sindical brasileiro atual, em síntese, consolida um modelo marcado pela unicidade sindical e pela compulsoriedade de representação.

7. O impacto da Lei da Reforma Trabalhista na atuação dos sindicatos

Em dezembro de 2016, foi apresentado pela Presidência da República à Câmara dos Deputados projeto de lei que tomou o número PL 6786/2016, com vistas, inicialmente, à alteração de 7 artigos da CLT e outros 8 da Lei nº 6.019/1974 ("Lei do Trabalho Temporário"). Tal projeto tramitou naquela Casa de forma acelerada, sendo, ao final, alvo de um texto substitutivo que, surpreendentemente, propôs a modificação de mais de 100 artigos da CLT.

Com inabitual urgência à vista a importância e complexidade da matéria, o referido substitutivo foi aprovado quase que instantaneamente, na Câmara dos Deputados, no dia 26 de abril de 2017, sem que se travasse qualquer discussão sobre o texto hipertrofiado. Na sequência, identificado como PLC 38/2017, o substitutivo aprovado na Câmara foi submetido ao Senado Federal. Também carecendo de um mínimo debate sobre o seu conteúdo, e sem qualquer alteração do texto recebido da Câmara dos Deputados, foi aprovada a lei, em 11 de julho de 2017, vindo a ser sancionada no dia 13 de julho pela Presidência da República, convertendo-se na Lei nº 13.467/2017 ("Lei da Reforma Trabalhista").

A nova lei, igualmente na esteira do ideário de flexibilização das relações e dos direitos trabalhistas, amplia sobremaneira o rol de tema afetos à relativização pela negociação coletiva entre sindicatos profissionais e sindicatos de empregadores, sem expressa vedação à mitigação de direitos nociva aos trabalhadores, instaurando o que ficou conhecido como "prevalência do negociado sobre o legislado".

O novel artigo 611-A da CLT estabelece rol exemplificativo de matérias sujeitas à negociação coletiva, entre as quais: jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; o banco de horas anual; o intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; a representação dos trabalhadores no local de trabalho; teletrabalho, regime de sobreaviso e trabalho intermitente; remuneração por produtividade, incluídas

gorjetas e remuneração por desempenho individual; modalidade de registro de jornada de trabalho; troca do dia de feriado; e enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres.

Em contrapartida, o também novo artigo 611-B enuncia rol taxativo de temas infensos à negociação coletiva, entre os quais: salário mínimo; valor nominal do décimo terceiro salário; remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; repouso semanal remunerado; remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% à do normal; férias devidas ao empregado; gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; licença-maternidade com duração mínima de cento e vinte dias; aviso prévio proporcional ao tempo de serviço mínimo de trinta dias; normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos; medidas de proteção legal de crianças e adolescentes; dentre outros já protegidos constitucionalmente.

Destarte, aos sindicatos profissionais e patronais e aos empregadores atribui-se amplo poder para regular suas relações, diferentemente do preceituado pela norma heterônoma e até mesmo para aquém do patamar por essa estabelecido, em franca dissonância com a proteção de direitos exigida pela ideia de Trabalho Decente.

8. A representação sindical dos trabalhadores terceirizados

No Projeto de Lei 4.330/04, precursor da Lei de Terceirização, havia previsão segundo a qual, na hipótese de o contrato de terceirização se dar entre empresa prestadora e tomadora de serviços de mesma categoria econômica, os empregados terceirizados deveriam ser representados pelo mesmo sindicato dos empregados da tomadora[43]. O dispositivo não vingou e, diante do horizonte reformista imposto, constatação eloquente há que ser feita: a Lei da Terceirização simplesmente silenciou acerca da representação sindical dos trabalhadores terceirizados.

Dentro deste cenário de mais de 12 milhões de obreiros terceirizados, de enfraquecimento sindical pela ação do capitalismo de acumulação flexível e da própria terceirização[44], e, agora, de prevalência do negociado sobre o legislado,

[43] BRASIL, *Artigo 8º, Projeto-Lei 4.330, de 26 de outubro de 2004,* Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes [consult. 07 abr. 2018], disponível em: .http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1325350.

[44] "Ao se fragmentar, a empresa também fragmenta o universo operário; mas, ao se recompor, formando a rede, não o recompõe. Os terceirizados não se integram aos trabalhadores permanentes" (VIANA, «Terceirização e sindicato», *op. cit*., p. 227).

conjugado com o sistema sindical brasileiro pautado pela possibilidade de um único sindicato por base territorial e por categoria profissional — caracterizada essa pela similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum — , afigura-se mais crucial do que nunca responder à questão sobre a qual omitiu-se a Lei da Terceirização: qual sindicato representa o trabalhador terceirizado, se essa condição não corresponde à concepção de categoria profissional tal como adotada pela lei brasileira?

A respeito, vislumbram-se dois caminhos a serem trilhados.

O primeiro aponta para que o trabalhador terceirizado seja representado pelo sindicato da categoria vinculada às atividades exercidas pelo tomador de serviços, uma vez que aquele é inserido no processo produtivo desse (muitas vezes em seu estabelecimento) e ali desenvolve seu cotidiano laboral[45]. Neste caso, em princípio, cogita-se favorecida a garantia aos terceirizados de um patamar de direitos equivalente àquele aplicável aos empregados diretamente contratados, presumivelmente melhor.

A segunda possibilidade remete a um enquadramento sindical de acordo com a atividade preponderante da empresa prestadora de serviços, ou seja, a representação formal dos terceirizados atine ao sindicato da categoria cuja atividade coaduna-se com o serviço objeto de venda pela prestadora. Essa hipótese suscita uma a questão altamente controversa, pertinente à proliferação de empresas prestadoras de serviços que oferecem o desempenho de diferentes atividades em seu "portfólio", angariando, por isso, em seu quadro funcional, profissionais que cumprem distintas funções, como vigias/porteiros, jardineiros, motoristas, faxineiros, etc, pessoas que, por certo, enfrentam dificuldade de se compreenderem como pertencentes a uma mesma categoria, em virtude da disparidade das condições de trabalho. Este fenômeno — repita-se, dissonante da ideia de "categoria profissional" consagrada pela CLT — segue acompanhado da criação de sindicatos de trabalhadores terceirizados (em sentido lato), a exemplo do Sindicato dos Empregados em Empresas de Prestação de Serviços a Terceiros, Colocação e Administração de Mão de Obra, Trabalho Temporário, Leitura de Medidores e Entrega de Avisos do Estado de São Paulo (SINDEEPRES).

Esta última vertente tem sido albergada, majoritariamente, pelos Tribunais brasileiros, salvo quando há terceirização ilícita ou fraudulenta, nos termos do já citado artigo 9º da CLT, hipótese em que o vínculo empregatício é declarado, judicialmente, com a tomadora de serviços e, por conseguinte, o enquadra-

[45] Nesta linha, *vide* DELGADO, Maurício Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*, 12. ed. São Paulo, Ltr, 2013, p. 480 - 481.

mento sindical do trabalhador se faz pelo sindicato que representa os empregados diretamente contratados por essa[46].

Considerando-se que, a despeito de todas essas dúvidas jurídicas, a terceirização disseminou-se, há décadas, no Brasil, e que a crescente criação de sindicatos de trabalhadores terceirizados é uma realidade, conquanto ainda há pouco aprovadas as alterações legislativas aqui analisadas, convém a avaliação da atuação recente desses sindicatos, na perspectiva da tutela dos interesses dessa população obreira. E, neste particular, o que se sabe não inspira ânimo.

O movimento sindical brasileiro, em todas as suas instâncias e graus, não logrou consenso sobre os limites da terceirização, sendo possível encontrar desde posições radicalmente contrárias até posições favoráveis entusiastas — sobretudo das agremiações cuja existência depende justamente da massa obreira terceirizada, como os sindicatos de trabalhadores terceirizados —, passando por entendimentos mitigados, como, por exemplo, a defesa da pertinência da terceirização de atividades-meio[47].

Os setores mais suscetíveis à terceirização apresentam menores índices de sindicalização, se comparados aos setores mais estruturados e afeitos à contratação direta. Exemplificativamente e com base em dados de 2015, de um lado, os setores da construção civil e do comércio, marcadamente partidários da delegação de atividades, contam com índices de sindicalização de 9,3% e 13,3%, respectivamente; de outro lado, os ramos agrícola e da indústria de transformação, menos afeitos à terceirização, ostentam índices substancialmente superiores de 28,7% e 23,3%, respectivamente. Considerando-se que a média nacional global de sindicalizados é de 19,5%, evidencia-se a quão deficitária é a sindicalização dos terceirizados, em um país no qual o ato de se sindicalizar já é, em geral, pouco frequente[48].

---

[46] Ilustrativamente, cf. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista 932006420075180010*. Recorrente: Banco do Brasil S.A. Recorrido: Abadio Vieira Campos e Setor mão-de-obra efetiva LTDA. Relatora: Kátia Magalhães Arruda. Brasília, 11 de dezembro de 2013; _____. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *Recurso Ordinário 00112868220135010028*. Recorrente: José Maurício Soares Filho. Recorridos: Banco Citibank S.A, Banco Itaucard S.A e Contax-Mobitel S.A. Relatora: Raquel de Oliveira Maciel. Rio de janeiro, 2013; _____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. *Recurso Ordinário 0001161-48.2012.5.05.0038*. Recorrentes: TF TECNOLOGIA LTDA. –EPP e BANCO DO BRASIL S.A. Recorridos: LUIZA MARY SANTANA MIRANDA, OS MESMOS e OUTROS (5). Relator: Desembargador Renato Mário Simões. Salvador, 18/07/2014.

[47] GALVÃO, Andréia [*et al.*], «Movimento sindical e negociação coletiva», in *Reforma trabalhista: textos para discussão*, José Dari Krein (coord.), Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho, Universidade Estadual de Campinas, out/2017, p. 5 [consult. 26 mar. 2018], disponível em: http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2017/11/Texto-de-discuss%C3%A3o-5-Negociacao-coletiva-e-sindicalismo-1.pdf.

[48] IBGE, *Aspectos das Relações de Trabalho e Sindicalização,* IBGE, Rio de Janeiro, 2017, p. 51-54.

No que se refere às negociações coletivas, é certo que quanto mais sujeita à precarização das condições de trabalho a categoria, menos mobilização sindical há e menos conquistas se concretizam em acordos ou convenções coletivas de trabalho. Para se ter uma ideia, justamente os setores mais precários em termos de condições de trabalho ostentam pouca ou nenhuma previsão, em acordo ou convenção coletiva de trabalho, sobre saúde e segurança[49].

Se assim o é para a negociação, não se pode esperar nada alentador a respeito da capacidade de realização de mobilização pelos terceirizados.

É de conhecimento geral que os posicionamentos políticos mais abrangentes da classe trabalhadora, no Brasil, são conduzidos pelas centrais sindicais, mas tampouco essas vêm sendo capazes de obter uma pauta de consenso e, ainda que dentro da pauta de cada qual, de mobilizar os sindicatos de base[50]. Aliás, nem mesmo uma ação robusta contra a Lei da Reforma Trabalhista foi engendrada pelas centrais, a despeito do óbvio retrocesso impingido à proteção jurídica de todo o tipo de trabalhador[51].

Em suma, dados mostram que sindicatos de setores mais vulneráveis, como aqueles afeitos à terceirização, têm menores taxas de sindicalização, fazem menos greve e assimilam mais facilmente o discurso de modernização das relações de trabalho pela flexibilização[52].

O que se infere, portanto, do cotejo do atual panorama normativo com os dados estatísticos revela um cenário brasileiro de iminente ampliação do número de trabalhadores terceirizados nos setores mais afeitos a essa prática e, provavelmente, naqueles até o momento menos aderentes (esses motivados pelo incentivo legal), em boa medida mediante substituição de mão-de-obra contratada diretamente e, com isso, o incremento de uma massa de pessoas submetidas a uma situação de déficit do patamar de direitos e de renda em comparação com os empregados diretamente contratados. Patamar esse, aliás, ainda passível de um rebaixamento em razão da instituição do da "prevalência do negociado sobre o legislado", a ser manejada por entidades cuja representatividade sindical encontra-se tomada por dúvidas jurídicas e baixíssimo poder de mobilização e de barganha.

Evidente, pois, a institucionalização por lei da possibilidade prática da renúncia de diretos ou de sua relativização a níveis de intensa vulneração.

---

[49] GALVÃO, «Movimento sindical», *op. cit.*, p. 15.

[50] Id. Ibid., p. 5.

[51] Id. Ibid., p. 31.

[52] Id. Ibid., p. 42.

9. Considerações Finais

A terceirização, como prática toyotista consentânea com o capitalismo de acumulação flexível globalizou-se e veio a se instalar, com vigor, no Brasil, arrebatando mais de uma dezena de milhões de trabalhadores.

O direito do trabalho brasileiro desde sempre apresentou dificuldade em lidar com os litígios envolvendo a terceirização, porquanto alicerçado na inarredável bilateralidade da relação dono de meio de produção/trabalhador. Ainda assim, encaminhamentos foram sendo dados, à miúde, pela legislação e, de modo mais abrangente, pela jurisprudência da Justiça do Trabalho brasileira, que se propôs a estabelecer limites à delegação de atividades.

Já neste contexto, como inerente ao processo de consolidação e expansão da terceirização, a consciência de classe e, com ela, a força do sindicalismo sofreram um processo de profundo enfraquecimento, que tem nos trabalhadores terceirizados, dentre aqueles classificados como detentores de empregos formais, a massa de obreiros sujeita a tratamento discriminatório em matéria de direitos e de auferimento de renda.

As autoridades executivas e legislativas brasileiras, aproveitando-se de um momento político e econômico recente suscetível ao aprofundamento da agenda neoliberal, ampliaram as hipóteses de terceirização para a quase ausência de limites, ao tempo em que entregam aos combalidos sindicatos a missão de enfrentar a sanha patronal pela negociação para aquém da norma estatal, em tempos de automatização, crise econômica mundial e desemprego estrutural.

Sujeitando os direitos humanos dos obreiros brasileiros a real e iminente risco de inefetividade, os legisladores brasileiros afrontaram, de modo direto, seu dever jurídico de proteção dos direitos humanos dos trabalhadores terceirizados, pilar do compromisso institucional com a promoção do Trabalho Decente, nos termos delineados pela OIT.

Em virtude disso, eivada de acusações de inconstitucionalidade e inconvencionalidade, as Leis da Terceirização e da Reforma Trabalhista ainda aguardam os próximos capítulos de uma batalha judicial a ser travada, sem prognósticos possíveis.

Ao trabalhador terceirizado, já inserto em uma condição holística de desamparo econômico, jurídico e sindical, diante deste quadro desalentador, só resta sonhar com a não confirmação de um futuro que se apresenta ainda mais sofrido.

Referências

ALFARO, Larissa Menine, *Terceirização do trabalho no Brasil, precarização e a vedação do retrocesso social*, Curitiba, Universidade Federal do Paraná, 2016, Dissertação de Mestrado [consult. 12 abr. 2017], disponível em: http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/41802/R%20-%20D%20 %20LARISSA%20MENINE%20ALFARO.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

ANTUNES, Ricardo, *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*, 1. ed., São Paulo, Boitempo Editorial, 1999.

_____, *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho,*. 9. ed., São Paulo, Cortez, 2003.

_____; SILVA, Jair Batista da, «Para onde foram os sindicatos? Do sindicalismo de confronto ao sindicalismo negocial», *Caderno CRH,* v. 28, n. 75, p. 511-527, Dez/2015.

BELTRAMELLI NETO, Silvio, *Direitos Humanos*, 4. ed., Salvador, Juspodivm, 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7. ed. Coimbra, Almedina, 2003.

CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES, *Terceirização e Desenvolvimento: uma conta que não fecha - Dossiê acerca do impacto da Terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos*, São Paulo, Central Única dos Trabalhadores, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*, 15ª Ed, São Paulo, LTr, 2016.

DIEESE, *Nota técnica nº 172: terceirização e precarização das condições de trabalho - Condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes*, São Paulo, DIEESE, 2017.

_____. *Nota Técnica nº 175: Impactos da lei 13.429/17 (antigo PL 4.302/1998) para os trabalhadores*, São Paulo, DIEESE, 2017.

DRUCK, Graça, *Terceirização: (des)fordizando a fábrica – Um estudo do complexo petroquímico*, São Paulo, Boitempo, 2001.

GALVÃO, Andréia *et al*., «Movimento sindical e negociação coletiva», in *Reforma trabalhista: textos para discussão* , José Dari Krein (coord.), Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho, Universidade Estadual de Cam-

pinas, out/2017 [consult. 26 mar. 2018], disponível em: http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2017/11/Texto-de-discuss%C3%A3o-5-Negociacao-coletiva-e-sindicalismo-1.pdf.

HARVEY, David, *Condição pós-moderna*, Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves (trad.), 13 ed., São Paulo, Loyola, 2004.

IBGE, *Aspectos das Relações de Trabalho e Sindicalização,* IBGE, Rio de Janeiro, 2017.

MISAILIDIS, Mirta Lerena de, *Os desafios do sindicalismo brasileiro diante das atuais tendências,* São Paulo, LTr, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *Direito sindical,* São Paulo, Saraiva, 1989.

PEREIRA NETO, João Batista, *O sistema brasileiro de unicidade sindical e compulsoriedade de representação*, São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016, Dissertação de Mestrado [consult. 12 abr. 2017], disponível em: https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7057/1/Joao%20Batista%20Pereira%20Neto.pdf.

SOUZA, Filipe Augusto Silveira de; LEMOS, Ana Heloisa da Costa, «Terceirização e resistência no Brasil: o Projeto de Lei n. 4.330/04 e a ação dos atores coletivos», *Cad. EBAPE.BR*, v. 14, n. 4, dez. 2016, p. 1035-1053.

VIANA, Márcio Túlio, «Terceirização e sindicato. Um enfoque para além do jurídico», *Revista Ltr*, ano 67, n.7, jul. 2003.

ANÁLISE DO IMPACTO E EFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENÇÃO DE REINCIDÊNCIA AO TRABALHO ANÁLOGO À DE ESCRAVO NO BRASIL

Jéssica YUME NAGASAKI[1]
Ana Elisa SPAOLONZI QUEIROZ ASSIS[2]
Eduardo Henrique LOPES FIGUEIREDO[3]

1. Introdução

O trabalho análogo à de escravo no Brasil é fruto de uma herança colonial advinda da exploração do país enquanto colônia portuguesa. No período colonial tal prática era considerada lícita, composta principalmente pela mão-de-obra de índios e negros, tratados como objetos e comprados em mercados, de

[1] Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito com área de concentração em Constitucionalismo e Democracia, linha de pesquisa Efetivação dos Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Bolsista da FAPEMIG. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, campus de Três Lagoas (UFMS/CPTL). E-mail: jessicayumenagasaki@gmail.com

[2] Pedagoga, Jurista, Mestre e Doutora em Educação. Professora da graduação e do programa de pós-graduação tanto da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) quanto da Faculdade de Educação da Universidade Estadual de Campinas (FE/UNICAMP). E-mail: anaelisasqa@gmail.com

[3] Advogado, Jurista, Mestre e Doutor em Direito. Professor da graduação e do programa de pós graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), bem como da Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: ehlfigueiredo@yahoo.com.br

forma que o passado escravocrata brasileiro deixa vestígios latentes no cenário do Brasil atual (BLACKBURN, 2002).

Como a prática persiste dentro do território nacional tanto em sua forma rural quanto urbana (MASCARENHAS; DIAS; BAPTISTA, 2015), o Brasil se impôs o dever em âmbito nacional e internacional de erradicar o trabalho forçado ao se tornar Estado-membro da Convenção nº 105 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e ratifica-la por meio do Decreto nº 58.822 de 1966, sendo fiscalizado pela própria OIT quanto a sua eficiência no cumprimento dessa meta.

Assim, o artigo tem como objetivo central identificar quais políticas de prevenção de reincidência no âmbito federal e analisar sua (in)eficiência na erradicação da prática. A base da pesquisa está no levantamento bibliográfico, com análise de dados do Ministério Público do Trabalho (MPT), Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), Comissão Pastoral da Terra (CPT) e da Organização Internacional do Trabalho (OIT) com o uso das técnicas qualitativa e quantitativa, bem como a observância da legislação referente ao tema.

Para tratar o objetivo do artigo, a estruturação do texto está disposta da seguinte maneira: a) um primeiro item visa traçar o conceito de trabalhado análogo à de escravo no Brasil, sendo utilizado o que o texto normativo traz em seu Art.149 do Código Penal brasileiro, cujas condutas especificam o que ensejaria a prática, além de possibilitar uma explanação visando ampliar o que se caracterizaria reduzir uma pessoa a condições análogas à de escravo, consistindo em quatro elementos que não devem ser interpretados de forma conjunta, podendo apresentar apenas um deles para que seja inserido no delito. Sendo tais elementos o trabalho forçado, jornadas exaustivas, condições degradantes de trabalho e a restrição da locomoção do trabalhador por conta de dívida contraída com o empregador; b) a segunda seção apresenta um panorama do que seriam as políticas públicas para posteriormente identificar e analisar se há políticas públicas de prevenção de reincidência. No caso constata-se a existência de duas, i) a lei que trata do seguro-desemprego pós-resgate que permite esse amparo econômico ao trabalhador utilizando-se do fundo de amparo ao trabalhador (FAT), além de tentar capacitá-lo para o mercado de trabalho e cadastrá-lo no sistema nacional de emprego (SINE); ii) bem como o programa do bolsa família que permite beneficiar as famílias que tenham componentes resgatados; c) e, por fim, uma explanação que analisa a (in)eficiência dessas políticas, cuja finalidade é discutir se o Brasil está objetivando o cumprimento de metas.

2. O conceito contemporâneo de trabalho análogo à de escravo no Brasil

A delimitação e o consenso acerca do conceito de trabalho análogo à de escravo sofre consideráveis mudanças, primeiramente pelo fato de ainda não se ter uma nomenclatura exata para o tema, sendo muitas vezes utilizadas nomenclaturas diversas para tratar da mesma prática, como "trabalho forçado" ou "trabalho obrigatório", "trabalho escravo", "escravidão", "trabalho escravo contemporâneo" ou "trabalho em condições análogas à de escravo". Embora essas nomenclaturas sejam mencionadas como se fossem sinônimas, cada uma traz consigo o reflexo da época em que foi utilizada. (SILVA, 2010; BRITO FILHO, 2013).

O surgimento no plano internacional de uma Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919 deu início a um período de análise de condutas consideradas ou não ilícitas e, consequentemente, o esboço na teoria e na prática da criação de Convenções capazes de dar diretrizes aos países sobre assuntos na seara trabalhista. Esse acontecimento embora tardio, permitiu que temas relevantes fossem trazidos à tona, como o trabalho análogo à de escravo (OIT-BRASIL, 2018, s/p).

As convenções trazidas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) são tratados multilaterais, não tendo um cunho obrigatório, o que demonstra a percepção de cada Estado nos assuntos trabalhistas e correlatos, ou seja, conforme o interesse de cada país é que farão ratificar ou não tais Convenções. Dessa forma, quando um país ratifica determinada Convenção ele se torna um Estado-membro, por ratificar um tratado de direito internacional, sendo necessário aplicá-las em seu território para ter eficácia (MAZZUOLI, 2013).

A primeira definição conceitual no plano internacional foi a de "trabalho forçado" ou "trabalho obrigatório" trazida pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) por meio da Convenção nº 29 de 1930. A presente Convenção trata do tema de forma vaga e o conceitua em seu artigo segundo como sendo "[...] todo trabalho ou serviço exigido do indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para qual ele não se ofereceu de espontânea vontade".

Percebe-se que o conceito só se referia ao trabalho forçado em relação a liberdade do trabalhador e ainda trazia exceções onde poderia ocorrer em algumas profissões, como o serviço militar, quando fizesse menção a alguma obrigação cívica dos cidadãos de um país plenamente autônomo, ou como decorrência de alguma decisão judicial, ou força maior (guerra, incêndios, fome, epidemias, dentre outras) e até em relação a pequenos trabalhadores de determinada comunidade visando o interesse da coletividade.

Os países que a ratificaram deveriam implementar medidas com a finalidade de cumprir as premissas da Convenção, sendo que em relação ao trabalho

forçado eram abordadas apenas questões conceituais, não estipulando medidas proativas para o Estado. No plano nacional, o Brasil ratificou a presente Convenção somente em 25 de abril de 1957 por meio do Decreto nº 41.721/1957.

A justificativa que surge ao traçar um conceito de trabalho análogo à de escravo pelo Brasil demonstra a postura do Estado em relação a prática e sua intenção em combatê-la, entretanto, isso se torna claro ao entender que o Brasil se tornou um Estado membro da Convenção nº 105 da Organização Internacional do Trabalho ao ratifica-la, cujo tema é a erradicação do trabalho forçado.

Para tanto, a Convenção que foi ratificada por meio do Decreto nº 58.822 de 1966 tem o escopo de delinear e fazer-se um dever perante o Estado membro, onde este assuma uma postura proativa na erradicação criando mecanismos capazes de diminuir os índices de trabalho forçado e por conseguinte, eliminá-los. Dito isto, entende-se que ao traçar um conceito dentro do território nacional para definir o que seria o trabalho análogo à de escravo permite que se crie mecanismos mais eficientes e direcionados.

Atualmente o conceito contemporâneo de trabalho em condições análogas à de escravo adveio de uma construção e análise de condutas em que só foi possível verificar com a Lei nº 10.803/2003 que alterava a redação do Art.149 do Código Penal brasileiro, no qual, a tipificação do crime de "Redução a condição análoga à de escravo" possibilitava entender o que seria a essa condição por meio de atitudes consideradas delituosas, não trazendo um conceito em si, mas o que não se deveria fazer para não ser considerado como trabalho análogo à de escravo.

O artigo especificou as condutas de forma clara, não havendo espaço para dúvidas quanto ao que daria ensejo a prática. Ao analisar o Art.149 do Código Penal brasileiro, inserido no capítulo VI referente aos crimes contra a liberdade individual e na seção I concernente aos crimes contra a liberdade pessoal, o dispositivo tipifica essas condutas, mas também acaba por vincular a atuação do empregador, que uma vez cometendo essas práticas estará incorrendo em um delito. Desta forma, a redação do texto normativo traz que:

> *Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)*
>
> *Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.*
>
> *§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:*

> *I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;*
>
> *II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.*
>
> *§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido*
>
> *I – contra criança ou adolescente;*
>
> *II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem (BRASIL,1940).*

A crítica quanto ao conceito e também a própria definição do crime na seara penal é observada por Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 1.081) em que se a seguinte "enumeração do art. 149 do CP fosse *exemplificativa*, permitindo como excepcionalmente permite o direito material repressivo o uso da interpretação analógica, quando expressamente previsto".

Nessa nova concepção trazida pelo Código Penal brasileiro, vislumbra que não se abarca apenas a liberdade, mas há outros requisitos que configuram o trabalho análogo à de escravo e em razão disso é necessário a explicação desses outros elementos.

O trabalho forçado é um dos requisitos, remetendo a primeira conceituação dada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), a qual tem íntima relação com a liberdade, ou seja, o trabalhador não pode ser forçado a fazer qualquer atividade. Já no que diz respeito a jornada exaustiva, entende-se que a jornada de trabalho tenta sopesar a disponibilidade do empregado frente ao empregador, de modo que mensura essa troca da venda de força de trabalho (DELGADO, 2016).

Portanto, a jornada exaustiva tem a intenção de demonstrar que o empregado está ultrapassando sua carga horária e vendendo sua força braçal ou intelectual de forma demasiada com uma contraprestação baixa, ou seja, sendo explorado. O assunto é abordado na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) e na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) do Brasil estipulando a quantidade de horas que o trabalhador deve dispor ao empregador.

A CRFB estabelece em seu art. 7º, inciso XIII a limitação de quarenta e quatro horas semanais, enquanto a CLT estabelece em seu art. 58, caput, que não excederá às oito horas diárias, assim têm-se o computo das horas trabalhadas, podendo aumentá-las, quando se tratar de horas extras e noturnas. Para Mau-

rício Godinho Delgado (2016), a jornada tem a intenção de medir a obrigação obreira e em contrapartida a vantagem empresarial.

A violação da jornada enseja graves consequências ao trabalhador que podem aparecer em curto ou longo prazo em sua vida, como os psicológicos e físicos, além também de causar impacto no horário de descanso e lazer, que interfere diretamente no rendimento do trabalhador e na sua saúde (NASCIMENTO, 2014).

Quanto ao quarto componente dos elementos que caracteriza o trabalho análogo à de escravo, trata-se das condições degradantes, no entanto, a expressão "condições degradantes" presente no art. 145 do Código Penal brasileiro, também acaba comportando diversas situações, mas que tanto na seara trabalhista quanto na penalista têm-se traçado elementos caracterizadores.

Na visão de José Claudio Monteiro de Brito Filho (2013, p. 79) seriam "condições impostas pelo tomador de serviços, que em relação de trabalho com o prestador de serviços tem sua vontade cerceada ou anulada, resultam concretamente na negação de parte significativa dos direitos mínimos previstos na legislação vigente".

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) também traça elementos caracterizadores da condição degradante, como i) alojamento destes trabalhadores em lugares precários, estando suscetíveis a doenças, pois expostos, sem o devido atendimento médico; ii) as condições sanitárias, consideradas mínimas; iii) a questão da alimentação dos trabalhadores que é restrita, não sendo suficiente para atender as carências do corpo físico; iv) o salário que recebem (quando recebem) que não supre suas necessidades; e, por fim, v) os maus tratos a que são submetidos tanto em relação ao físico, quanto ao psicológico (OIT, 2010).

O último elemento que compõe o delito refere-se a restrição de locomoção por dívida, cuja principal ligação é com a liberdade de ir e vir do trabalhador, mantendo-o sob a vigilância do empregador. Tal prática no passado era chamada de servidão por dívida e era uma das principais características do trabalho escravo, de forma que a própria Convenção Suplementar Relativa à Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura (1956) feita pela Organização das Nações Unidas (ONU) promulgada pelo Brasil em 1966 por meio do Decreto nº 58.563, em seu art. 1º, a conceitua como

> *[...] o estado ou a condição resultante do fato de que um devedor se haja comprometido a fornecer, em garantia de uma dívida, seus serviços pessoais ou os de alguém sobre o qual tenha autoridade, se o valor desses serviços não for equitativamente avaliado no ato da liquidação de dívida ou se a duração desses serviços não for limitada nem sua natureza definida (BRASIL, Decreto nº 58.563/1966, art. 1º).*

Desta forma, a composição do Art.149 do Código Penal brasileiro permite traçar um panorama por meio de algumas condutas que viabilizam determinar a prática de condição análoga à de escravo, além de reforçar no parágrafo primeiro outros elementos que venham a caracterizá-la.

Um desses reforços se refere a retenção do trabalhador ao cercear o uso de transporte com o objetivo de mantê-lo preso no local de trabalho tendo total relação com a restrição de locomoção, ou como aponta o inciso segundo, fazendo menção aos modos de retenção, em que o empregador mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou ainda se apoderar de documentos e pertences pessoais do trabalhador.

Essa incorporação ao Código Penal brasileiro quanto a prática do crime de redução a condição análoga à de escravo trouxe formas específicas de poder caracterizar o crime, como também possibilitou criar um conceito, embora limitado, do que se entenderia em âmbito nacional enquanto trabalho análogo à de escravo, além de dar uma nomenclatura contemporânea e utilizada no ordenamento jurídico pátrio.

3. Políticas públicas de prevenção de reincidência em âmbito federal no Brasil

As políticas públicas, no contexto da discussão referente ao trabalho análogo à condição de escravo, surgem como um mecanismos a ser utilizado para a erradicação do trabalho forçado, tanto para nortear a atuação, quanto para se firmar na atuação na prática; devido a isso elas têm grande importância e impacto, pois sua participação se insere tanto no combate, quanto no pós-resgate, traçando um caminho que permite de forma direta diminuir a possibilidade de que aquele trabalhador se veja, novamente, diante da situação de exploração e por fim, o cumprimento de metas estabelecidas tanto no plano nacional quanto internacional.

Sua inserção no plano interno nos remete a análise do que seriam as políticas públicas e o porquê de sua incisiva atuação no território nacional quanto ao trabalho análogo à de escravo. Em que pese, a ratificação da Convenção nº 105 da Organização Internacional do Trabalho permitiu que os países se prontificassem de uma forma proativa na questão da erradicação e por conseguinte, essa atuação deve se dar em frentes diferenciadas, mas que possuem um mesmo objetivo, ou seja, a legislação cria um parâmetro de atuação e o seu porquê, pois ao inserir o Art.149 do Código Penal brasileiro, percebe-se que tal conduto é tida como ilícita no país.

De outro modo, somente a implementação do texto normativo pelo Brasil não é suficiente para cumprir o que fora pactuado com a presente Organização,

sendo necessário a implementação de práticas que atuem de forma central, como a criação de políticas públicas.

3.1 Políticas públicas

Para Draibe (2007) o Estado de bem-estar social desempenha o eixo central colocando em evidência a questão do desenvolvimento econômico aliado a política social e consequentemente a um sistema de proteção social, de modo que ambos se desenvolvam em conjunto.

Embora a ideia inicial de Estado de bem-estar social tenha sido associada a imagem de países desenvolvidos, em especial pela industrialização que proporciona maior cultura e esclarecimento para determinada população, isso não esgota a classificação já que há países que demonstram ser um Estado de bem-estar mas não são desenvolvidos, interferindo diretamente na forma como isso é projetado conforme o grau de industrialização (DRAIBE, 2007).

Na visão de King (1988) o Estado de bem-estar contemporâneo só poderia ser desencadeado em países com desenvolvimento econômico elevado e com democracias industriais avançadas. Ressalta também que a configuração desses países acaba sofrendo reajustes conforme o tipo de Estado de bem-estar que foi instituído, por sua ideologia e pretensões, bem como a criação de empregos públicos e seus níveis. Observa, ainda, que a expansão do Estado de bem-estar se encontra intimamente ligado a questão da mobilização da classe trabalhadora e dos sindicatos concentrarem suas forças em criar, aumentar e fortalecer essas políticas de bem-estar.

No que diz respeito ao Brasil ainda não há um consenso quanto ao país ser classificado ou não como um Estado de bem-estar social, enquanto para Draibe (2007) o país se já se encontra classificado, Arretche (1995) ainda não enquadra como detentor de tal denominação. Entretanto, Arretche (2003) no *Dôssie Agenda de Políticas Públicas* afirma que os estudos nesta área vem crescendo e se expandindo no território nacional, principalmente no campo acadêmico dando início as pesquisas e ao ensino de disciplinas de políticas públicas nos cursos de graduação e pós-graduação, isso surge como consequência das mudanças vivenciadas pela sociedade brasileira.

Assim, as políticas públicas acabam tendo uma predominância maior por se encontrarem próximas das questões governamentais e abordar matérias interdisciplinares, englobando diversos ramos (ARRETCHE, 2003). Dessa forma, ao iniciar o estudo de políticas públicas deve-se atentar-se a três conceitos: "policy", "politics" e "polity". O termo "polity" refere-se a questão da instituição política fazendo menção ao próprio sistema político, enquanto "policy" se trata do conteúdo da política proferido nas decisões e, por fim, "politics" é o processo político (FREY, 2000).

Na visão de Villanueva (1996) a política pública quando examinada em determinados contextos deve ser pensada de forma a seguir etapas que proporcionem a efetividade ou, antes mesmo de ser implementada, ela já estaria fadada a falhar no seu propósito, principalmente quando se implementa na esfera federal sem projetá-la em âmbito local, de modo que ambas se complementem, como é o caso das políticas públicas estudadas neste artigo. Diante disso, deve se atentar a estratégia das fases, sendo composta pela agenda, elaboração, implementação e avaliação das políticas públicas.

Em contrapartida ao que seriam as fases das políticas públicas, Bucci (2006, p. 70) as define como sendo elementos das políticas públicas, compreendendo a ação-coordenação, que seria elencar os objetivos sociais da política e quais órgãos irão participar, porque subtende que a política pública iniciaria uma ação e para isso ela deve ser coordenada, organizada para poder ter êxito. O segundo elemento proposto é o processo que visa analisar o seu tempo de concretização levando em consideração o período eleitoral que permite sua inclusão na agenda pública e, por fim, o último elemento seria o programa que visa o real conteúdo da política pública, individualizando-a e delimitando-a para que se alcance o melhor resultado.

De acordo com Leonardo Secchi (2015, p. 43) o ciclo das políticas públicas é mais longo, correspondendo a sete fases, sendo elas de forma sequencial iniciada com a identificação do problema; formação da agenda; formulação de alternativas; tomada de decisões; implementação; avaliação e por fim, sua extinção.

Já na concepção trazida por Villanueva (1996) é necessário fazer a distinção entre "implementação" e "política", pois implementar envolver uma ação sobre um objeto que tende a produzir algo, que no caso em questão, seria o desenvolvimento da própria política, consistindo na declaração de intenção, traçando metas e objetivos para, posteriormente, alcançar resultados. A pertinência nessa diferenciação se faz necessária pelo fato de que a implementação tem um papel fundamental para a efetividade da política, o que acaba se tornando uma possível consequência de sua não efetividade.

No que diz respeito a agenda, esta se atenta para a quantidade de agentes envolvidos para se pensar na política pública e por isso a necessidade de estabelecer os problemas e quais as formas de solucioná-los ou amenizá-los, ou seja, a direção que esta política deve ter, bem como os recursos que irá se utilizar, os agentes que serão envolvidos para poder ser efetiva (VILLANUEVA, 1996).

A fase de elaboração envolve a participação do legislativo e executivo, de modo que ambos possam criar a política pública. Atenta-se para o fato que a sociedade civil raras vezes participa dessa fase, podendo muitas vezes ocasionar di-

vergências da forma que é elaborada com a real necessidade da sociedade, ocorrendo a falta de diálogo entre o Estado e sua população (ASSIS, 2012, p. 82-87).

A atenção inicial neste ciclo ocorre no quesito da avaliação por demonstrar os resultados que a política pública apresenta, bem como analisar se sua implementação deve continuar ou ser suspensa conforme seu desenvolvimento positivo ou negativo. Além disso, ao ter a avaliação de determinada política, enseja impacto em outros ramos, pois pode ser verificada por pesquisadores e pelos próprios órgãos do governo de modo que colabora na tomada de decisões e no controle social com os dados obtidos pela avaliação (RAMOS; SCHABBACH, 2012).

Para Ramos e Schabbach (2012) a fase de avaliação dentro do território nacional ganhou visibilidade nos governos por verificar se as políticas públicas são de fatos efetivas ao demonstrar que os resultados projetados por aquela determinada política está sendo alcançado, sendo eficaz na produção e eficiente na diminuição de custos para o governo. Tais fatores só passaram a ter a devida importância para o Brasil por conta da própria questão financeira e política do país a partir de 1990, ocasionando essa mudança.

A concepção das quatro fases do ciclo das políticas públicas propõe uma organização e planejamento com o intuito de almejar resultado positivos e eficientes da política. Em relação ao contexto brasileiro, há uma pesquisa realizada em que compara a situação do Brasil com os Estados Unidos, demonstra que não há uma discrepância no estudo da avaliação de políticas públicas entre os dois países levando em consideração que os estudos no território nacional são recentes. De acordo com o resultado obtido, os Estados Unidos apresenta maior consolidação nesta área, embora o Brasil venha destacando-se no avanço das pesquisas, de modo que as principais áreas da pesquisa de avaliação se convergem (CRUMPTON et al., 2016).

Assim, analisado o contexto das políticas públicas, bem como seu ciclo e a situação do Brasil neste aspecto, o conceito de políticas públicas trazido por Bucci (2006, p. 14) se traduz como um "programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a "máquina do governo", no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito".

Em complemento a esse conceito, embora trazendo um outro viés, Fábio Konder Comparato (1998) delimita política pública como uma atividade que compreende um conjunto de normas que possibilitam a realização de um objeto determinado, relacionando a questão atividade com serviço público do ponto de vista da teoria do direito empresarial.

Já na visão de Fernando Aith (2006, p. 232) este apresenta a política pública correlacionando com o Estado Democrático de Direito e por conseguinte, a promoção dos direitos humanas, colocando atividades que permitam ocorrer a consolidação de ambos, por meio de uma organização dessas ações que compreende seu planejamento, sua elaboração, execução e financiamento.

Percebe-se que a criação de políticas públicas requer estudos aprofundados sobre o enfoque que a política irá tomar, bem como seu devido planejamento, de modo que seja implementada visando sua efetividade e traçando objetivos possíveis de serem alcançados. Tais premissas são fundamentais para que investimentos não sejam perdidos e os resultados sejam positivos. Na análise deste artigo a problemática em pauta são as políticas públicas de prevenção de reincidência focando em âmbito federal, mas como bem observado por Villanueva (1996, p. 4), essas políticas devem estar em conformidade dentro do território, sendo necessário que as esferas se comuniquem para melhor desempenho da política pública.

3.2 Políticas públicas de prevenção de reincidência

Antes de entrarmos efetivamente na discussão deste item, é importante refletir sobre o termo utilizado para nos referirmos às políticas de prevenção para os trabalhadores em condições análogas à de escravo, qual seja: reincidência.

Sem nos aprofundarmos, pois devido a sua importância merece um estudo específico, a expressão "reincidência", no direito brasileiro, é utilizada na área de direito penal para indicar aquele que reincide em crime, em erro; destacando seus maus antecedentes e, consequentemente, a sua dificuldade em reinserir-se na sociedade. Ainda que possamos problematizar as situações e os motivos que levam distintas pessoas nas mais diversas condições sociais a enveredarem por condutas reprováveis, já que vivemos em um país de grandes diferenças sociais, não podemos equiparar, de forma imediatista, a reincidência em um crime, com a reincidência em uma atividade degradante.

O trabalhador que se encontra em condições análogas à de escravo, quando resgatado de tal condição, acaso acabe envolvendo-se novamente na mesma situação, não pode carregar consigo, além de todas as flexibilizações de sua dignidade, um termo que pese, entre outras coisas, como sua a escolha em violentar-se. Nesta lógica, o trabalhador não é, de todo, reconhecido como parte hipossuficiente, e parece relaxar a responsabilidade daqueles que, sem grandes preocupações, valem-se da exploração, pois estes sim, têm potencial de reincidência em face do código de direito penal brasileiro.

As políticas públicas de prevenção de reincidência ao trabalho análogo à de escravo têm um papel preponderante na erradicação da prática. Primei-

ramente, pelo fato que esta é subsequente as políticas públicas de combate, ou seja, após o resgate desses trabalhadores deve-se concentrar-se a mantê-los em condições dignas de trabalhos e (re)inseri-los no mercado de trabalho formal.

Como justificativa da existência e de criação dessas políticas são os dados apresentados pelo Observatório Digital do Trabalho Escravo no Brasil onde "revelam que 1,73% dos 35.341 trabalhadores resgatados da escravidão no país entre 2003 e 2017 eram vítimas reincidentes. Isto significa que 613 trabalhadores foram resgatados pelo menos duas vezes no período de 15 anos. Quatro destes trabalhadores foram resgatados quatro vezes e outros 22 foram resgatados três vezes. O Observatório é mantido pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) e pelo Ministério Público do Trabalho (MPT)." (OIT, 2018, s/p)

Diante disso, as políticas públicas de prevenção de reincidência tentam agir nesse ponto em específico, pois o trabalhador ao ser resgatado se encontra fragilizado e vulnerável, sendo fácil voltar as condições em que se encontrava. O motivo dessa reincidência é percebido pelo perfil do trabalhador análogo à de escravo, diante de uma análise realizada pela Comissão Pastoral da Terra (CPT) e pela Organização Internacional do Trabalho (OIT). O perfil desses trabalhadores permite identificar o porquê de muitas vezes eles reincidirem na prática.

Inicialmente vale destacar o critério de gênero apontado pela pesquisa da CPT (2014), cujos dados são de uma síntese estatística de 31 de dezembro de 2013 com atualização em 23 de junho de 2014, onde o masculino se sobressai sobre o feminino, o primeiro apresenta 95,3% enquanto o segundo 4,7%.

Em relação a idade em que ocorre o resgate, esta varia conforme a faixa etária, sendo a média de 32 anos, quando se trata menores de 17 anos tem uma porcentagem de 1,2% (345 resgatados), enquanto na idade entre 18 anos e 24 anos a porcentagem é de 30,4% (8.732 resgatados), na faixa etária de 25 a 34 anos a concentração tende a ser maior com uma porcentagem de 33,2% para um número de 9.518 pessoas resgatadas, já para a idade entre 35 anos a 44 anos há 20,2% (5.803 resgates) ocorrendo uma diminuição significativa, mas isso tende a diminuir como demonstra a faixa etária de 45 a 54 anos em que o percentual é de 11,3% (3.251 resgates), por fim para os trabalhadores que apresentam uma idade de 55 anos o percentual encontrado é de 4,1% (1.189 resgates).

Para complementar esses critérios quando se refere ao nível de instrução desses trabalhadores resgatados os dados apresentados confirmam um dos motivos do trabalhador ser a parte hipossuficiente e frágil da relação, sendo facilmente enganado pelo diálogo apresentado pelo aliciador, pois 35,3% (10.128) são analfabetos, 38,4% (11.020) apresentam até o 5º ano incompleto, já 1,4% (398) possuíam até o 5º ano completo, 14,6% (4.199) tem do 6º ao 9º ano incompleto, em contrapartida 3,5% (991) possuem o 6º ao 9º ano completo, 2% (560) tinham o ensino médio incompleto, já 1,8% (518) tinham o ensino médio

completo, entretanto dentre os dados apresentados pelo CPT ainda consta 0,1% (17) referente a trabalhadores resgatados com superior incompleto, não havendo nenhum trabalhador com superior completo e ficando 3% (870) ignorado o nível de instrução (CPT, 2014).

De acordo com esses dados da CPT percebe-se que

> *A reincidência de trabalhadores que retornam ao ciclo da escravidão é maior entre aqueles com baixo grau de instrução: a taxa para os trabalhadores analfabetos é o dobro daquela em relação aos que possuem o ensino fundamental completo. Segundo a OIT, as dificuldades de acesso às políticas públicas, especialmente educação e outros direitos, aumentam a situação de vulnerabilidade social dos trabalhadores, facilitando o seu aliciamento e a exploração do seu trabalho. Esse cenário aponta a necessidade de fortalecimento de medidas de apoio socioeconômico aos resgatados, uma vez que a reincidência demonstra que não houve mudança significativa na vulnerabilidade social deles, mesmo com a libertação pelas autoridades brasileiras. Dessa maneira, aumentar a resiliência socioprodutiva de trabalhadores resgatados é um objetivo de desenvolvimento com efeitos diretos na vulnerabilidade (BRASIL-OIT, 2018, s/p).*

Tais fatores ensejam uma maior justificativa da criação de políticas públicas de prevenção de reincidência, pois elas exercem um papel fundamental ao amparar esses trabalhadores, permitindo que aos poucos consiga estabilidade econômica para poder se manter, não recorrendo ao trabalho análogo à de escravo.

Em âmbito federal as políticas públicas existentes representam uma porção mínima se comparado com o elevado número de trabalhadores em condições análogas à de escravo resgatados e existentes no Brasil. Diante disso, a primeira política pública de prevenção de reincidência que será trabalhada, advém de uma política pública de combate, o Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM).

A Lei nº 10.608 de 2002 alterou o texto da Lei nº 7.998 de 1990, cuja finalidade é assegurar o pagamento do seguro-desemprego ao trabalhador resgatado da condição análoga à de escravo:

> *Art. 2o-C. O trabalhador que vier a ser identificado como submetido a regime de trabalho forçado ou reduzido a condição análoga à de escravo, em decorrência de ação de fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego, será dessa situação resgatado e terá direito à percepção de três parcelas de seguro-desemprego no valor de um salário mínimo cada, conforme o disposto no § 2º deste artigo. § 1º O trabalhador resgatado nos termos do caput deste artigo será encaminhado, pelo Ministério do Trabalho e Emprego, para qualifica-*

> *ção profissional e recolocação no mercado de trabalho, por meio do Sistema Nacional de Emprego - SINE, na forma estabelecida pelo Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador - CODEFAT. § 2º Caberá ao CODEFAT, por proposta do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, estabelecer os procedimentos necessários ao recebimento do benefício previsto no caput deste artigo, observados os respectivos limites de comprometimento dos recursos do FAT, ficando vedado ao mesmo trabalhador o recebimento do benefício, em circunstâncias similares, nos doze meses seguintes à percepção da última parcela" (NR) (BRASIL, 2002).*

Assim, a medida de urgência adotada pelo país ao resgatar o trabalhador consiste no seguro-desemprego pelos três meses seguintes, entretanto, isso acaba por perpetuar uma prática, haja vista muitos trabalhadores recebem o seguro-desemprego sem perspectiva de melhoras, já que sem nível de escolaridade que possibilite a entrada no mercado formal, sofrer descriminação por partes de empregadores, ficando novamente à mercê.

Embora o seguro-desemprego tenha o intuito de suprir as necessidades imediatas do trabalhador, ainda assim "a simples concessão do seguro-desemprego não põe fim às agruras dos trabalhadores, nem garante que eles não voltarão à mesma situação análoga à de escravo da foram resgatados" (BRITO FILHO, 2013, p. 91).

O parágrafo primeiro do referido artigo coloca em pauta outra possível solução que consiste na qualificação do trabalhador resgatado, de modo que o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) faz as vezes de intermediador ao tentar inserir o trabalhador no mercado de trabalho formal por meio do Sistema Nacional de Emprego (SINE). Porém percebe-se que o texto normativo deixa lacunas, primeiramente pelo fato de que não informa como se dará essa capacitação, de modo que a pesquisa desenvolvida para a construção deste trabalho, também não encontrou uma política de prevenção de reincidência que fará a capacitação, ou órgãos correlacionados, de forma eficiente acabando por ter uma solução incompleta.

Por conseguinte o Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador (CODEFAT) e o próprio fundo de amparo ao trabalhador (FAT) que foram instituídos pela Lei nº 7.998/1990 tem como finalidade regular a forma como será feito o pagamento do seguro-desemprego por lidar com a parte econômica.

> *O CODEFAT é um órgão colegiado, de caráter tripartite e paritário, composto por representantes dos trabalhadores, dos empregadores e do governo, que atua como gestor do FAT. Dentre as funções mais importantes do órgão, estão as de elaborar as diretrizes para programas e alocação de recursos, de acompanhar e*

> *avaliar seu impacto social e de propor o aperfeiçoamento da legislação referente às políticas (FAT, 2015).*

Tais órgãos tem íntima relação com o SINE, pela fato que a execução de seus programas, como o seguro-desemprego, são realizados por estes de forma descentralizada. O SINE (Sistema Nacional de Emprego) foi instituído em 1975 "sob a égide da Convenção nº. 88 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que orienta cada país-membro a manter um serviço público e gratuito de emprego, para a melhor organização do mercado de trabalho" (FAT, 2015, s/p).

Assim, a finalidade do SINE é facilitar o cadastro dos trabalhadores para poder localizar empregos que o insiram no mercado de trabalho formal, fazendo um intermédio na mão-de-obra, bem como promovendo cursos de capacitação, porém como bem demonstrado não é voltado exclusivamente para trabalhadores resgatados de condições análogas à de escravo, o que por consequência, não consegue deduzir de forma clara quantos trabalhadores são beneficiados, pelo fato que o próprio órgão se instaura em cada cidade e Estado contabilizando de forma ampla e não por categorias.

Outro fator destacado pela Lei nº 10.608/2002 em seu art. 2º-C, no final do parágrafo segundo causa indagações acerca da eficiência dessas políticas ou se há realmente políticas que consigam fazer a devida prevenção, pois o texto normativo deixa claro a vedação do recebimento do seguro-desemprego caso o trabalhador resgatado venha a reincidir na prática nos doze meses subsequentes ao recebimento da última parcela. Para tanto, o artigo já supõe a reincidência do trabalhador, já que se ao término do seguro-desemprego não for possível sua alocação no mercado formal por meio do SINE, a consequência resultante será voltar ao trabalho análogo à escravo, devido a análise de dados apresentados tanto pela CPT do perfil dos trabalhadores.

A controvérsia instaurada pelo dispositivo é o fato dele punir o trabalhador que já é punido quando submetido a condições análogas à de escravo. Pois ao negar o fornecimento do seguro-desemprego, caso este volte a reincidir, entende-se que o sujeito do crime se encontra equivocado, pois aparenta ser o trabalhador explorado, quando na verdade quem comete a conduta delituosa é o empregador que explora o trabalhador.

Ao invés de estimular e fazer com que este trabalhador tenha meios de prover seu sustento de forma digna, esta colocação legislativa acaba por regredir o que até então fora estipulado no *caput* e em seu parágrafo primeiro, pois embora o orçamento não seja suficiente para atender a demanda, ainda pode-se recorrer a outras medidas, como a própria promoção de emprego através de convênio com empregadores e ensino de capacitação, como o próprio terceiro setor da administração pública. Além disso, por meio dos dados acolhidos para assegurar o seguro-desemprego

> *[...] juntamente com o questionário socioeconômico feito no momento do resgate, são enviados à Secretaria de Políticas Públicas de Emprego (SSP/MTE) para que sejam determinados os focos do problema: onde há maior ocorrência de redução do trabalhador a condição análoga à de escravo e onde ocorre o maior índice de aliciamento. Baseado nestes dados, a SPPE traça políticas públicas de empoderamento, geração de renda e criação de empregos (OIT-BRASIL, 2010, p. 36).*

Percebe-se que a atuação se forma de modo a construir uma rede de informações que tentam criar uma estimativa de quantos trabalhadores são resgatados e, em quais Estados isso se torna mais latente, para então começar a se pensar em políticas públicas de prevenção de reincidência, no entanto, no cenário atual não há políticas que atendam de forma eficiente tais trabalhadores.

Outra política pública em destaque é o bolsa família que adveio da estipulação do Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, e que somente em 2005 por meio de um acordo firmado entre o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) e o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) inseriu na lista do bolsa famílias os trabalhadores resgatados em condições análogas à de escravo, de modo urgente. (MDS, 2010).

O bolsa família consiste em um programa que prevê a "transferência condicionada contra a pobreza, que tem por objetivo incrementar o capital humano e acabar com a transmissão da miséria de geração a geração" (SCHWARZ, 2008, p. 181), além de ser criado visando três eixos de atuação, que são o complemento da renda; o acesso a direitos (educação, saúde e assistência social), bem como ser viabilizado pelo incremento de outras ações, como é o caso da erradicação do trabalho análogo à de escravo (MDS, 2010).

Sua atuação tenta minimizar a situação delicada em que se encontra o trabalhador pós-resgate, preferencialmente daqueles que possuem filhos, pelo vínculo educacional que o programa possui, pois aqueles que tiverem filhos com a idade entre 6 a 17 anos tem a concessão do benefício atrelado a frequência escolar da criança, totalizando 85% de presença para que seja efetivado (MDS, 2010), dessa forma consegue minimizar os efeitos para as próximas gerações no quesito dos níveis educacionais e diminuindo os dados apresentados pela CPT, consequentemente melhorando a vida dessas famílias.

4. Análise do impacto das políticas públicas de prevenção de reincidência no pós resgate dos trabalhadores

Como análise de efetivação o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome permite sua aferição por meios dos dados apresentados em sua plataforma virtual, constando a partir do ano de 2014 e catalogando cada região.

Os dados apresentados estão elencados na categoria "Famílias com componente resgatado do trabalho escravo beneficiário do Programa Bolsa Família".

No ano de 2014 o programa trabalhou no país com 51.731 famílias, um número considerável visando que não se afere qual é o número de componentes desta família. Destarte, sua averiguação por região também demonstra quais regiões o número de trabalhadores análogos à de escravo é maior pela incidência do bolsa família, sendo que no centro-oeste totaliza 2.774 famílias, em contrapartida o nordeste, região que mais apresenta famílias atendidas conta com o número de 31.590, já o norte com 3.758 famílias, o sudeste apresenta-se como a segunda região com maior índice de famílias correspondendo a 10.344, enquanto o sul com 3.265.

No ano de 2015 o número de famílias atendidas pelo programa aumentou totalizando 54.410, ou seja, houve um aumento de 2.679 famílias o que corresponde a quase 6% do que consta nos dados do ano anterior. Diante disso, o acréscimo fica nítido quando observasse a região nordeste que ainda lidera o ranking de regiões com o maior número de famílias atendidas, sendo 33.923. A região sudeste ainda continua a segunda região com 10.608 famílias beneficiárias, enquanto a região centro-oeste apresenta 2.607, o norte apresenta um aumento significativo com 4.142 famílias e na contramão desses dados, a região sul evidencia uma diminuição de famílias beneficiárias correspondendo a 3.130.

O ano de 2016 demonstra uma diminuição desses beneficiários somando 53.667 famílias. A região sudeste apresenta uma diminuição significativa com 10.078 dependentes do programa, enquanto a região nordeste tem 33.956 componentes familiares. Já a região centro-oeste cataloga 2.501 famílias, o norte conta com 4.166 beneficiários e, por fim, a região sul ainda retrata uma presente diminuição nos números de componentes familiares constando 2.976.

Já o ano de 2017 ocorre uma ampliação dos componentes familiares beneficiários do programa bolsa família, sendo 54.087. A região que traz esse aumento é o nordeste com 34.226, oscilando de ano a ano, mas ainda se mantendo a primeira em número de trabalhadores resgatados e beneficiários do programa. Ao passo que as demais regiões mantem um número equilibrado com os outros anos, correspondendo o centro-oeste com 2.537, o norte com 4.199, o sudeste com 10.163 e, o sul com 2.962.

Por fim, o MDS já catalogou os dados deste ano de 2018, os quais apresentam um aumento, contando agora com 54.439 famílias beneficiárias. Desta forma, a região nordeste ainda lidera no quesito de utilização do programa do bolsa família correspondendo a 34.300, em contrapartida o sul tem 2.985, o norte 4.256, enquanto o sudeste continua na segunda colocação de estados beneficiários atingindo 10.315 famílias. Por fim, o centro-oeste demonstra o menor percentual de beneficiários atendidos somando 2.583.

Portanto, os dados trazidos pelo MDS permitem identificar o impacto do programa do bolsa família nas famílias com membros resgatados das condições análogas à de escravo de modo que sua eficiência é medida e quantificada, podendo afirmar que é uma política pública de prevenção de reincidência eficiente, entretanto, ainda não supre por completo essa deficiência do Brasil quanto aos seus trabalhadores resgatados porque sua frente de atuação é limitada.

5. Considerações finais

A partir dos dados apresentados tanto em pesquisas da Organização Internacional do Trabalho (OIT), Comissão Pastoral da Terra (CPT), Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) e pelo próprio Observatório Digital do Trabalho no Brasil conduzido pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), podemos afirmar que a existência do trabalho em condições análogas à de escravo no Brasil é um fato, bem como o número de reincidentes na prática.

Para tanto, o Brasil como signatário de Convenções da Organização Internacional do Trabalho, especificamente a de nº 29 e 105 que correspondem ao trabalho forçado tem o dever de erradicá-lo e criar mecanismos para que isso possa ocorrer de forma eficiente tanto nas frente de combate quanto de prevenção.

Contudo, as políticas públicas de prevenção de reincidência do trabalho análogo à de escravo no Brasil, consiste em um número ínfimo, quase inexistente. Diante da análise dos dados para averiguar sua eficiência, percebe-se que em relação a primeira política pública não há dados que possam aferir de maneira clara se é eficiente ou não, porém pelo conteúdo do texto normativo ao se referir que o seguro-desemprego não é devido caso o trabalhador venha a reincidir nos doze meses subsequente entende-se que isso vai de encontro com o estabelecido no presente trabalho, pois reafirma que há tais possibilidades e um dos fatores da ocorrência é pela inércia do governo em promover sua inserção no mercado de trabalho.

Quanto ao bolsa família permite-se observar que esta política pública atende um número de famílias relevantes no país, sendo que neste ano elas totalizaram 54.439, um número expressivo e também indicativo quanto a existência de trabalho análogo à de escravo no Brasil, bem como o número de trabalhadores beneficiados juntamente com sua família, o que nos remete ao grau de impacto do bolsa família em relação ao trabalho análogo à de escravo, podendo mensurar quantitativamente o número de famílias atendidas.

O ponto central da instituição de políticas públicas de prevenção de reincidência se deve ao fato que esses trabalhadores ao serem resgatados se encontram vulneráveis e fragilizados tanto do ponto de vista social, econômico e psicológico, um momento que o apoio é essencial e fundamental para que ele não

volte a reincidir, mas que perceba que a situação que se encontrava fere direitos fundamentais, além de ser considerado um crime pelo ordenamento jurídico pátrio.

Assim a situação é agravada e acaba por gerar um processo cíclico, pois o trabalhador não vendo meios de prover o sustento de sua família e sem expectativas de melhoria de vida, a única alternativa que lhe resta, ainda que lhe deixe em condições sub-humanas é o trabalho em condições análogas à de escravo.

Portanto, a criação de políticas públicas de prevenção de reincidência enceraria este ciclo, além de propiciar melhoras expressivas na erradicação da prática, mas analisando o cenário atual afirmar-se que as políticas públicas são ineficientes por não existirem em âmbito federal em número que possibilitem romper com o ciclo.

Referência bibliográficas

AITH, Fernando, «Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do estado democrático de direito e de promoção e proteção dos direitos humanos», in *Políticas Públicas - reflexões sobre o conceito jurídico*, Maria Paula Dallari Bucci (org.), São Paulo, Saraiva, 2006.

ARRETCHE, M., «Dossiê agenda de pesquisas em políticas públicas», *Rev. Bras. Ci. Soc.*, Vol. 18, n. 51, p. 7-10, 2003 [consult. 24 mai. 2018], disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v18n51/15981.pdf.

ARRETCHE, Marta, «Emergência e desenvolvimento do Welfare State: teorias explicativas», *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 39, p. 3-40, 1995.

ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz, *Direito à educação e diálogo entre poderes*, Campinas, Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Educação, Campinas, SP, 2012 (Tese de Doutorado) [consult. 23 jun. 2018], disponível em: http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=000895163.

BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa*, 12º ed., rev. e ampl., São Paulo, Saraiva, 2012.

BLACKBURN, Robin, *A queda do escravismo colonial: 1776-1848*, Rio de Janeiro, Record, 2002.

BRASIL, Decreto nº 58.822, de 14 de julho de 1996, *Promulga a Convenção nº105 concernente à Abolição do Trabalho Forçado* [consult. 10 fev. 2017], disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-58822-14-julho-1966-399441-publicacaooriginal-1-pe.html

_____, Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) [consult. 13 abr. 2018], disponível em: http://portalfat.mte.gov.br/codefat/resolucoes-2/resolucoes-por--assunto/geracao-de-emprego-e-renda/linhas-de-creditos-especiais/fat-giro--cooperativo-agropecuario/sobre-o-fat/.

_____, Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990, *Regula o Programa de Seguro-Desemprego, o Abono Salarial, institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), e dá outras providências* [consult. 13 abr. 2018], disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7998.htm.

_____, Lei 10.608 de 20 de dezembro de 2002, *Altera a Lei nº* 7.998, de 11 de janeiro de 1990, para assegurar o pagamento de seguro-desemprego ao trabalhador resgatado da condição análoga à de escravo [consult. 15 abr. 2018], disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/2002/L10608.htm.

_____, Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), *Orientações para o cadastramento de trabalhadores resgatados da condição de trabalho análogo à de escravo*, 2010 [consult. 14 abr. 2018], disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/bolsa_familia/Informes/Informe%20236%20-%20Cadastramento%20de%20trabalhadores%20analogos%20a%20escravidao.pdf.

_____, Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), *Para inserção matriz PBF* [consult. 14 abr. 2018], disponível em: http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/cecad/miv/miv_pepe.php?nome_banco=mi_cecad&nome_prog=&dados_negativos=&mostra_programa=&codigo=48&tabela=mes_pais&nome_programa=Para+insercao+Matriz+PBF&pais=Brasil&regiao=&estado=&ano=2017&item%5B%5D=_9_fam_quil_ben_bf&item%5B%5D=_11_fam_ind_ben_bf&item%5B%5D=_14_fam_sr_ben_bf&item%5B%5D=_16_fam_crte_ben_bf&item%5B%5D=_18_fam_cig_ben_bf&item%5B%5D=_20_fam_ext_ben_bf&item%5B%5D=_22_fpa_ben_bf&item%5B%5D=_24_fct_ben_bf&item%5B%5D=_26_fr_ben_bf&item%5B%5D=_28_faf_ben_bf&item%5B%5D=_30_fara_ben_bf&item%5B%5D=_32_fbpncf_ben_bf&item%5B%5D=_34_fa_ben_bf&item%5B%5D=_36_faei_ben_bf&item%5B%5D=_38_fppsc_ben_bf&item%5B%5D=_40_fcmr_ben_bf&areas_especiais=&areas_especiais_text=&idhm=&populacao=%3E%3D&populacao_valor=0&ano=2016&ano=2012&ano=2013&ano=2014.&ano=2012&ano=2013&ano=2014.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de, *Trabalho Descente – Análise Jurídica da Exploração do Trabalho – Trabalho Escravo e outras formas de trabalho indigno*, 3º ed., São Paulo, Editora Ltr, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org), *Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico,* São Paulo, Saraiva, 2006.

_____, «*Políticas Públicas e Direito Administrativo*», *Brasília*, ano 34, n. 133, jan/mar, 1997, [consult. 10 abr. 2018], disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198/r13310.PDF?sequence=4.

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA, *Síntese Estatística – Campanha da CPT contra o Trabalho Escravo*, 2014 [consult. 14 abr. 2018], disponível em: https://www.cptnacional.org.br/attachments/article/2258/S%C3%ADntese%20estat%C3%ADstica%20do%20TE%202013%20-%20ATUALIZADA%20em%2023.06.2014.pdf.

COMPARATO, Fábio Konder, «Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas», *Revista de Informação Legislativa*, ano 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun, 1998 [consult. 10 abr. 2018], disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/364/r138-04.pdf?sequence=4

CRUMPTON, Charles David (*et al.*), «Avaliação de Políticas Públicas no Brasil e nos Estados Unidos: análise da pesquisa nos últimos 10 anos», *Rev. Adm. Pública*, vol. 50 n. 6, p. 981-1001, nov./dez, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*, 15º ed., São Paulo, Editora LTr, 2016.-

DRAIBE, Sônia M., «Estado de Bem-Estar, Desenvolvimento Econômico e Cidadania: algumas lições da literatura contemporânea», in *Políticas Públicas no Brasil*, Gilberto Hochman, Marta Arretche e Eduardo Marques (org.), Rio de Janeiro, Editora FIOCRUZ, p. 23-64, 2007.

FREY, Klaus, «Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil», *Planejamento e Políticas Públicas: PPP*, n. 21, p. 221-259, jun, 2000 [consult. 24 mai. 2018], disponível em: http://desafios2.ipea.gpv.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158.

KING, Desmond S., «O Estado e as estruturas de Bem-Estar em democracias industriais avançadas», *Novos Estudos*, n. 22, p. 53-76, out., 1988.

MASCARENHAS, André Ofenhejm; DIAS, Sylmara Lopes Gonçalves; BAPTISTA, Rodrigo Martins, «Elementos para discussão da escravidão contemporânea como prática de gestão», *Rev. adm. empres*., v. 55, n. 2, p. 175-187, Abr., 2015 [consult. 20 abr. 2018], disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/S0034-759020150207.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, «Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio pro homine», *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 79, n. 3, p. 233-254, jul./set., 2013 [consult. 7 abr. 2018], disponível em: https://hdl.handle.net/20.500.12178/50181.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro, *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*, 29º ed., São Paulo, Saraiva, 2014.

OIT-BRASIL, *As boas práticas de inspeção do trabalho no Brasil: a erradicação do trabalho análogo ao de escravo*, Organização Internacional do Trabalho – Brasília, OIT, 2010 [consult. 14 abr. 2018], disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/labour_inspection/pub/trabalho_escravo_inspecao_279.pdf.

_____, *Em 15 anos, 613 trabalhadores foram resgatados pelo menos duas vezes da escravidão*, Organização Internacional do Trabalho – Brasília, OIT, 2018 [consult. 20 abr. 2018], disponível em:<http://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_616812/lang--pt/index.htm.

_____, *O que é trabalho decente*, Organização Internacional do Trabalho (OIT). Brasília, OIT, 2017, [consult. 14 abr. 2018]disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/content/o-que-e-trabalho-decente.

RAMOS, Marília Patta; SCHABBACH, Letícia Maria, «O estado da arte da avaliação de políticas públicas: conceituação e exemplos de avaliação no Brasil», *Rev. Adm. Pública*, v. 46, n. 5, p. 1271-1294, Oct., 2012, [consult. 04 mai. 2018], disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122012000500005&Ing=en&nrm=iso.

SECHI, Leonardo, *Políticas Públicas – Conceitos, esquemas de análises, casos práticos*, 3° Ed., São Paulo, Cengage Learning, 2015.

SILVA, Marcello Ribeiro, *Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema*, Goiânia, Universidade Federal de Goiás – UFG, 2010 (Dissertação de Mestrado) [consult. 01 abr. 2018], disponível em: https://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tde/1483/1/dissertacao%20marcello%20r%20silva%20-%20direito%20agrario.pdf.

SAKAMOTO, Leonardo, «Breve histórico do combate ao trabalho escravo contemporâneo no Brasil», in *Retrato Escravo*, Sérgio Carvalho; João Roberto Ripper (orgs.), Organização Internacional do Trabalho (OIT) – Brasília, OIT, 2010.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia, *Trabalho Escravo: a abolição necessária: uma análise da efetividade e da eficácia das políticas de combate à escravidão contemporânea no Brasil*, São Paulo, LTr, 2008.

VILLANUEVA, L. F. A., «Estudio introductorio», in *La hechura das Políticas Públicas*, L. F. A. Villanueva, México, Porrua Editores, p. 15-84, 1996.

ESTADO E DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL: UMA ANÁLISE SOBRE AS REFORMAS NO GOVERNO TEMER

Janicleide MARQUES LIMA[1]
Sérgio Ricardo RIBEIRO LIMA[2]
Alessandro FERNANDES DE SANTANA[3]

1. Introdução

Este estudo tem por objetivo analisar os possíveis impactos do ajuste fiscal e das reformas no Governo Temer, sobre os direitos na sociedade brasileira, reformas essas constantes no programa do governo Fernando Henrique Cardoso, nos anos de 1990, que visam favorecer a acumulação e valorização do capital financeiro, ao mesmo tempo em que implica em maiores penalizações sobre o conjunto da sociedade brasileira. Entendemos que as reformas da previdência, trabalhista e a terceirização vêm complementar o programa de ajuste fiscal. Se a retórica utilizada pelo governo atual de uma política do ajuste fiscal que propõe desafogar as contas públicas para que o Estado possa cumprir os compromissos financeiros da dívida pública, as demais reformas têm como justificativa não apenas desonerar o Estado, mas, fundamentalmente, as empresas, principalmen-

[1] Graduação em Filosofia pela Universidade Estadual de Santa Cruz, Bahia, Brasil; Mestranda em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Lisboa, Portugal.

[2] Pós-Doutorando em Ciências Sociais no Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de Coimbra; Professor Titular de Economia Política da Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC), Bahia, Brasil.

[3] Doutor em Ciências Sociais pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil; Professor de Economia da Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC), Bahia, Brasil.

te as grandes corporações, pois são estas que tem poder de interferência na política econômica.

O ano de 2015 foi marcado por uma queda abrupta na produção de bens e serviços e no emprego, especialmente, em setores importantes da economia. Problemas políticos (denúncias de corrupção), estagnação dos investimentos privados e estatais, interiorização dos efeitos da crise internacional, tudo se somou criando um ambiente ainda mais hostil para a continuidade do crescimento, no primeiro momento, e para a recuperação da economia, no segundo momento.

Visando conter o desequilíbrio das finanças públicas que se apresentou em 2015, o governo adotou medidas de ajuste fiscal, como corte de subsídios, aumentos tributários, redução dos gastos públicos (em especial, na área social), aumento das metas de *superávit*. Tais medidas foram adotadas através do Ajuste Fiscal, por meio da PEC 055/2016 (ou PEC 241). Tais medidas, acrescentadas à alta taxa de juros, propiciaram o aprofundando da crise econômica até final de 2016.

A PEC 055, de 2016, tem como proposta a limitação das despesas primárias por 20 anos, a partir de 2017[4] que afeta - duramente - a capacidade do Estado no cumprimento de sua função social, a saber: de assegurar direitos arduamente estabelecidos e de prestar serviços públicos de qualidade.

Além disso, suas implicações na estabilidade jurídica são preocupantes, uma vez que o ajuste fiscal, já aprovado, fere a Constituição e subverte o Estado-Nação em componentes vinculantes para ganhos individuais, constituindo leis para benefício próprio e "destruindo" direitos sociais. Neste contexto, resta saber qual a participação do sistema jurídico na tutela da efetivação dos direitos concernentes ao desenvolvimento em uma dimensão ética, atinente à desigualdade; e política, na promoção da justiça e instituições fortes como também na reestruturação das bases do Estado.

[4] A proposta do governo, que foi aprovada, é que as despesas primárias – que dizem respeito aos dispêndios econômicos e sociais totais do orçamento anual – de natureza social não terão recursos adicionais que impliquem em maiores despesas, ficando restritas ao índice da inflação do ano anterior. Isso significa que áreas como saúde, educação, previdência e assistência social e ao trabalhador não terão aumentos reais de recursos por vinte anos, segundo o texto oficial da proposta.

2. A questão do mercado e do Estado[5]

Carlos Afonso e Herbert de Souza em seu livro *O Estado e o Desenvolvimento Capitalista no Brasil*, de 1977, analisam a origem e a natureza do endividamento do Estado brasileiro (*déficit* fiscal) desde a década de 1950. Os autores mostram (com base no Anuário Estatístico e no Diário Oficial de vários anos) como, com o decorrer dos anos, as crises capitalistas (das empresas privadas) vão implicando cada vez mais na necessidade da interferência do Estado na economia.

Uma análise dos *Anuários Estatísticos* do Brasil mostra que, histórica e evolutivamente, os dispêndios do Estado brasileiro vão se deslocando processualmente das despesas com *capital humano* (gastos sociais da produção, bem-estar social, defesa e segurança) para as despesas com *capital social* (governo e administração e os setores da economia - agricultura, indústria, serviços – e infraestrutura). Esta última é estratégica, pois implica em grande volume de despesas e é a base para o desenvolvimento das atividades econômicas privadas.

À medida que o Estado é chamado para salvar o sistema, seus gastos com o capital social (setor produtivo) vão se avolumando, enquanto sua capacidade de arrecadação – em diversas circunstâncias históricas – vai se retraindo. A consequência tem sido que, cada vez mais, o Estado vai deixando suas obrigações sociais (com capital humano) para atender às necessidades e interesses dos capitalistas (empresários). Por outro lado, dado o exposto acima, o Estado passa a contrair empréstimos com o sistema financeiro nacional e internacional, gerando um endividamento interno e externo.

3. O caráter e domínio da financeirização

No final dos anos 60 em diante houve, primeiramente nos países desenvolvidos, uma mudança inicial no regime de acumulação da esfera produtiva para a esfera financeira. Chesnais (1996, p. 28-30) aponta três etapas desse fenômeno:

1ª etapa - Década de 1960: havia ainda o predomínio das finanças administradas em convivência com a internacionalização financeira, embora ainda limitada;

2ª etapa – 1979/81: alguns acontecimentos deram à tona da mudança radical: o fim do controle do movimento de capitais para o exterior; a liberalização

[5] Este subtítulo tem em sua base o artigo «Ajuste Fiscal, reforma da previdência, reforma trabalhista e terceirização: quais os impactos sobre a classe trabalhadora?», de Sérgio Ricardo Ribeiro Lima, abril de 2017, disponível: https://www.researchgate.net/publication/316527624_Ajuste_Fiscal_reforma_da_previdencia_reforma_trabalhista_e_terceirizacao_quais_os_impactos_sobre_a_classe_trabalhadora.

dos sistemas financeiros nacionais; vasto movimento de desregulação monetária e financeira; formação e expansão dos mercados obrigacionistas liberalizados;

3ª etapa – 1986 em diante: início do processo de abertura e aceleração das demais praças financeiras; incorporação dos mercados emergentes a partir do início da década de 1990.

Essa última etapa marcou o início da globalização financeira, cujos desdobramentos viabilizaram a criação de um "mercado planetário de capital financeiro" (PLIHON, 1996, p. 129). Portanto, o que Chesnais *et al* (1996, p. p. 16-17) chama de mundialização financeira, ficou caracterizado pelos seguintes aspectos que se desdobraram no âmbito das três etapas acima assinaladas: a) a substituição de câmbios fixos pelos câmbios flexíveis no início dos anos 1970 (marcou o fim do acordo de Bretton Woods); b) políticas de desregulamentação e de liberalização financeiras; c) aumento da dívida pública dos países.

Em síntese, a liberalização financeira, a desregulamentação das finanças nacionais promovidas pelos estados nacionais e a mundialização financeira foram três fenômenos que marcaram a instauração dos programas neoliberais no mundo e que passou a ser denominado como financeirização. A estes, se somaram o vasto programa de privatizações nos países desenvolvidos e, depois, nos países subdesenvolvidos ou emergentes.

Aquele fenômeno inicial da 1ª etapa, nos anos 60, toma corpo a partir da década de 1980 em diante, de maneira que os capitais financeiros especulativos (não bancários) se sobrepõem ao capital financeiro clássico. Ou seja, as finanças desregulamentadas se tornaram ilimitadas quando comparada às finanças administradas. Isso significou que, "os financiamentos e os investimentos internacionais fazem-se, a partir daí, diretamente, sem passar pelos bancos" (PLIHON, 1996, p. 147).

Se no passado o papel fundamental do sistema financeiro internacional era assegurar o financiamento e celeridade do comércio mundial, assim como evitar os profundos déficits dos balanços de pagamentos, no presente, essa função tornou-se secundária. Uma das razões para tal é que os maiores fluxos de capitais no sistema financeiro internacional não passam mais pelos bancos, enquanto instituições oficiais que cumpriam aquela função posta acima, mas sob controle de grupos financeiros que passam ao largo dos controles administrati-

vos. Dois desses principais grupos são os fundos de pensão e os fundos mútuos[6], cujo volume transacionado de capitais no mundo é, na atualidade, muito superior àqueles de controle dos bancos. Resume-se do exposto que "a arquitectura deste regime de acumulação tem por objetivo permitir a valorização, à escala internacional, de um capital de investimento financeiro" (CHESNAIS, 2002, p. 43). O novo regime de acumulação visa à valorização do capital não mais no investimento produtivo, onde se cria a riqueza real e o valor, pois, "se bem que os grandes grupos industriais transnacionais continuem a ocupar um papel de primeiro plano no regime de acumulação, já não é, no entanto, o capital industrial que comanda o movimento global" (idem, p 45).

As sobreposições desses grupos financeiros a partir da década de 1980 impactaram fortemente sobre os déficits públicos dos países e sobre o comportamento das taxas de juros. Como bem expôs Plihon, "existe um laço directo entre a subida em força das finanças globalizadas e liberalizadas, por um lado, e o aumento dos défices públicos nos países industrializados desde o início dos anos 80, por outro" (1996, p. 143). Esse ponto é central em nossa investigação, pois, por quais meios o Estado passa a financiar seus *déficits*? Uma resposta a essa questão remete ao descumprimento do Estado com a proteção social.

Apresenta-se uma grande contradição intrínseca à própria lógica do regime de acumulação capitalista: embora esse capital das finanças especulativas não financie diretamente os investimentos produtivos, ele se apropria indiretamente, talvez, da maior parte da mais-valia produzida nesses setores e a valoriza ainda mais no circuito financeiro, longe da economia real. Se a força motriz do sistema capitalista está no seu regime de acumulação – clássico (industrial) ou contemporâneo (finanças) -, nele também estão as profundas crises que vêm abalando a economia mundial desde a década de 1990.

Um dos fenômenos responsáveis por essa "valorização" financeira da mais-valia de que se apropriam, são os déficits públicos dos estados nos países desenvolvidos e subdesenvolvidos ou emergentes. Como afirmou Plihon (1996, citado por CHESNAIS, 2002, p. 66), "o poder detido actualmente pelo capital financeiro não é, pois, de maneira alguma, o resultado espontâneo das «forças»

---

[6] Os fundos de pensão são as quotas-parte provenientes de salários e benefícios sociais pagos e acumulados para que os trabalhadores, quando de sua aposentadoria, possam usufruir de uma pensão estável e regular. Geralmente compõem as companhias seguradoras. Os montantes acumulados são imensos, pois são quantias que mensalmente entram nessas contas e ai, em tese, ficariam sem movimentação. Os administradores desses fundos passaram a fazer operações financeiras com esse volume de recursos. Os fundos deixaram de ser uma simples poupança para se transformarem em instituições hegemônicas do capital financeiro. Os fundos mútuos são sociedades financeiras de investimento coletivo que capta os recursos dispersos dos agentes (CHESNAIS *et al*, 2002, p. 44). Esses recursos dispersos são centralizados nessas instituições e vagueiam no mercado mundial financeiro à busca de valorização especulativa.

dos mercados (financeiros), mas procede das políticas governamentais orientadas para a satisfação das exigências dos credores" (*grifos do autor*).

Um dos elementos agravantes dos déficits públicos e do arrefecimento da taxa de crescimento econômico é o comportamento das taxas de juros. Se o sistema financeiro nacional tornou-se desregulado e, ao mesmo tempo, emergiu o controle das finanças em nível internacional, os estado nacionais perderam o controle e a administração das taxas de juros. Conforme Plihon, "o nível prolongadamente elevado das taxas de juro reais é um fenômeno novo que corresponde à emergência de um novo modo de regulação financeira internacional" (1996, p. 135). Mas não se trata apenas de uma questão de mudança de patamar, do nacional para o internacional, mas, mais importante, continua o autor, "a nova ordem financeira internacional consagra o domínio do credor sobre o devedor (...). A subida das taxas de juro traduz essa relação de forças favorável aos detentores do capital financeiro" (idem, p. 135). Observa-se que o Estado, enquanto instituição mais importante para a regulação da ordem social, foi capturado por esse capital. Isto é de uma importância maior para nossa análise, pois é justamente devido ao fato de o Estado ter entrado em processo de endividamento para contornar as crises contínuas, que ele passou a comprometer suas funções essenciais, que é a proteção social. O financiamento dos gastos estatais, conforme apontam as fontes pesquisadas, tem se dado por meio dos desvios das receitas do capital humano (saúde, segurança, educação, saneamento) para o capital financeiro, principalmente especulativo.

O domínio e maior controle das finanças mundiais pelos fundos de pensão, fundos mútuos e demais grupos financeiros não bancários, na medida em que se tornaram a mola alimentadora dos investimentos produtivos e da cobertura dos déficits orçamentários estatais, impactaram nas crises bancárias. Esse fluxo de capitais via estados e setor produtivo, conforme assinalamos anteriormente, passaram a acontecer sem a intermediação bancária oficial. Isto, na prática, repercutiu na forte queda da disponibilidade de crédito bancário.

Esse fenômeno da financeirização se estende aos países emergentes a partir da década de 1990 e trouxe, ao mesmo tempo, crises em vários países e em todo o globo. Vários países na América Latina entraram numa escalada de endividamento que levou a volumosos déficits públicos. Ainda nesta década, foi a vez dos programas de desregulamentação e liberalização das finanças adentrar a América Latina, principalmente, México, Brasil e Argentina. Na maioria desses casos, esses fenômenos se traduziram em profundas recessões econômicas. Conforme Salama:

> *Para além das suas diferenças, a Argentina, o México e o Brasil parecem assim ter-se deixado enredar nestes últimos anos num mesmo processo cumulativo socialmente regressivo: um desenvolvimento do seu PIB cada vez mais dependente*

> *da entrada de capitais; um agravamento das desigualdades sociais, tanto entre rendimentos do trabalho e os do capital, como no seio dos rendimentos do trabalho (entre trabalhadores qualificados e não qualificados); uma taxa de desemprego que não pára de aumentar e empregos precários mais numerosos do que na década de 1980 (SALAMA, 2002, p. 136).*

Portanto, não se tratou de uma crise intrínseca ao próprio sistema produtivo (excesso de produção) ou de um regime de acumulação originariamente excessivo, mas de uma crise cuja natureza tem que ser buscada na lógica financeira do novo regime de acumulação. Um aspecto tornou-se hegemônico nesse regime de acumulação atual: a valorização financeira (fictícia) do capital; dinheiro que se reproduz por si só sem lastro na produção do valor (mais-valia). Esse capital se valoriza nas duas extremidades: investimento e na especulação (principalmente na compra de títulos e obrigações para cobrir os *déficits* estatais), pois aí está a chave da proliferação desse capital sem limites.

Os *déficits* públicos crescentes foram a tônica desse fenômeno da década de 1990 em diante. Suas repercussões sobre as camadas sociais menos favorecidas em alguns países da América Latina é o foco principal: o aumento da desigualdade social e da pobreza em alguns países e, em especial, no Brasil. Portanto, cabe-nos expor como a questão da financeirização repercutiu e repercute sobre a sociedade: salários e direitos sociais.

Conforme salientou Chesnais *et al* (1996; 2000), o novo regime de acumulação centrado nas finanças de mercado, trouxeram perdas sociais consideráveis em todo o mundo, com impactos profundos sobre as sociedades subdesenvolvidas ou emergentes: precarização do trabalho, aumento da intensidade do trabalho; piora das condições de trabalho; desemprego; corte de salários; quebra de direitos sociais.

4. Neoliberalismo e suas "atribulações sociais" no Estado brasileiro: a inserção do projeto no Brasil, década de 1990

O projeto neoliberal foi um conjunto de ideias e de políticas postas em prática no final dos anos 1970 em diante. Primeiramente, na Inglaterra e Estados Unidos e, mais tarde, nos demais países europeus, Ásia e América Latina. Em termos gerais, foi uma resposta à crise estrutural do capitalismo, cujo núcleo central, em nossa visão, foi a conjugação de três fatores: persistência da tendência à queda da taxa de lucro, a abundância de capitais em busca de valorização após a Segunda Guerra Mundial e a crise do clássico regime de acumulação dependente da esfera produtiva.

No final dos anos 80 (1989), em Washington, uma reunião de representantes do governo dos EUA, chefes de Estados latino-americanos, economistas,

BIRD, BID e FMI, chegaram a um consenso sobre a ampliação das políticas neoliberais para os demais países latinos, a exemplo da bem-sucedida aplicação no México e na Argentina. Entre as principais medidas desse plano para o Brasil, estavam: o combate à inflação, valorização da moeda, ajuste fiscal, privatizações, mudanças na Seguridade Social, desregulação dos mercados e liberalização comercial e financeira. O objetivo do encontro era fazer as mudanças econômicas necessárias para alinhar as economias latino-americanas às mudanças que estavam ocorrendo no cenário econômico mundial.

Apesar dos atropelos políticos após o fim da ditadura (1985) e sucessivos planos econômicos fracassados até o início dos anos 90, a partir de 1994, no governo FHC, foram colocadas em práticas algumas medidas de política econômica alinhada ao receituário acordado naquela reunião de 1989. Essas medidas macroeconômicas visavam, acima de tudo, ajustar e preparar a economia brasileira para a livre mobilidade de mercadorias e, principalmente, de capitais. Ou seja, medidas a fim de delinear futuras posições e imposições desse "poder" econômico no direcionamento das políticas públicas em detrimento dos direitos constitucionais da sociedade brasileira.

A expansão das finanças de mercado[7] desreguladas durante a década de 1980 (que expusemos anteriormente acerca da financeirização mundial), de um lado, e o endividamento público estatal, do outro, implicou na forte entrada desse capital financeiro, de fluxo volátil e curto prazo, na economia brasileira.

Uma nova eleição na década de 1990 já nasceu com a vitória de um governo numa perspectiva neoliberal. A crise e queda desse governo – Fernando Collor – levou a nova eleição em 1994 com a vitória de Fernando Henrique Cardoso que instaurou em seus dois mandatos uma forte política neoliberal: privatizações, corte nos gastos públicos, congelamento de salários do funcionalismo público federal por oito anos, controle da inflação, abertura da economia ao capital internacional. Instaurava-se no Brasil a globalização neoliberal. A condição essencial dessa instauração foi uma proposta de reforma do papel do Estado, que veremos na próxima seção.

O processo inflacionário vivenciado pela economia brasileira após a Nova República (a partir de 1985) exigiu do governo FHC a instauração de medidas de ajuste fiscal, que implicaram em corte nas despesas sociais. Uma dessas medidas, que nos interessa nesse estudo, foi a criação de uma legislação que deu poderes ao presidente para desvincular recursos da Seguridade Social e poder aplicar em outras áreas, conforme fosse a necessidade da conjuntura econômica. A principal dessas medidas – que não trataremos aqui, pois já foi objeto de exposição noutra seção – foi a criação da DRU (Desvinculação das Receitas da União), no percentual de 20% sobre novas receitas da seguridade. Outras medidas vieram

[7] Aqui as finanças de mercado se contrapõem às finanças reguladas; aquelas se sobrepõem a estas.

no segundo ajuste fiscal que visaram mais cortes nas despesas sociais, como o PDV (Programa de Demissão Voluntária) de servidores públicos federais e congelamento de salários do funcionalismo público durante toda a gestão de FHC, com perdas salariais reais.

Do ponto de vista social, a sociedade vivenciou durante a década de 1990 e 2000, um crescente processo de desigualdade social, concentração de renda, e aumento da miséria. O reconhecimento dessa realidade levou, ainda no governo FHC, a instituir programas de transferência de renda para conter o estrangulamento da miséria social que se expandiu na segunda metade dos anos 90. Esses programas foram ampliados no governo Lula.

Até este momento – década de 1980 – havia uma forte participação de empresas estatais de indústrias de base e no setor de infraestrutura pesado que forneceu, desde a década de 1950, o suporte industrial necessário para as empresas. O Estado cresceu muito como estado-empresário, controlando e disponibilizando os serviços desses setores, estratégicos para o desenvolvimento industrial e crescimento econômico. A crise econômica mundial nos anos 1970, que se abateu sobre o Brasil e que levou ao forte endividamento público, serviu como questionamento sobre a ineficiência e o forte e excessivo comprometimento do Estado com a esfera econômica. Esse foi o discurso da corrente de economistas (neo)liberais que pregavam a liberalização da economia e a privatização de setores estratégicos.

5. O governo Lula: fortalecimento do "Estado social" na década de 2000

As políticas de governo voltadas para atender as exigências do mercado financeiro trouxeram ao Brasil uma nova roupagem no que tange à vontade nacional que se identifica com as propostas dos grupos de esquerda no país. Fazendo uma ressalva nos termos de uma política de oposição, o levante da sociedade se deu em defesa dos direitos e de um modelo econômico que abranja as bases que as consolidaram. A bandeira de luta foi nacionalista, a qual qualifica um estado democrático de direito.

No ensejo e vontade do povo, na década de 2000 – assim como a crise social resultante da política neoliberal posta em prática por FHC – abriu-se uma nova perspectiva para a economia e para a sociedade brasileira. Mesmo sustentando a política macroeconômica do governo anterior, o governo Lula priorizou o fortalecimento do Estado e a preservação e ampliação dos direitos e programas de assistência social (programas de transferência direta de renda), assim como

uma política de valorização do salário mínimo em 2007[8]. Conforme um grande teórico e intelectual brasileiro, Bresser Pereira (2011), afirmou, "o grande aumento do salário-mínimo e a extensão do programa bolsa família a um número muito maior de brasileiros contribuíram para a expansão do mercado interno" no período 2008-2009, em plena crise econômica mundial.

Houve, ao mesmo tempo, um estancamento do programa de privatizações implantado no governo anterior e, contrário às privatizações, o governo privilegiou o regime de *concessões* – algumas das quais não executadas - de exploração de alguns setores econômicos por empresas privadas (rodovias, hidrelétricas, portos, aeroportos e rodovias). Portanto, o governo brasileiro, na década de 2000, assumiu uma postura que, conforme Bresser Pereira, foi denominada de "Novo Desenvolvimentismo"[9]. Esse novo modelo econômico está calcado no fortalecimento do Estado e numa proposta de retomada e garantia dos direitos e assistência social.

Portanto, o foco da política econômica do governo Lula favoreceu o fortalecimento do mercado interno (conforme afirmamos antes, entre outros expedientes, a política de valorização do salário mínimo, como uma das principais) e, face à conjuntura econômica favorável no mercado externo na primeira metade dos anos 2000, permitiu a expansão das exportações brasileiras. Porém, faria mais ainda com uma taxa de juros menor, o que só veio ocorrer ao final de seu mandato e no primeiro governo de Dilma. O Brasil, em 2010, vivenciou um "milagre econômico", quando o mundo estava em crise, a economia brasileira cresceu 7,5%, assinala Bresser Pereira (2011).

---

[8] A política de valorização do salário mínimo instaurada em 2007 foi muito importante enquanto ganho real para classe trabalhadora (que vive do salário-mínimo). Até então, a política salarial, ano a ano, garantia apenas a reposição do índice da inflação do ano anterior. No governo Lula, além da reposição do índice da inflação, o salário-mínimo passou a ser reajustado de acordo com o índice de crescimento do PIB (Produto Interno Bruto) do ano anterior. Essa política – no momento em que a economia mundial entrava em crise – alimentou a demanda interna, estimulou o investimento e a produção, associada à queda da taxa básica de juros e disponibilidade de crédito para consumo; associado a estes mecanismos, acrescente-se a isenção total e/ou parcial de impostos sobre o consumo de eletrodomésticos da "linha branca", o aumento do crédito para aquisição da casa própria e a isenção parcial dos impostos sobre os automóveis "populares". Paralela a estas iniciativas, o segundo governo Lula e o primeiro governo de Dilma fortaleceram o agronegócio e a agricultura familiar.

[9] O *Novo Desenvolvimentismo* é uma nova estratégia nacional de desenvolvimento proposta por Bresser Pereira e um grupo de economistas, que evidencia a atualidade da questão do desenvolvimento econômico pelo lado da oferta (educação, progresso técnico e científico, investimento em infra-estrutura e fortalecimento das instituições) e pelo lado da demanda (interna e externa). Para o autor, essas duas demandas são insuficientes nos países subdesenvolvidos devido a duas tendências estruturais: primeiro, internamente, os salários não acompanham o crescimento da produtividade; do lado externo, a sobrevalorização da taxa de câmbio é uma forte barreira à concorrência dos bens domésticos no mercado internacional. (BRESSER PEREIRA, 2011).

Ainda sob a ótica da demanda interna, a ampliação dos programas de transferência de renda, ao mesmo tempo em que tirou milhões de famílias da miséria, ampliou e fortaleceu o mercado interno, o que dinamizou a economia brasileira, desde a mercearia do bairro, ao grande atacadista e à grande indústria.

Quanto à miséria, dados do IPEA[10] de 2015, mostram que em 2001, final do mandato de FHC, havia no Brasil 15 milhões de pessoas na linha da miséria. Em 2013, esse número caiu para, aproximadamente, 5.800.000 pessoas.

Dois outros programas interligados foram muito significativos no governo Lula, sob o ponto de vista econômico e social: o programa de incentivo à agricultura familiar e o Programa de Aquisição de Alimentos (PAA). Na realidade, foram programas "casados", em que ambos fortaleceram a produção de alimentos, estimularam a economia, seguraram a inflação e geraram renda e emprego na agricultura familiar e nos assentamentos rurais. A garantia de compra da produção dos agricultores (camponeses e assentados) a preço de mercado (sem a intermediação dos atravessadores) garantia a renda dos produtores, incentivando e estimulando a produção. A garantia da renda permitiu a melhoria das condições materiais de vida, assim como trouxe um grande alento aos produtores. Mais importante ainda, evitou, em parte, o êxodo rural.

Porém, sob a ótica das despesas primárias (dispêndios na área econômica e social), no que tange aos recursos da Seguridade Social garantidos na Constituição de 1988, o governo Lula não conteve a evasão dos recursos da Seguridade por meio da DRU[11], que, legalmente, podia transferir recursos da seguridade no percentual de 20%, o que representava um volume significativo para o sistema de proteção social como um todo para outras áreas para cumprir compromissos financeiros da dívida. Ao contrário, os dois governos do PT ignoraram a DRU e a prorrogaram, até a saída de Dilma, até 2023, agora com 30%.

A permanência e prorrogação da DRU representaram um volume significativo de recursos transferidos dos fundos próprios da Seguridade Social e que poderiam melhorar a renda dos aposentados, a qualidade dos serviços, assim como ampliar a cobertura do atendimento e como reserva para novos ingressantes.

---

[10] Informação disponível na página oficial do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_alphacontent&ordering=3&limitstart=2400&limit=20.

[11] Desvinculação das Receitas da União destinados ao superávit fiscal e para reserva de contingência. Veremos detalhes desta questão em capítulo específico.

6. A ressurreição neoliberal: a retomada do projeto no governo Temer

A conjuntura econômica desfavorável no cenário internacional e que começou a adentrar a economia brasileira foi o estopim para que os grupos políticos contrários ao governo da ocasião passassem a questionar o aumento do déficit público, assim como outras condutas políticas colocadas em operação no governo de Dilma, o que levou ao seu afastamento.

O governo interino do vice-presidente Michel Temer começou a colocar em operação uma série de políticas com uma outra perspectiva do que até então vinha sendo praticado pelo governo do PT desde 2002. Em conjunto, essas políticas se resumiram ao ajuste fiscal (2016) e duas grandes reformas, uma já aprovada (a reforma trabalhista e terceirização) e outra – neste momento – em tramitação para deliberação pela Câmara de Deputados (a reforma da Previdência).

Além dessas reformas, o governo interino, desde que assumiu, vem, de forma arbitrária e veloz, colocando em prática um amplo programa de privatizações e concessões, que vai desde os setores de infraestrutura estratégicos até serviços essenciais e que atingem a soberania do estado brasileiro: Petrobras, Eletrobras, Aeroportos, rodovias federais.

O conjunto dessas iniciativas (ajuste e reformas), associado ao programa de privatizações é característico do projeto neoliberal que foi iniciado com FHC na década de 1990, estancado no governo do PT (década de 2000 até 2014) e retomado no governo atual. Consoante ao que aludimos anteriormente, a globalização neoliberal veio acompanhada do lastreamento exacerbado da financeirização. Aliás, globalização (mercantil e produtiva) e financeirização são irmãs gêmeas do projeto neoliberal. O endividamento público é o motor alimentar da especulação financeira e da valorização fictícia do capital neste estágio atual do capitalismo.

O ajuste fiscal e as reformas (trabalhista, terceirização e previdenciária) fazem parte da arquitetura construída pelo capital internacional (capital financeiro) como meio de aumentar os lucros e, ao mesmo tempo, contrabalançar a tendência à queda da taxa de lucro do conjunto do sistema. As medidas tomadas por este governo são um claro sinal do alinhamento de sua política aos interesses do capital financeiro. Seguiremos agora com uma breve apresentação do ajuste fiscal e das reformas, pautando-se em estudos e dados científicos a fim da sua compreensão e implicação no âmbito político e jurídico.

7. O teor do ajuste fiscal e das reformas e os impactos sobre os direitos sociais

Como mostramos na introdução ao texto, o conjunto de políticas de cortes nas despesas para estancar os gastos e o déficit público implica em restrições aos direitos sociais até então conquistados com muita luta pelos assalariados. Nossa proposta nesta seção é mostrar brevemente – devido à complexidade da temática – os pontos centrais do ajuste e das reformas e, ao final, as possíveis implicações sociais sob a ótica dos direitos.

7.1 O Ajuste Fiscal[12]

A PEC 241/2016 (depois mudada para PEC 055/2016) estabelece um novo regime fiscal para o país. O regime fiscal diz respeito às contas primárias das entidades governamentais (União, Estados e municípios). Portanto, o objetivo do ajuste fiscal é impor limites às despesas primárias, que são as despesas com serviços públicos de natureza social prestados à sociedade, para manter o compromisso de pagamento das despesas financeiras (juros e amortizações das dívidas, por exemplo). Os dispêndios públicos são aqueles essenciais à população, como pessoal, custeio, investimento.

Portanto, o ajuste fiscal implica numa nova meta fiscal a partir de 2016. Com essa nova meta o governo já admite no orçamento de 2016 um déficit primário de R$170,5 bilhões. A justificativa do governo é que houve um crescimento descontrolado das despesas primárias num ritmo maior que o crescimento do PIB.

Fica claro, no entanto, que o foco da nova meta é a contenção das despesas primárias, aquelas justamente *necessárias* à população. Assim sendo, está fora do ajuste fiscal as despesas financeiras da União – aquelas contraídas mediante empréstimos às instituições financeiras e bancárias, nacionais e internacionais – que consomem, aproximadamente, 45% do orçamento geral da União[13]. Ou seja, quase metade de toda arrecadação do Estado vai para o pagamento às instituições financeiras. Por outro lado, e isto é mais importante, a expansão das despesas não esteve desvinculada da expansão das receitas primárias.

O novo regime fiscal tem validade por 20 anos, iniciando a partir de 2017. Ou seja, as despesas estarão atreladas ao índice da inflação por 20 anos. Isso traz

---

[12] Este subtítulo tem em sua base o artigo «Ajuste Fiscal, reforma da previdência, reforma trabalhista e terceirização: quais os impactos sobre a classe trabalhadora?», de Sérgio Ricardo Ribeiro Lima, abril de 2017, disponível: https://www.researchgate.net/publication/316527624_Ajuste_Fiscal_reforma_da_previdencia_reforma_trabalhista_e_terceirizacao_quais_os_impactos_sobre_a_classe_trabalhadora

[13] Ver o sítio na internet da Auditoria Cidadã da Dívida (www.auditoriacidada.org.br).

uma implicação negativa muito séria para o conjunto das políticas sociais que foram incorporadas à Constituição de 1988. Na realidade, as conquistas sociais obtidas com a Constituição de 1988 foram o resultado de um projeto de luta e amadurecimento da consciência dos direitos sociais por parte da classe trabalhadora desde a implantação das leis trabalhistas na década de 1940. Pode-se afirmar que em momento nenhum o trabalhador assalariado e o conjunto da população pobre desse país conseguiram avanços em seus direitos sociais como aqueles que foram consagrados na Constituinte. Pontuaremos abaixo algumas dessas conquistas.

8. Educação e Saúde[14]

O Art. 198 da Constituição Federal determina um percentual mínimo de aplicação de recursos por parte da União e dos Estados em educação e saúde (o que foi um grande avanço): em saúde, 15% no caso da União e de, no mínimo, 12% para os Estados; na educação, o Art. 212 determina 18% da receita líquida de impostos para a União e 25% da receita líquida de impostos dos Estados, incluindo nesse percentual, os repasses da União para os Estados.

Portanto, a educação, a saúde e os programas de assistência social, passaram a ter reajustes vinculados apenas ao comportamento do IPCA do ano imediatamente anterior, que não representa nenhum aumento, mas reposição de perdas do ano anterior (índice da inflação).

Outra questão pendente no novo ajuste é a *Política de Valorização do Salário Mínimo*, resultado da mobilização da classe trabalhadora no início do governo Lula e que foi implementada em 2007, com validade até 2023. Essa política implica que os salários, desde 2007, vêm obtendo ganhos reais de acordo com o índice de inflação (do ano anterior) e com o índice de crescimento do PIB. Conforme a Lei nº 13.152, de 29 de julho de 2015, que dispõe sobre a política de valorização do salário mínimo, em seu §10, diz que o reajuste para preservação do poder aquisitivo acompanhará o comportamento do INPC. Os §40 e §50 dispõe sobre o aumento real de salários que obedecerá ao comportamento da taxa de crescimento real do PIB do ano anterior, passando a vigorar em 2016. Porém, o que se tem observado é que o salário-mínimo não tem obtido ganhos reais

[14] Os números aqui expostos, assim como algumas informações, foram extraídas de um estudo do DIEESE - Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Sócioeconômicos, de setembro de 2016, disponível em: http://www.dieese.org.br.

Este subtítulo tem em sua base o artigo «Ajuste Fiscal, reforma da previdência, reforma trabalhista e terceirização: quais os impactos sobre a classe trabalhadora?», de Sérgio Ricardo Ribeiro Lima, abril de 2017, disponível: https://www.researchgate.net/publication/316527624_Ajuste_Fiscal_reforma_da_previdencia_reforma_trabalhista_e_terceirizacao_quais_os_impactos_sobre_a_classe_trabalhadora.

numa economia em recessão, quando o PIB em 2015 e 2016 foram negativos. Porém, não se pode também falar em preservação do poder aquisitivo, visto que o aumento do salário não tem acompanhado o índice da inflação. A tendência é que os salários acumulem perdas reais.

9. Reforma trabalhista e Terceirização

A reforma trabalhista – que inclui o modelo de trabalho terceirizado – representa alterações na CLT que, segundo o governo, procura ajustar o mercado de trabalho à nova realidade econômica, nacional e internacional. Ressaltaremos aqui os pontos mais delicados das mudanças.

O Projeto de Lei da Terceirização, no seu Art. 1º, "regula o contrato de prestação de serviço e as relações de trabalho dele decorrentes, quando o prestador for sociedade empresária que contrate empregados ou subcontrate outra empresa para a execução do serviço".

Já no Art. 2º, §1º tem-se que "A empresa prestadora de serviços contrata e remunera o trabalho realizado por seus empregados, ou subcontrata outra empresa para realização desses serviços" e, no §2º, "*Não se configura vínculo empregatício* entre a empresa contratante e os trabalhadores ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo" (*itálico do autor*).

O Art. 1º demonstra que sendo o contrato de prestação de serviço terceirizado, as relações de trabalho ficaram sob o julgo do contrato entre as partes já sob o regime terceirizado, o qual não garante cobertura, em lei, para os direitos trabalhistas, como está garantido na CLT (Consolidação das Leis do Trabalho).

No §1º do Art. 2º, a empresa prestadora de serviço pode contratar e remunerar seus empregados ou contratar outros trabalhadores (vinculados ou não a uma empresa terceirizada) para realização do serviço (trabalho). Observa-se que o texto do Projeto de Lei usa, insistentemente, o termo "prestação de serviços", como se não se estendesse à produção de mercadorias (indústrias). Mas o §2º deixa claro ao afirmar "qualquer que seja o ramo".

Porém, o §2º, Art. 2º é mais preocupante ao afirmar que, uma vez instaurado o contrato terceirizado, não se configura vínculo empregatício entre a empresa e os trabalhadores. A não existência de vínculo empregatício significa a não obrigatoriedade de cobertura dos trabalhadores em relação aos direitos trabalhistas, tal como é direito garantido na CLT.

Antes da aprovação do texto se questionava sobre a aplicação da Lei apenas às atividades-meio e não às atividades-fins. Porém, o presidente Temer sancionou o Projeto de Lei sem alterações, ou seja, incluindo também as atividades-fins. Isso significa que a terceirização poderá se expandir para todos os ramos e

atividades. Poderemos assistir, num futuro próximo, a um aprofundamento da precarização do trabalho no Brasil.

O trabalhador terceirizado ficará descoberto dos direitos trabalhistas que até então o resguardava. Isso significa que passa a ser um trabalhador mais fragilizado e precarizado frente aos patrões, principalmente devido ao exército de trabalhadores e os baixos salários hoje existentes no Brasil. É bom refletir que a própria condição de terceirizado já implica numa condição inferiorizada frente aos trabalhadores resguardados pelas leis trabalhistas.

Em sua essência, essa reforma tem como justificativa "valorização da negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores", que significa, em outras palavras, negociação de mercado, sem a cobertura normativa em lei que até agora assegura as relações de trabalho.

Um dos pontos importantes dessa reforma é evitar o que se chama de "judicialização das relações de trabalho", quando muitos trabalhadores dão entrada na Justiça do Trabalho com ações trabalhistas, após saírem da empresa. Portanto, um dos objetivos da reforma, é evitar que os trabalhadores recorram à Justiça do Trabalho com ações trabalhistas, mas que, ao contrário, as pendências trabalhistas se resolvam no próprio ambiente de trabalho (local desfavorável para o trabalhador). O texto da reforma assinala que há ausência de canais institucionais de diálogo na empresa entre representante dos trabalhadores e patrões, levando as pendências trabalhistas para depois do encerramento do contrato, o que implica em despesas trabalhistas judiciais por não cumprimento de direitos.

Portanto, o objetivo desta reforma é promover maior flexibilidade no processo de contratação de trabalhadores através das negociações coletivas, no que diz respeito ao trabalho temporário. Flexibilização na contratação e no exercício do trabalho implica em precarização. A precarização significa, em termos práticos, a fragilização nas condições de trabalho, quanto à jornada e intensidade de trabalho, salários, e que implicam, em última instância, na maior exploração da força de trabalho, desgaste físico e intelectual.

10. A Reforma da Previdência

A Previdência Social é um dos elos que, juntamente com o Sistema de Saúde e de Assistência Social, forma o Sistema de Seguridade Social.

Dentre o conjunto de reformas, a da previdência é a principal para o governo com o argumento de que há, no presente, um volumoso déficit, de maneira que, no futuro próximo poderá comprometer o sistema como um todo e, em sentido geral, o próprio crescimento econômico do país.

A Previdência Social obteve uma conquista sem precedentes na Constituição de 1988 desde a sua concepção. Entre as principais conquistas, destacam-se:

a) a ampliação da fonte de recursos financeiros, o que ampliou sua capacidade de atendimento ao público; b) a sua universalidade, pois até então os benefícios se restringiam àqueles que contribuíam. Portanto, a partir da Constituição, qualquer cidadão tem cobertura no sistema previdenciário, quer contribua ou não. Esse é um importante aspecto de justiça social. Mas, conforme mostramos anteriormente, o Sistema de Seguridade Social e, em particular, a previdência social, sofreu vários desfalques em sua capacidade de proteção social e em suas fontes de financiamento, o que tem comprometido sua amplitude universal, assim como sua capacidade de autofinanciamento.

A proposta da reforma da previdência decorre de 4 argumentos:1) *déficit*;2) aumento da expectativa de vida; 3) aposentadoria precoce; 4) fraudes.

Primeiramente, o *déficit* é o resultado do saldo entre a arrecadação de empregados e empregadores e o valor total de benefícios pagos.

Estudos da ANFIP[15] têm mostrado que há uma inconsistência nos dados apresentados pelo governo, de maneira que força a construção de um *déficit*. Através dos próprios dados oficiais, esta associação apresenta duas ordens de fatores que levam a crer que a previdência é deficitária: do lado das receitas e do lado das despesas.

Do ponto de vista das receitas, algumas medidas de política econômica, visando ajustes fiscais, foram implementadas no governo FHC que levaram a uma forte redução das receitas próprias da Seguridade Social, garantidas na Constituição. A principal delas foi a Desvinculação das Receitas da União (DRU), em vigor até hoje, que, mediante decreto-lei, autoriza o governo federal a fazer repasses desses recursos para atividades que visem o superavit fiscal. Em outras palavras, significa cumprir os compromissos com o serviço da dívida pública federal. A DRU foi criada em 1994, permitindo a transferência de recursos da ordem de 20% de suas receitas próprias. Em 2016 ela foi prorrogada até 2023, aumentando a alíquota da DRU para 30%, cujos montantes são volumosos e que implicam numa forte contenção dos recursos da seguridade garantidos pela Constituição.

Do ponto de vista das despesas, diversos governos, de FCH até Temer, muitos dos benefícios que têm regime próprio de aposentadoria e pensões, são lançados na conta da Seguridade Social: pensões dos militares e alguns setores dos servidores públicos federais. A questão é que, legalmente, a Seguridade Social cobre os trabalhadores do RGPS[16] e não do RPPS[17], cujos pagamentos de

---

[15] Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal. Para maiores detalhes sobre a situação financeira real da previdência social, consultar https://www.anfip.org.br/.

[16] Regime Geral da Previdência Social.

[17] Regime Próprio da Previdência Social.

pensões, embora não tão volumosos, não caberiam, legalmente, serem pagos por recursos da seguridade. Sob essas duas perspectivas, a previdência termina por apresentar *déficit*.

11. As reformas, o Direito e o Estado

O que está em curso no Brasil é uma grande reforma do Estado. Mais importante, implica na redução do papel do Estado como principal agente indutor do desenvolvimento econômico, para uma economia cujas bases estruturais são frágeis e dependem fortemente dos estímulos do Estado. Temos uma economia com um PIB alto, mas fortemente dependente de *commodities*.

Diante do exposto, estamos cientes de que não se trata de uma reforma ali, outra reforma aqui, mas de um conjunto de reformas cujo foco é único: diminuir o papel do Estado na economia (como agente econômico) e na área social, ao mesmo tempo em que abre esses espaços para a penetração e valorização do capital financeiro, conforme mostrou Chesnais.

Mesmo depois da elevação do ser humano como bem jurídico protegido e que todos comungam em espírito ético, vale perguntar: o Estado é a vontade livre da sociedade no que implica na boa relação do mesmo ou está para a vontade do bom funcionamento do sistema econômico?

Todavia, o que se evidencia são perdas de direitos que estão intrinsecamente ligadas ao sistema econômico, que se identifica como custo para o Estado. Ora, mas a sociedade como contribuinte e também como componente vinculante da economia e sua composição, não está a pagar (in)diretamente pelos sistemas de seguridade social: educação, segurança, sistema de saúde e previdência.

Contudo, no contexto de globalização, as sociedades complexas, por uma questão de sobrevivência econômica (no sentido de reprodução do sistema e das boas relações econômicas), devem interagir com outros estados a fim de incrementar as atividades produtivas por meios de trocas comerciais. As disposições econômicas dos estados devem ser de forma benéfica no tocante ao intercâmbio de capital, o que gera bons frutos para qualquer país. Por ter uma conotação de prática internacional, as relações de comércio (práticas comerciais) devem ser fiscalizadas e orientadas por órgão que regule o comércio de forma justa e que também facilite as demandas importantes para cada Estado. Com isso, criou-se a WTO (*World Trade Organization*) no intuito de fomentar o desenvolvimento das boas relações no mercado econômico mundial. Criada recentemente, por volta de 1994, a WTO possui um conjunto de princípios de regulação multilateral do comércio, do qual devemos destacar seus princípios basilares atinentes à perspectiva da pesquisa: a de criar mais benefícios para os países em desenvolvimento.

A menção ao desenvolvimento econômico dos países periféricos (ou subdesenvolvidos) não inclui a destituição das bases sistêmicas de ordem jurídica como retrocesso dos direitos e, principalmente, na concessão do governo nas privatizações dos aparelhos institucionais de vital importância à soberania do país. Não obstante, salientamos que os princípios relacionados à atividade econômica têm por base na Constituição brasileira no capítulo VII, "Da Ordem Econômica e Financeira".

O Art. 170 diz: "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 nos princípios: I) soberania nacional; II) propriedade privada; III) função social da propriedade; VII) redução da desigualdade social; VIII) busca do pleno emprego".

Na sequência, tem-se o Art. 172: "a lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros".

E por fim, Art. 173, § 4º: "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros".

Diante dos princípios elencados na Constituição, as disposições do Estado devem atender aos interesses da sociedade e, como vemos acima, as medidas são incisivas para inflamar as perspectivas do mercado financeiro (nacional e transnacional). Tais medidas não implicam somente em retrocessos e perda de direitos, mas em desajuste social e moral, uma vez que o ajuste fiscal e a reforma da Previdência claramente atacam a renda dos trabalhadores (aqueles que vivem de uma renda fixa) e, consequentemente, na aquisição de bens essenciais à vida, como a alimentação. Isso sem mencionar outras perdas de serviços essenciais digno da pessoa humana, como saúde, educação, segurança. Falamos de um congelamento dos programas de assistência social por 20 anos!

Além disso, os problemas sociais que devem emergir das politicas arbitrárias podem surtir efeitos significativos na segurança do país, pois as condições de extrema pobreza elevam os índices de criminalidade, e as linhas tênues das classes sociais e o esmagamento da base do Estado (o trabalhador) tende às revoltas sociais mais efetivas nos movimentos, como ocorreu na década de 1990. E mais, as concessões e privatizações de empresas públicas deixa o país mais vulnerável aos ditames do capital e fere a soberania do Estado e, sobretudo, na seguridade jurídica.

Vejamos que, como ocorreu no âmbito econômico, em que os artifícios do capital para tornar o Estado refém de suas flutuações (de credor, e financiador, passa a devedor), quais garantias que podemos ter se o Estado, mediante uma insegurança jurídica, não possa sofrer sanções e intervenções mais severas

por não constituir um Estado de Direito, como por exemplo, a ocupação por outro Estado. Tal menção é de fato extremista, todavia, no contexto global, vemos vários exemplos de como o "poder" econômico-hegemônico pode intervir em outros estados e, utilizando como veículo jurídico, os sistemas de proteção internacional em fóruns globais.

Nesta perspectiva, é crucial definir a noção de Estado e o que constitui o Direito sobre pena de ser engolido pelo 4º "poder".

A proteção dos indivíduos por parte do poder público está inserida numa engrenagem econômica e sujeito às suas contingências e, portanto, torna-se de vital importância que o poder público crie condições a fim de que todos estejam protegidos desta situação sem detrimento aos interesses da coletividade, para que não recaia a caprichos de particulares, visto que a vontade particular pode causar prejuízos a outros.

Para Hegel, nos *Princípios da Filosofia do Direito*, as decisões (vontades particular) pensadas e executadas sem considerar o Estado são o reino da arbitragem. A política e o Estado são o reino da liberdade e da vontade humana, onde os princípios da filosofia do direito recebem o conceito ou ideia do espírito em sua realidade e, suas contradições e incoerências, mediante a tirania de um contingente mínimo, conseguiram perceber a injustiça. Hegel fundamenta a organização da sociedade em três estágios: o trabalho, sistema de necessidades (necessidade do indivíduo com as necessidades do outro); a justiça, sistema de leis que garantem a convivência e liberdade (garante a liberdade ao mesmo tempo em que as vigia); e o sistema de proteção interna, a polícia. O Estado tem e deve ter o interesse de salvaguardar todo o sistema organizacional, bem como o Direito em prol da sua formação e desenvolvimento do mesmo. Desta forma, o Estado, e sua Constituição, deverá ser o bem protegido. O movimento neoconstitucionalista é o reflexo dessa nova perspectiva dos anseios da sociedade, todavia, atribuída ao sistema do Poder Judiciário para salvaguardar o Estado e os interesses da sociedade.

Segundo Atienza (2014, p.137), o jusnaturalismo na modernidade, fez com que o Direito e o Estado fossem vistos como "convenção, de um acordo racional entre os homens" (século das luzes) e não mais vista em termos religiosos de razão e vontade de Deus como na idade média. Com isso,

> *A ideia geral é que, no estado natural, os indivíduos têm certos direitos naturais (como a vida, liberdade, etc.) que não podem fazer valer ou não podem usufruir de maneira segura se não instituindo um poder político, isto é, um poder capaz de se impor a cada um dos indivíduos: esse poder soberano, que surge e se fundamenta no pacto social, é o que faz com que os direitos naturais passem a ser direitos civis. Em suma, o Direito é inseparável do Estado: o Direito (que na época moderna pode ser visto sob o ponto de vista dos indivíduos: por isso o con-*

> *ceito básico é agora o de direito subjetivo e de sujeito de Direito) necessita para existir da tutela do Estado; e o Estado, por seu turno, necessita do Direito para se justificar pois, como se acaba de dizer, o que legitima o Estado é a proteção dos Direitos dos indivíduos. (ATIENZA, 2014, p. 137).*

A existência do Direito está para a necessidade de estabelecer o poder social, sob controle do sistema jurídico, para fazer frente a qualquer tipo de conflito que possa surgir na sociedade. Sendo assim, o Direito é valioso em si mesmo e, viver num Estado de Direito, é algo incontestável, principalmente doravante às incisivas econômica e financeira, afirma Atienza (idem, p. 343). Podemos atribuir que, como falamos no decorrer deste estudo, os interesses de uma classe ao sobressair aos interesses da sociedade promovem a injustiça, como afirma Hegel, e que a injustiça no nosso tempo é uma injustiça jurídica, onde o Direito é infringido.

12. Breves conclusões

As crises que estão se alastrando por vários países é o sintoma maior desse mal incurável, intrínseco à própria lógica de valorização do capital, na busca incessante por lucros de qualquer natureza. Por outro lado, como razão dialética, déficit público, endividamento e capacidade financeira do Estado é o outro lado da moeda da estrutura rígida do capital. Portanto, o imperativo econômico nunca se impôs com tanta veemência sobre a sociedade e o Estado como está fazendo no estágio atual do capitalismo.

Esse imperativo econômico tem acomodado a captura da sociedade e do Estado pelo capital, o que traz consequências sobre a soberania do Estado enquanto instituição suprema da vontade coletiva, pois a vontade livre da sociedade tem sucumbido à vontade do sistema econômico. As reformas do Estado para atender aos interesses do ideário neoliberal têm corroído cada vez mais as bases do Estado enquanto instituição suprema da vontade geral, como nos legou Hegel.

Como mostramos na seção anterior, a valorização do trabalho e a existência digna dos cidadãos, como salienta a Constituição de 1988, vem sendo comprometida em prol de interesses alheios à sociedade. As reformas que estamos assistindo vão resultar nas perdas dos avanços e dos direitos sociais até então conquistados com muita luta. Esses direitos têm um especial interesse para a classe trabalhadora assalariada, do ponto de vista da proteção social e da precarização do trabalho. O congelamento dos recursos da área social, por vinte anos, e a reforma da previdência representam uma significativa restrição à proteção social, ferindo a Constituição. A flexibilização da legislação trabalhista, o trabalho intermitente e a terceirização de atividades "meio" e "fim" implicam na piora das condições de trabalho e na intensificação da (auto)exploração da força de

trabalho, pois concorrem, juntamente, para o aumento da jornada de trabalho. Esses elementos condicionam uma tensa precarização do trabalho.

Referências

AFONSO, Carlos Antonio; SOUZA, Herbert de, O Estado e o Desenvolvimento Capitalista no Brasil, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1977.

ANFIP, Associação dos auditores fiscais da receita federal do Brasil, disponível em: https://www.anfip.org.br/.

ATIENZA, Manuel, *O sentido do Direito*, Lisboa, Escolar Editora, Verba Legis, 2014.

AUDITORIA CIDADÃ DA DÍVIDA, disponível em: www.auditoriacidada.org.br.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos, *O Brasil e o novo desenvolvimentismo*, 2011, disponível em: http://www.bresserpereira.org.br/listar.asp?cat=76.

BRUNHOFF, Suzanne, «A instabilidade monetária internacional», in *A mundialização financeira: gênese, custo e apostas*, François Chesnais (*et al*), Lisboa, Instituto Piaget, Economia e Política, 1996.

CHESNAIS, François, «Crises da finança ou premissas de crises económicas próprias do actual regime de acumulação?», in *As armadilhas da finança mundial. Ideias/Economia*, François Chesnais (*et al*), Lisboa, Campo da Comunicação, 2002.

CHESNAIS, François, «Introdução geral», in *A mundialização financeira: gênese, custo e apostas*, François Chesnais (*et al*), Lisboa, Instituto Piaget, Economia e Política, 1996.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Princípios da Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, Martins Fontes, 1997.

IBGE. Anuário estatístico do Brasil, disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=720.

IPEA, disponível em: http//www.ipeadata.gov.br

PLIHON, Dominique, «A economia de fundos próprios: um novo regime de acumulação financeira», in *A mundialização financeira: gênese, custo e apostas*, François Chesnais (*et al*), Lisboa, Instituto Piaget, Economia e Política, 1996.

SALAMA, Pierre, «América Latina e Ásia: uma mesma lógica de crise, mas responsabilidades nacionais específicas», in *As armadilhas da finança mundial. Ideias/Economia*, François Chesnais (*et al*), Lisboa, Campo da Comunicação, 2002.

Título	**Desafios do Direito no Século XXI: uma reflexão luso-brasileira sob o signo interdisciplinar**
Comissão Científica	**Isabel Celeste M. Fonseca | Larissa A. Coelho**
Coordenação Técnica	**Diana Coutinho | Larissa A. Coelho**
Edição	**Escola de Direito da Universidade do Minho** **Centro de Investigação em Justiça e Governação**
Data	**Agosto 2019**
ISBN	**978-989-54194-6-3**



Universidade do Minho
Escola de Direito

