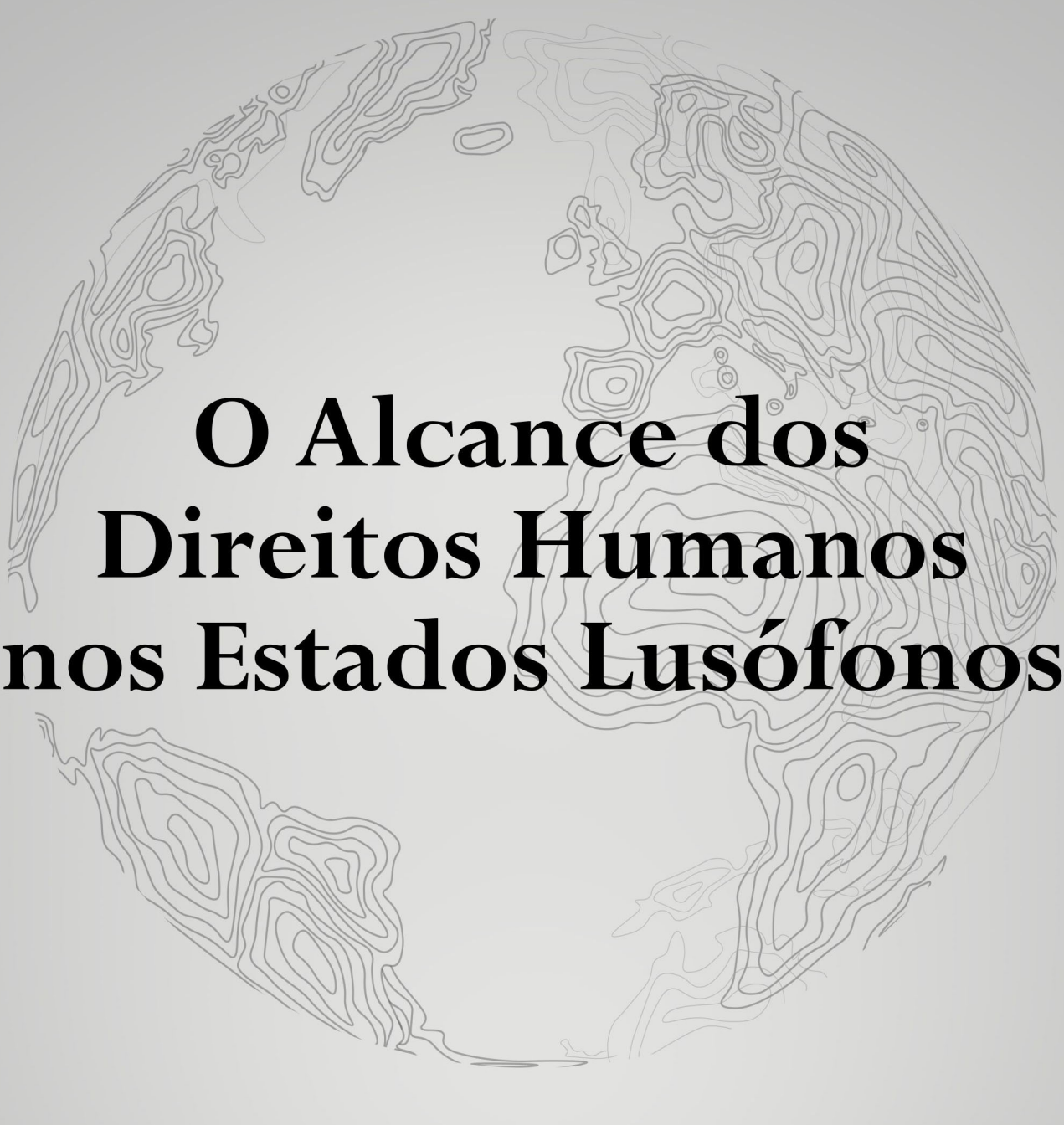




O Alcance dos Direitos Humanos nos Estados Lusófonos

ORGANIZADORES:
Maria Elizabeth Rocha
Marli M. Moraes da Costa
Ricardo Hermany





O alcance dos Direitos Humanos nos Estados Lusófonos



Universidade do Minho
Escola de Direito



Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Investigação em Direito
da União Europeia



Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Investigação Interdisciplinar
em Direitos Humanos





Reitora
Carmen Lúcia de Lima Helfer
Vice-Reitor
Eltor Breunig
Pró-Reitor de Graduação
Elenor José Schneider
Pró-Reitora de Pesquisa
e Pós-Graduação
Andréia Rosane de Moura Valim
Pró-Reitor de Administração
Dorivaldo Brites de Oliveira
Pró-Reitor de Planejamento
e Desenvolvimento Institucional
Marcelino Hoppe
Pró-Reitor de Extensão
e Relações Comunitárias
Angelo Hoff

EDITORA DA UNISC

Editora
Helga Haas

COMISSÃO EDITORIAL

Helga Haas - Presidente
Andréia Rosane de Moura Valim
Felipe Gustsack
Hugo Thamir Rodrigues
Marcus Vinicius Castro Witczak
Olgário Paulo Vogt
Rafael Eisinger Guimarães
Vanderlei Becker Ribeiro

© *Copyright*: dos autores

1ª edição 2017

Direitos reservados desta edição:
Universidade de Santa Cruz do Sul

Capa: Denis Ricardo Puhl
(Assessoria de Comunicação e Marketing da UNISC,
a partir da arte do evento: IV Congresso Internacional
de Direito da Lusofonia)

Editoração: Clarice Agnes,
Caroline Fagundes Pieczarka.



A347 O alcance dos direitos humanos nos Estados Lusófonos [recurso eletrônico] / organizadores, Maria Elisabeth Rocha, Marli M. Moraes da Costa, Ricardo Hermany ; autores, Alessandra Silveira ... [et al.]. 1. ed. - Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2017.

Dados eletrônicos. Texto eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web: <www.unisc.br/edunisc>

Inclui bibliografias.

ISBN: 978-85-7578-473-0

1. Direitos humanos. 2. Constituições – Países de língua portuguesa.
I. Rocha, Maria Elisabeth. II. Costa, Marli M. Moraes da. III. Hermany, Ricardo. IV. Silveira, Alessandra.

CDD: 341.12191

Bibliotecária responsável: Jorcenita Alves Vieira - CRB 10/1319



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

Organizadores
Maria Elizabeth Rocha
Marli M. Moraes da Costa
Ricardo Hermany

Autores

Alessandra Silveira
Alexandre Coutinho Pagliarini
Alexandre Reis de Carvalho
Ana Carla Coelho Bessa
Ana Carolina Couto Lima de Carvalho
Ana Helena Karnas Hoefel Pamplona
Anabela Susana de Sousa Gonçalves
António dos Santos Neto
Bárbara Michele Morais Kunde
Cláudia Aguiar S. Britto
Cláudia Sofia Melo Figueiras
Cynthia Gruendling Juruena
Diogo Frantz
Elizabeth Accioly
Fernando Conde Monteiro
Flávia Novera Loureiro
Gertrudes do Rosário Morais
Gilmara Benevides Costa Soares Damasceno

Gonçalo S. de Melo Bandeira
Inez Lopes
Isabel Celeste Monteiro da Fonseca
Janaina Bezerra de Queiroz
Jorge Miranda
José Felix Palomino Manchego
Júlio Kleber Silva de Lima
Larissa A. Coelho
Larissa Kerber
Letícia Abati Zanotto
Letícia Lemos de Moura Coração
Manoel Coracy Saboia Dias
Manoel Gonçalves Ferreira Filho
Marcílio Barenco Corrêa de Mello
Margarida Santos
Maria de Assunção do Vale Pereira
Mário Ferreira Monte
Mário Lúcio Quintão Soares

Marli Marlene Moraes da Costa
Mônia Clarissa Hennig Leal
Nairo Venício Wester Lamb
Nestor Eduardo Araruna Santiago
Patrícia Rosset
Pedro Cruz e Silva
Rafael Fernando Ireno Guerreiro
Rebecca Aguiar Eufrosino da Silva de Carvalho
Ricardo Hermany
Rodrigo Meira
Rodrigo Reis Ribeiro Bastos
Rosana Helena Maas
Rosane Teresinha Carvalho Porto
Sônia Moreira
Tatiane Kipper
Vinícius D'Andrea de Medeiros

O alcance dos Direitos Humanos nos Estados Lusófonos

Santa Cruz do Sul
EDUNISC
2017



SUMÁRIO

PREFÁCIO

Maria Elizabeth Rocha.....8

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS ESTADOS DE LÍNGUA PORTUGUESA

Jorge Miranda.....11

DA ATIVAÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA UNIÃO EUROPEIA – DESAFIOS DA DEMOCRACIA EM TEMPOS DE AUSTERIDADE E DESALENTO

Alessandra Silveira.....30

O DIREITO HUMANO AO MEIO AMBIENTE EM TEMPOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: DO SONHO DE PARIS AO PESADELO DE MARIANA

Alexandre Coutinho Pagliarini, Mário Lúcio Quintão Soares.....46

NEOCONSTITUCIONALISMO, DIREITOS HUMANOS E POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENÇÃO ÀS DROGAS NAS FORÇAS ARMADAS

Alexandre Reis de Carvalho, Rebecca Aguiar Eufrosino da Silva de Carvalho.....56

JUSTIÇA JUVENIL RESTAURATIVA E DIREITOS HUMANOS

Ana Carla Coelho Bessa, Nestor Eduardo Araruna Santiago.....73

A POSSIBILIDADE DE AMPLIAR A COMPETÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PARA JULGAMENTO DE CONFLITOS AMBIENTAIS TRANSNACIONAIS

Ana Carolina Couto Lima de Carvalho, Manoel Coracy Saboia Dias.....86

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – LEGITIMIDADE SOCIAL E INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO – O CASO DE MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA-RS

Ana Helena Karnas Hoefel Pamplona.....100

A CONVENÇÃO DE HAIA, DE 19 DE MAIO DE 1993, RELATIVA À PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E À COOPERAÇÃO EM MATÉRIA DE ADOÇÃO INTERNACIONAL

Anabela Susana de Sousa Gonçalves.....119

O ALCANCE DOS DIREITOS HUMANOS NOS ESTADOS DA LUSOFONIA

António dos Santos Neto.....130



TUTELA DAS MINORIAS: UM OLHAR SOB O VIÉS COLETIVO PARA UM NOVO PARADIGMA NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À EDUCAÇÃO E INCLUSÃO SOCIAL DOS PORTADORES DO TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA COMO MECANISMO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL Bárbara Michele Morais Kunde.....	147
O DIREITO À ASSISTÊNCIA CRIMINAL NOS PAÍSES LUSÓFONOS Cláudia Aguiar S. Britto.....	158
REFUGIADOS NA EUROPA: AVANÇOS E RECUOS NA PERSPECTIVA PORTUGUESA Elizabeth Accioly.....	180
REFLEXÕES EPISTEMOLÓGICAS SOBRE OS PRINCÍPIOS DA NECESSIDADE E DA PROPORCIONALIDADE DO DIREITO PENAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA Fernando Conde Monteiro.....	189
A PÓS-VERDADE E A RECONFIGURAÇÃO DA TENSÃO DIALÉTICA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL Flávia Novera Loureiro.....	203
DIREITO DE PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL Gertrudes do Rosário Morais.....	221
GLOBALIZAÇÃO DO CRIME E ESTUDO DA PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO NAS ESCOLAS DE GESTÃO Gonçalo S. de Melo Bandeira.....	232
RESTRIÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS MILITARES DA GUARDA NACIONAL REPUBLICANA (?): EM ESPECIAL, O DIREITO DE ACESSO AO ENSINO E DIREITOS CONEXOS Isabel Celeste Monteiro da Fonseca, Cláudia Sofia Melo Figueiras.....	244
CONTRIBUCIONES DEL COMENDADOR SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA EN EL CAMPO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL E INFLUJO DE LA INVASIÓN NAPOLEÓNICA A ESPAÑA Y PORTUGAL José Felix Palomino Manchego.....	258
A GLOBALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS Manoel Gonçalves Ferreira Filho.....	269
OS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DAS NAÇÕES UNIDAS EM DIREITOS HUMANOS NUMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL Marcílio Barenco Corrêa de Mello.....	280



A CONVENÇÃO DE ISTAMBUL E A PROTEÇÃO DAS MULHERES CONTRA A VIOLÊNCIA: UMA VISÃO PANORÂMICA	
Margarida Santos.....	291
E SE É O ROBOT QUEM DECIDE MATAR? ALGUNS PROBLEMAS JURÍDICOS DOS SISTEMAS AUTÓNOMOS	
Maria de Assunção do Vale Pereira.....	298
PROVA BIOLÓGICA, PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DIREITOS HUMANOS	
Mário Ferreira Monte.....	313
INTERLOCUÇÕES TEÓRICAS SOBRE A VIOLAÇÃO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA MULHER AO LONGO DOS TEMPOS NA LEGISLAÇÃO NACIONAL E INTERNACIONAL	
Marli Marlene Moraes da Costa, Rosane Teresinha Carvalho Porto.....	327
CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: A GESTÃO DEMOCRÁTICA E COOPERATIVA COMO ESTRATÉGIA	
Mônia Clarissa Hennig Leal, Rosana Helena Maas.....	349
O FUNDAMENTAL PAPEL DA MULHER E AS GRANDES TRANSFORMAÇÕES GLOBAIS - AGENDA 2030 ODS - ONU	
Patrícia Rosset.....	363
AS CLÁUSULAS SOCIAIS NOS CONTRATOS PÚBLICOS EM PORTUGAL	
Pedro Cruz e Silva.....	390
INTERLOCUÇÕES NECESSÁRIAS ENTRE A TRANSPARÊNCIA E A BOA ADMINISTRAÇÃO E OS SEUS REFLEXOS NO DIREITO FUNDAMENTAL À PARTICIPAÇÃO PÚBLICA	
Ricardo Hermany, Cynthia Gruendling Juruena.....	403
A GARANTIA DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E AS INOVAÇÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS	
Rodrigo Reis Ribeiro Bastos.....	416
DIREITO À IDENTIDADE (GENÉTICA) <i>VERSUS</i> DIREITO À RESERVA SOBRE A INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA NO DIREITO PORTUGUÊS	
Sónia Moreira.....	426
DAS PRÁTICAS CORRUPTIVAS QUANDO DA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS: INSTRUMENTO MATERIAL DE FISCALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ISENÇÃO E REDUÇÃO DE TRIBUTOS	
Tatiane Kipper, Diogo Frantz.....	439



RESUMOS

DIREITOS HUMANOS, DIREITOS CULTURAIS E A PROTEÇÃO DOS BENS CULTURAIS NO BRASIL

Gilmara Benevides Costa Soares Damasceno.....456

OS MEIOS ALTERNATIVOS DE DISPUTAS NA COBRANÇA INTERNACIONAL DE ALIMENTOS

Inez Lopes.....458

PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE RUA VINCULADA A ÁPICE DOS DIREITOS HUMANOS

Júlio Kleber Silva de Lima, Janaina Bezerra de Queiroz.....460

PARA UMA COMPREENSÃO DO ART. 186 DA LEI N.º 23/2007: MIGRAÇÕES E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PORTUGAL

Larissa A. Coelho.....463

PACIFICAÇÃO NA SAÚDE- PACIFICASUS: UM PROJETO QUE VISA À PACIFICAÇÃO DOS CONFLITOS JUDICIAIS ATRAVÉS DE ACORDOS CONCILIATÓRIOS E A GARANTIA DO CIDADÃO AO ACESSO A SAÚDE

Larissa Kerber, Vinícius D'Andrea de Medeiros.....466

AS FORÇAS ARMADAS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Letícia Lemos de Moura Coração.....469

O ENTE LOCAL E A EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA

Nairo Venício Wester Lamb, Letícia Abati Zanotto.....472

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS ÀS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Rafael Fernando Ireno Guerreiro.....475

A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL BRASIL- PORTUGAL PARA O RETORNO DE CRIANÇAS SUBTRAÍDAS – A APLICAÇÃO BILATERAL DA CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980

Rodrigo Meira.....477



PREFÁCIO

Minha Pátria é a língua Portuguesa, poetizou Fernando Pessoa. A pátria de Camões, de Machado de Assis, de Agostinho Neto, de Germano Almeida, Manuela Margarido, Antônio Baticã, Noemia de Sousa, Fernando Sylvan e José dos Santos Ferreira, dentre tantos outros escultores do vernáculo.

Português, o idioma que define e une em irmandade países separados apenas por oceanos. A obra que ora prefacio resulta desta fraternidade, que transcende os portais acadêmicos para almejar ideais comuns de povos que viveram histórias e destinos conjuntos, auroras e crepúsculos.

Ela estampa as exposições produzidas no **IV Congresso Internacional de Direito da Lusofonia**, concebido originalmente pela respeitável Universidade do Minho, outrora implementado em Portugal e Angola, e que no ano de 2017 realizou-se em Brasília, na sede do Superior Tribunal Militar.

O tema escolhido para nortear as apresentações e debates - **O Alcance dos Direitos Humanos nos Países Lusófonos** – pontuou as vicissitudes, os desafios e as inquietações compartilhadas em prol da construção de modelos de desenvolvimento e alternativas que tornarão sustentáveis a concreção das garantias fundamentais na contemporaneidade.

Nas várias vertentes dogmáticas e doutrinárias oferecidas pelos autores em eixos temáticos os mais diversos, estão, em linhas gerais, a efetividade dos direitos fundamentais, as minorias, a globalização, o multiculturalismo, bem assim as discussões que permeiam o *novel* Estado constitucional e suas teorias neste limiar de século, em escritos cuja magnitude, profundidade e erudição impressionam o leitor.

Numa perspectiva interdisciplinar, os juristas que aqui escrevem articulam com acuidade a projeção dos fenômenos históricos das ordens jurídicas internas de Estados pertencentes a distintos continentes: América do Sul, Europa, África e Ásia, todos, presentes no Encontro que se levou a cabo.

À evidência, comparar os Direitos tornou-se imperativo para a cognoscibilidade das Ciências Jurídicas, nomeadamente em virtude do compartilhamento da soberania estatal e das formulações do supranacionalismo, marco do processo comunitário, cuja dinâmica acelerada e irreversível impõe a formação de blocos transnacionais.

Em face de tal perspectiva, os conceitos do liberalismo esbatem-se no rearranjo da *internacional community* como rede constituinte, a que aludiria Gomes Canotilho, desafiados pelas novas superestruturas ideológicas globalizantes.

Isto porque, se as formas normativas internas fazem prevalecer o prestígio da



potestade estatal, a contínua construção cosmopolita-cooperativa das sociedades pós-modernas produz normatividade que transcende os dogmas tradicionais do Estado-Nação.

A superação da verticalidade hierárquica Kelseniana por novas formas de *trans-estatalidade* está a conduzir a uma federação planetária, em posteridade não tão longínqua; reflexão que os autores não se furtaram a enfrentar ao analisar contextos históricos determinados conjugando-os dialeticamente às instituições jurídicas atuais.

Certo é que a modernidade emancipou as comunidades políticas das leis divinas e do Príncipe e legou à Humanidade a justificativa racionalista da *majestas* estatal, igualmente verdadeiro, contudo, a transmutação da normatividade endógena, confrontada pelas regrações comunitárias e pela gradual transmutação dos Estados Nacionais em “Estado-Região”. Esta “federalização” *stricto sensu* - antevisão dos fundadores do Direito Internacional Público - pressupõe a subordinação das ordens jurídicas parciais, delimitadas e coordenadas em seu domínio de validade e eficácia. Neste sentido, o princípio da autodeterminação oferecido pelo Direito das Gentes e explicitado pela regra de divisão entre competência interna e externa, apontam para um novo *pactum* originário: o *pactum unionis*, perspectivando um inédito Contrato Social.

Bodin aludiria nos **Seis Livros da República**, que: “*Les privilèges ne font pas le citoyen, mais l’obligation du Souverain au sujet*” (Rep.,I, 6); quintessência dogmática do ideário iluminista, o axioma vem sendo paulatinamente desconstruído por esta Nova Ordem heterônoma e expõe à vulnerabilidade o que Carl Schmitt denominou de *nomos da Terra* - o princípio jurídico de ordenação do mundo – face às dificuldades, contradições e assimetrias na harmonização das normas constitucionais e supranacionais.

Sem dúvida, trata-se de um debate instigante, como instigantes são as reflexões aqui pontuadas, engastadas na controvérsia *volonté de l’État versus* internacionalidade do Direito, cujo equacionamento remonta, há pelo menos quatro séculos, quando o aforismo “*International law is part of the law of the land*”, norteava os tribunais ingleses.

De largo espectro doutrinal e impecável atualidade, o livro realça a relevância do método comparativo, enriquecido pela História, Sociologia e Filosofia, apoiando-se na dinâmica social dos países que ora se fazem representar. Suas análises e formulações valorizam a discussão sobre a efetivação da legitimidade em busca de concreção, mormente por versarem sobre a efetivação dos Direitos Humanos, ontologicamente cada vez mais desatrelada do poder institucionalizado. Implementá-los, portanto, promove e viabiliza práticas transformadoras que alteram os arquétipos liberais, nomeadamente, o absolutismo da soberania e dos mecanismos de representação popular.

Indo além, a obra aborda, igualmente, as problemáticas vivenciadas *interna*



corporis, quando garantias jusfundamentalizadas são acutiladas pela **selva selvaggia** dos complexos fenômenos da convivência social, tablado dos dilemas e das cogitações estatais, a exemplo da questão dos imigrantes, dos vulneráveis, do meio ambiente ou da inclusão.

A importância deste Encontro reside, precisamente, na formulação de conceitos teóricos do *De Universo Juris*, e os criticismos dele decorrentes, que se traduzem no verdadeiro sentido de cidadania, aqui marcado pela força das ideias. Afinal, defender os direitos humanos, valor mais caro da civilização, requer aprimoramento constante, aprendizagem e prática. A liberdade, por sua vez, se desenvolve em todos os tempos e em todos os lugares, daí porque, a Academia constitui-se num excelente foro para fazê-la vibrar, pois o convívio pedagógico e científico entre alunos e mestres, aliado à emulação cultural com juristas de outras nacionalidades, amplia o aprendizado, derruba o hermetismo positivista e abre clareiras no espírito.

Ademais, imensas são as benesses que intercâmbios culturais propiciam na cooperação entre os povos. Indubitável, confirmar esta publicação as boas perspectivas que o **IV Congresso Internacional de Direito da Lusofonia** trouxe não só aos participantes presenciais ou digitais, como àqueloutros que agora poderão tirar proveito da leitura de seus Anais.

Sem exageros, restou reproduzido e publicado, um ambiente de formação de opiniões que lançaram luzes sobre as dinâmicas jurídico-políticas nos espaços lusófonos, espaços que contemplam imensa diversidade cultural, mas que possuem a homogeneidade da língua. E o avançar na discussão sobre a proteção do indivíduo, falando o português, representa um passo decisivo no redesenho da geopolítica de integração colaborativa.

Brasília, 31 de dezembro de 2017.

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Ministra do Superior Tribunal Militar do Brasil



OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS ESTADOS DE LÍNGUA PORTUGUESA

Jorge Miranda¹

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS

I – Direitos fundamentais implicam necessariamente três pressupostos ou condições firmes.

Em primeiro lugar, não há direitos fundamentais sem reconhecimento de uma esfera própria de autonomia das pessoas frente ao poder político, não absorvendo este a sociedade em que eles se movem.

Em segundo lugar, não há verdadeiros direitos fundamentais sem que as pessoas estejam em relação imediata com o poder político, beneficiando de um estatuto comum e não separadas em razão dos grupos ou das instituições a que pertençam; não há direitos fundamentais sem Estado ou, pelo menos, sem comunidade política integrada; não há direitos fundamentais sem Estado que os respeite e que os proteja.

Em terceiro lugar, não há direitos fundamentais sem Constituição – sem a Constituição do constitucionalismo moderno iniciado no século XVIII, a Constituição enquanto fundação ou refundação do ordenamento jurídico estatal e incidível de um poder constituinte, a Constituição como sistematização racionalizadora das normas estatutárias de poder e da comunidade; a Constituição como lei, mesmo se acompanhada de fontes consuetudinárias e jurisprudenciais.

II – Na linguagem corrente, fala-se principalmente em direitos do homem ou em direitos humanos. E não é por acaso que isso sucede, em face dos grandes paradigmas representados pela Declaração de Direitos de Virgínia de 1776, pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. E a expressão traduz bem a ideia de direitos do ser humano como tal, e direitos que, por isso mesmo, são comuns a todos os seres humanos.

Como proclama a Declaração Universal no art. 1º: «Todos os seres humanos são livres e iguais em direitos e deveres. Dotados de razão e de consciência devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade».

Todavia, em Direito Constitucional e, sobretudo, em Direito Constitucional

¹ Doutor em Direito (Ciências Jurídico-Políticas) pela Universidade de Lisboa (1979) e professor catedrático (desde 1985).



Comparado, para lá de qualquer profissão de fé nos direitos da pessoa humana, do que se cura é de direitos assentes na ordem jurídica, e não de direitos derivados da natureza humana. Que a ordem jurídica não seja ou não deva ser apenas a dos preceitos positivos, não se discute; mas tem de ser sempre através de normas positivas que tais direitos têm de ser captados e estudados.

Por certo, os direitos fundamentais, ou pelo menos os imediatamente conexos com a dignidade da pessoa humana, radicam no Direito natural (ou, se se preferir, consoante as visões que se adotem, em valores éticos superiores, no desenvolvimento histórico da humanidade ou na consciência jurídica geral), de tal sorte que devem ser tidos como *limites transcendentales* do próprio poder constituinte e como *princípios axiológicos fundamentais*. Nem isso se esgota no Direito natural.

Nestas condições, embora já usada no século XIX, a locução «direitos fundamentais» tem vindo, desde a Constituição de Weimar de 1919, a generalizar-se nos textos constitucionais – como o português de 1976 e o brasileiro de 1988 – assim como na doutrina.

Explicam esse fenómeno também a ligação a outras figuras subjetivas e objetivas, a consideração do «homem situado» e o aparecimento de direitos das pessoas coletivas ou os direitos das confissões religiosas, de múltiplas associações, de sindicatos, dos partidos políticos. Basta lembrar ainda, no caso do Brasil, a epígrafe do capítulo I do título I da Constituição, falando em direitos e deveres individuais e coletivos.

Já em Direito Internacional, tende a prevalecer o termo *direitos do homem* – ou o termo *proteção internacional da pessoa humana* – em parte, por ficar mais clara a atenção dos direitos aos indivíduos, e não aos Estados ou a outras entidades internacionais, e, em parte, por, para lá de convenções sectoriais, ser menos extenso o desenvolvimento alcançado e procurar-se um «mínimo ético» universal.

2 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL

I – Tal como o conceito de Constituição, o conceito de direitos fundamentais surge indissociável da ideia de Direito liberal. Daí que se carregue das duas características identificadoras da ordem liberal: a postura individualista abstrata de (no dizer de GUSTAV RADBRUCH) um «indivíduo sem individualidade»;² e o primado da liberdade, da segurança e da propriedade, complementadas pela resistência à opressão.

Apesar de todos os direitos serem ou deverem ser (por coerência) direitos de todos, alguns (*maxime* o sufrágio) são, no século XIX, denegados aos cidadãos que não possuam determinados requisitos económicos; outros (*v. g.*, a propriedade) aproveitam sobretudo aos que pertençam a certa classe; e outros ainda (o direito

2 **Filosofia do Direito**, 4. ed. portuguesa, Coimbra, 1961, p. 177.



de associação, em particular de associação sindical) não é sem dificuldade que são alcançados.

Contrapostos aos direitos de liberdade são, nesse século e no século XX reivindicados (sobretudo, por movimentos de trabalhadores) e sucessivamente obtidos, direitos económicos, sociais e culturais – direitos económicos para garantia da dignidade do trabalho, direitos sociais como segurança na necessidade e direitos culturais como exigência de acesso à educação e à cultura e, em último termo, de transformação da condição humana. A primeira Constituição que os consagraria seria a mexicana de 1917.

De notar, entretanto, uma diferença. Nos países com Constituições vindas do século XIX e socialmente mais avançados, não se sentiu necessidade de ir além da via legislativa. Já em países como os da Europa meridional e da América Latina coube às Constituições dar o passo em frente; sem a constitucionalização, em maiores ou menores catálogos, não se chegaria a níveis comparáveis de progresso social. Caso muito particular é o dos Estados Unidos.

II – Nos séculos XVIII e XIX dir-se-ia existir somente uma concepção de direitos fundamentais, a liberal. Não obstante as críticas – legitimistas, socialistas, católicas – era o liberalismo (então, cumulativamente, filosófico, político e económico) que prevalecia em todas as Constituições e declarações; e, não obstante a pluralidade de escolas jurídicas – jusnaturalista, positivista, histórica – era a ele que se reportavam, duma maneira ou doutra, as interpretações da liberdade individual.

A situação muda no séculos XX e XXI: não tanto por desagregação ou dissociação das três vertentes liberais (em especial, por o liberalismo político deixar de se fundar, necessariamente, no liberalismo filosófico e não ter de coincidir com o liberalismo económico) quanto por quase todas (não todas) as grandes correntes – religiosas, culturais, filosóficas, ideológicas, políticas – se interessarem pelos direitos das pessoas em concreto, pela sua inserção na sociedade e pelas relações desta com o Estado. O tema dos direitos cessou de ser exclusivamente liberal ou liberal e individualista.

III – A passagem para o Estado social de Direito irá reduzir ou mesmo eliminar o cunho classista que, por razões diferentes, ostentavam antes os direitos de liberdade e os direitos sociais. A transição do governo representativo clássico com sufrágio restrito para a democracia representativa com sufrágio universal, irá reforçar ou introduzir uma componente democrática que tenderá a fazer da liberdade tanto uma liberdade – autonomia como uma liberdade – participação (fechando-se, assim, o ciclo correspondente à célebre contraposição de BENJAMIN CONSTANT da *liberdade dos antigos* e da *liberdade dos modernos*).³

3 **De la liberté des anciens comparée à celle des modernes**, 1815, in **Cours de Politique Constitutinnelle**, IV, Paris, 1820, p. 238 e segs.

Por um lado, não só os direitos políticos são paulatinamente estendidos até se chegar ao sufrágio universal masculino e feminino como os direitos económicos, sociais e culturais, ou a maior parte deles, vêm a interessar à generalidade das pessoas. Por outro lado, o modo como se adquirem, em regime liberal ou pluralista, alguns dos direitos económicos, sociais e culturais a partir do exercício da liberdade sindical, da formação de partidos, da greve e do sufrágio mostra que os direitos da liberdade se não esgotam num mero jogo de classes dominantes. A efetivação dos direitos sociais preservando as liberdades, viria, pois, a produzir nos países onde se têm verificado, um efeito pacificador e integrador.

IV – Para o Estado social de Direito, a liberdade *possível* – e, portanto, *necessária* – do presente não pode ser sacrificada em troca de quaisquer metas, por justas que sejam, a alcançar no futuro. Há que criar *condições de liberdade* – de liberdade *de facto*, e não só *jurídica*; mas a sua criação e a sua difusão somente têm sentido em *regime de liberdade*. Porque a liberdade (tal como a igualdade) é indivisível, a diminuição da liberdade – civil ou política – de alguns (ainda quando socialmente minoritários), para outros (ainda quando socialmente majoritários) acederem a novos direitos, redundaria em redução da liberdade de todos.

O resultado almejado há de ser uma *liberdade igual para todos*, construída através da correção das desigualdades e não através de uma igualdade sem liberdade; sujeita às balizas materiais e procedimentais da Constituição; e suscetível, em sistema político pluralista, das modelações que derivem da vontade popular expressa pelo voto.

V – A passagem dos direitos sociais para as situações da vida foi ocorrendo, nos últimos cem anos, em ondas sucessivas e, em alguns casos, com refluxos.

Na Europa, a sua época de ouro vai desde 1945 até aos anos 80 ou 90, com abonos familiares, segurança social abrangendo todas as vicissitudes das vidas das pessoas, serviço nacional de saúde geral e gratuito ou tendencialmente gratuito; garantia de acesso de todos aos graus mais elevados do ensino segundo as suas capacidades e independentemente das condições económicas; políticas de pleno emprego, extensão aos estrangeiros, etc. Alude-se, com frequência, a um modelo social europeu. Na realidade, ele toma configurações diversas em virtude de fatores variáveis; melhor será considerar um modelo nórdico, um modelo britânico, um modelo francês, um modelo alemão, um modelo da Europa meridional.

Fora da Europa, entre os países anglo-saxónicos ou de influência anglo-saxónica, muito nítido é o contraste entre, de um lado os Estados Unidos, com resistências antigas e atuais e progressos e recuos; de outra parte, a Austrália e a Nova Zelândia; e de outro lado ainda, a África do Sul (onde graças ao Tribunal Constitucional, se têm conseguido alguns avanços sociais).

Não menos significativas são as concretizações muito variáveis nos países da América Latina, com relevo no Brasil, nos últimos anos. Já em quase todos os países



asiáticos e africanos o Estado social é mais uma aspiração do que uma realidade.

No tocante a Portugal, remontam à Constituição de 1933, as primeiras normas definidoras de direitos sociais, acompanhadas de instituição de previdência. Mas, em rigor, o Estado social apenas irá desenvolver-se por força e na vigência da Constituição democrática de 1976. E algo de parecido pode afirmar-se acerca do Brasil com as Constituições de 1934 e, sobretudo, de 1988.

3 GERAÇÕES FUTURAS E SUSTENTABILIDADE

I – Não é de agora que se tem consciência de que as gerações presentes, nas suas decisões, devem ter em conta as gerações futuras.

Já a Constituição francesa de 1793 (curiosamente, a Constituição jacobina) dizia no seu art. 28: «Um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de modificar a sua Constituição. *Nenhuma geração pode sujeitar as gerações futuras às suas leis*». E esse, como se sabe, tem sido um dos argumentos utilizados pelos adversários da prescrição de limites materiais de revisão constitucional ou de cláusulas pétreas, embora a isso também se contraponha o princípio da divisão intergeracional ou intemporal de trabalho.⁴

Mas, quando hoje se fala em direitos das gerações futuras ou em deveres para com elas, o cerne do problema não se situa aí, mas sim em âmbitos diversos – no da justiça entre gerações e no da sustentabilidade. Autores tão importantes como John Rawls⁵, Peter Häberle⁶ e, no Brasil, Juarez Freitas⁷ têm-lhe dedicado reflexões que não podem deixar de ser devidamente ponderadas.

II – Incindível do olhar para as gerações futuras, é o olhar para a sustentabilidade:

- sustentabilidade ambiental, antes de mais;
- outrossim, sustentabilidade cultural (perante a globalização de estereótipos que ameaçam as identidades nacionais e regionais e perante a degradação do património cultural);
- sustentabilidade financeira dos serviços sociais (perante o envelhecimento das populações e a quebra da natalidade na Europa e perante, pelo contrário, o crescimento exponencial das populações noutras partes do mundo);
- sustentabilidade laboral (perante inovações tecnológicas constantes que ameaçam a estabilidade dos empregos e perante a deslocalização de

⁴ Cfr. **Manual...**, II, 7. ed., cit., p. 240 e segs.

⁵ **A Theory of Justice**, 1971, trad. **Uma teoria da Justiça**, Brasília, 1981, p. 220 e segs.

⁶ **Cultura dei diritti e diritti di cultura nello spazio costituzionale europeo** – Saggi, trad., Milão, 2003, p. 114 e segs.

⁷ **Direito ao futuro**, Belo Horizonte, 2011, p. 147.



empresas para países com mão de obra mais barata).

Na encíclica *Laudato si*, n. 159, o Papa Francisco fala “na raiz humana da crise ecológica” e apela para uma “ecologia integral – ambiental, económica e social, cultural e de vida quotidiana” (n. 101 e segs. e 137 e segs.).

III – A Constituição japonesa estatui que os direitos fundamentais são concedidos «às pessoas de hoje e às *futuras gerações* com direitos e em termos invioláveis» (art. 11, 2ª parte). Falam também em gerações futuras, conquanto sem utilizarem a expressão *direitos*, a Constituição alemã (art. 20-A, no texto atual), a brasileira (art. 225), a norueguesa (art. 110-B, após 1992), a sul-africana (art. 24), a polonesa (art. 74), a suíça (preâmbulo), a boliviana (art. 7º). E a Constituição portuguesa em “solidariedade entre gerações” (art. 66, nº 2, alínea d), após 1997).

A nível internacional, refiram-se os preâmbulos da Carta das Nações Unidas, da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (de 1997) e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Por seu lado, a UNESCO, em reunião de 1994, chegou a aprovar uma Declaração Universal dos Direitos Humanos das Gerações Futuras.

IV – Seja como for, aceitem-se direitos das gerações futuras ou considerem-se tão só *deveres* das gerações presentes para com elas, sem dúvida existe um princípio de solidariedade entre as gerações proclamado a respeito do meio ambiente (como sucede nos art. 225 da Constituição brasileira e 66 da Constituição portuguesa), mas que decorre do objetivo fundamental assumido por ambas as Constituições de construção de uma sociedade livre, justa e *solidária* (art. 13 na primeira e art. 1º na segunda).

Seja como for, essa solidariedade ou equidade intergeracional não pode deixar de estar voltada para as gerações vindas do passado, para os idosos (art. 72 da Constituição portuguesa, art. 230 da Constituição brasileira), o que implica que as políticas de sustentabilidade dos sistemas de segurança social tenham de respeitar o princípio da proteção da confiança. A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre os cortes nas pensões, nos salários e nos subsídios, aquando da recente crise económico-financeira, é bem elucidativa da gravidade do problema.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E REGIMES POLÍTICOS NOS SÉCULOS XX E XXI

I – A evolução e as mutações dos direitos fundamentais, seja numa linha de alargamento e aprofundamento, seja numa linha de retração ou de obnubilação, acompanham o processo histórico, as lutas sociais e os contrastes de regimes políticos – bem como o progresso científico, técnico e económico (que permite satisfazer necessidades cada vez maiores de populações cada vez mais urbanizadas).

Do Estado liberal ao Estado social de Direito o desenvolvimento dos direitos



fundamentais faz-se no interior das instituições representativas e procurando a harmonização entre direitos de liberdade e direitos sociais, de maneiras e segundo modelos mais ou menos variados. Já não assim no Estado soviético, no Estado fascista e autoritário de direita e em muitos dos regimes da Ásia e da África de diferentes tendências. Não importa a similitude de formulações que, por vezes, se nota; importa o seu sentido sistemático.

II – Considerando em especial o princípio da liberdade, vale a pena lembrar a conhecida tricotomia: *regimes liberais* (liberais no sentido político) ou, devido à conexão com a democracia representativa, *regimes democráticos*; *regimes autoritários*; e *regimes totalitários*. Embora muitas vezes acenada com finalidades de guerra ideológica, ela afigura-se correta nas suas bases essenciais.

Não se trata tanto, quantitativamente, do grau de liberdade reconhecida ou deixada às pessoas (máximo nos regimes liberais e democráticos e mínimo ou inexistente nos regimes totalitários) quanto, qualitativamente, dos seguintes fatores:

- a) De a liberdade – no sentido de ninguém ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei – valer como princípio fundamental da ordem jurídica (regimes democráticos), ainda que com desvios (regimes autoritários), ou não valer (regimes totalitários);
- b) De serem garantidas e promovidas quer as liberdades civis, quer a liberdade religiosas, quer as liberdades políticas (regimes democráticos); só as primeiras, sendo negadas ou obliteradas as liberdades políticas (regimes autoritários); ou nem umas nem outras serem admitidas, salvo em intenso regime de restrição (regimes totalitários);
- c) De o abuso da liberdade ou de outros direitos estar apenas sujeito a medidas repressivas (regimes democráticos) ou estar também sujeito a controlos preventivos, de grau variável (regimes autoritários e totalitários);
- d) De o Estado ser neutro (regimes democráticos); de não ser neutro, mas tolerar ideologias diferentes ou respeitar o direito de as perfilhar, sem quebra da primazia da sua conceção (regimes autoritários); de o Estado ter uma conceção total da vida, que pretende impor a todas as pessoas (regimes totalitários);
- e) De o Estado acolher a diversidade de interesses, grupos e instituições no interior da sociedade civil (regimes democráticos); de o ascendente das forças políticas dominantes não impedir a subsistência e a relevância de alguma ou algumas instituições presentes na sociedade civil (regimes autoritários); ou de o Estado ou as forças dominantes não consentirem quaisquer instituições ou grupos autónomos à sua margem (regimes totalitários);
- f) De a organização política e social assentar na divisão do poder (regimes democráticos); na concentração do poder político (regimes autoritários); e na concentração do poder político e social, com absorção, no limite, da



sociedade pelo Estado (regimes totalitários);

- g) De se admitir direito de oposição (regimes democráticos) ou, embora, porventura, sob diversas formas, não se admitir direito de oposição (regimes autoritários e totalitários).

Olhando à experiência conhecida, verifica-se que os regimes liberais atuais ou democráticos vêm na continuidade dos regimes políticos liberais do século XIX – sem embargo da profunda transformação que estes sofreram no plano jurídico, no dos condicionalismos políticos, económicos, sociais e culturais, conjugando-os com o Estado social de Direito; que os regimes autoritários têm paralelo nas numerosas autocracias de todas as épocas; e que, pelo contrário, os regimes totalitários constituem fenómeno específico dos últimos cem anos, ligado à conjugação de messianismos ideológicos com partidos de massas e à utilização de processos de domínio do ensino e da comunicação social, com políticas ao seu serviço.

III – O terrorismo, fenómeno antigo e eclodido com particular acutilância nos últimos vinte anos, suscita difíceis problemas aos regimes democráticos. A começar nos Estados Unidos e passando por vários países europeus, têm sido emanadas leis e medidas administrativas destinadas a preveni-lo e a combatê-lo, não sem que, por vezes, pereçam situar-se no limite do constitucional e internacionalmente admissível.

A segurança é um imperativo a que se acha sujeito qualquer Estado. Não, porém, uma segurança que colida com o conteúdo essencial dos direitos de liberdade e que afete a dignidade das pessoas. Seria um juízo à diversidade das situações tudo há de depender do sentido de cidadania, e poder deixar de atender à limitação recíproca dos órgãos de poder e da fiscalização efetiva realizada pelos tribunais.

5 UNIVERSALISMO E MULTICULTURALISMO

I – Com os antecedentes apontados, a ideia moderna de direitos fundamentais foi afirmada, no século XVIII, nos Estados Unidos e na França por circunstâncias históricas bem conhecidas. Daí se propagaria para o resto do Ocidente e, por variadas formas e em sucessivos tempos, para todos os continentes.

Alguns dirigentes políticos asiáticos e africanos têm pretendido ligar a sua difusão à colonização, esquecendo tradições não muito distantes dos respetivos povos e não notando que ela é indissociável da criação de novos Estados, com a rutura de laços tribais e locais e do aparecimento de uma consciência jurídica comum, na qual entram tanto deveres como direitos frente ao poder político.

Outros declaram a liberdade política contrária ao desenvolvimento e, sem dúvida, importantíssimos progressos materiais se alcançaram em regimes que a negam. Mas aí não têm sido só os direitos dos cidadãos a serem sacrificados, também muitos dos direitos dos trabalhadores. Ao invés, como escreve Amartya Sen, o alargamento da



liberdade é simultaneamente o fim primário e o principal meio de desenvolvimento e a intensidade das necessidades económicas aumenta, mais do que reduz, a urgência das liberdades públicas.⁸

Ou, conforme lembra Ronald Dworkin, o juízo interpretativo tem de ser naturalmente sensível a diferentes condições económicas, a características políticas e culturais diferentes e a histórias diferentes. Deve ser sensível a estas diferenças, porque afetam claramente a interpretação... Mas o próprio padrão abstrato – a compreensão básica de que a dignidade exige preocupações iguais pelo destino de todos e respeito total pela responsabilidade pessoal – não é relativo. É genericamente universal.⁹

II – Em momento de otimismo pensou antever-se uma “civilização do universal” também no domínio dos direitos das pessoas, equivalente ao “ideal comum a atingir” proclamado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Ainda não se chegou lá, nem se sabe quando e se chegará, porque persistem sistemas altamente repressivos das liberdades, especialmente da liberdade religiosa e da liberdade política; a tortura; o tráfico de pessoas; o terrorismo; conflitos que provocam ondas de refugiados; diversas formas de xenofobia; a pobreza; desigualdades sociais profundas; a fome que atinge milhões de seres humanos.

Isto não significa negar a universalidade de direitos. Pelo contrário, deve ser e tem sido um incentivo para se procurar contrariar essas práticas. Há uma só humanidade e há valores comuns, o primeiro dos quais é o respeito pela dignidade de cada pessoa (mesmo se nem sempre entendida do mesmo modo). Nem por acaso todas as Constituições consignam catálogos de direitos fundamentais e têm-se multiplicado os instrumentos internacionais e a ação das organizações intergovernamentais e não governamentais. As diferenças de entendimento não implicam relativismo; justificam e exigem tolerância e diálogo intercultural.

III – Não se justifica, pois, qualquer euro ou oestecentrismo nem asio ou afrocentrismo. Impõem-se, sim, comunicação e diálogo intercultural.

Por outra banda, se asiáticos e africanos podem beneficiar dos avanços institucionais realizados no Ocidente, do mesmo modo europeus e americanos, tantas vezes submersos no individualismo consumista, só ganhariam em captar sinais de humanização e de transformação provindos de outras áreas como o apelo a mais solidariedade no quotidiano, a revitalização dos laços familiares e da continuidade das gerações, o lugar das crianças e dos velhos, um mais estreito enlace entre direitos e deveres, o respeito das forças naturais.

Problema diferente vem a ser o da inserção de centenas de milhares de

8 **Development as freedom**, 1989, trad. **O desenvolvimento como liberdade**, Lisboa, 2003, p. 50 e 161.

9 **Justice as Hedgehogs**, 2011, trad. **Justiça para ouriços**, Coimbra, 2012, p. 346.



trabalhadores migrantes e de refugiados vindos da Ásia e de África para os países ocidentais. Impõe-se então também o respeito pelas suas crenças e tradições, mas com os limites decorrentes da salvaguarda da identidade dos países de acolhimento e, sobretudo, dos valores democráticos. Como sublinha Alain Touraine, é preciso afastar quer uma conceção jacobina de cidadania, quer um multiculturalismo extremo que repudie todas as formas de cidadania¹⁰ ou segundo Jürgen Habermas, no contexto de uma Constituição de Estado de Direito democrático, diversas formas de vida podem coexistir beneficiando de direitos iguais. Importa, porém, que se revejam numa cultura política comum aberta a impulsos vindos de formas de vida novas.¹¹

6 DIREITOS E VALORES

I – O característico das concepções filosóficas consiste em conferir uma fundamentação aos direitos do ser humano no plano dos fins últimos da pessoa, da sociedade e do Estado, em integrar o sistema de direitos numa *Weltanschauung*, em descobrir um sentido para eles conforme com o sentido de vida e de valores que procuram refletir.

Porém, diante da variedade e até dos contrastes de pressupostos e sistemas filosóficos e filosófico-jurídicos, pode perguntar-se se o apelo que se lhes faz não é estéril ou se, no âmbito dos regimes pluralistas da atualidade, não se apresenta contraproducente ou contraditória uma unidade de valores.

Bem significativa desta perspectiva é a posição de Norberto Bobbio, para quem não pode existir um fundamento absoluto de direitos historicamente relativos e estruturalmente diversos e para quem a pluralidade de concepções religiosas e morais determina um insuperável relativismo – mas, para quem, precisamente, esse pluralismo constitui o mais forte argumento a favor de alguns direitos como a liberdade de religião e a liberdade de pensamento.

A fundamentação absoluta, continua Bobbio, não só é ilusória como, algumas vezes, é um pretexto para defender posições reacionárias. Não se trata, pois, de a encontrar, mas de procurar os vários fundamentos possíveis dos direitos fundamentais. O problema de fundo dos direitos do homem é hoje não tanto o de os *justificar* quanto de os *proteger*: e este é um problema não filosófico, mas sim político.¹²

II – São de admitir os riscos de intolerância de uma visão demasiado rígida ou fechada dos direitos do homem, a indeterminação de muitos dos conceitos com eles conexos e os custos de uma qualquer plataforma doutrinal (eventualmente

10 *Qu'est-ce que la Démocratie?*, Paris, 1994, p. 113.

11 *Die Einbestekung der Anderen Studien zur Politischen Theorie*, 1996, trad. L'intégration républicaine, Paris, 1998, p. 93.

12 *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1965, p. 301 e segs.



precária) ou de um qualquer sincretismo – em detrimento do trabalho em comum pela realização dos direitos.

Nem se desconhece a contradição em que caem muitos daqueles que, invocando constantemente o Direito natural, no concreto ignoram ou ficam indiferentes a graves violações da liberdade de expressão ou da liberdade de emigração, das garantias de processo penal, do direito ao trabalho ou do direito ao salário.

Em contrapartida, há progressos alcançados em muitas áreas apesar das divergências de culturas jurídicas e políticas, até porque – como notava, em tempo de conflitos ideológicos intensos, Jacques Maritain – homens mutuamente opostos nas suas conceções teóricas podem chegar a um acordo prático e, assim, contribuir para que se dê um «crescimento vegetativo do conhecimento moral e do sentimento moral, uma espécie de desenvolvimento vital em si mesmo», independentemente dos sistemas filosóficos (ainda que, secundariamente, estes entrem em ação recíproca com esse processo espontâneo).¹³

Porém, a conveniência e, mais do que a conveniência, a necessidade de perscrutar os fundamentos, os valores, ou, se se preferir, as referências éticas subjacentes aos direitos historicamente consignados em cada Constituição material revela-se iniludível quer no plano estritamente abstrato e teórico, quer no plano da interpretação jurídica, quer no da política legislativa.

A consciência jurídica é sempre uma consciência formada segundo certos valores e sem um consenso básico acerca das relações entre a pessoa e o Estado não existe princípio de legitimidade. Não terá de ser, um fundamento último em termos filosóficos, mas terá de ser, certamente, um requisito mais sólido do que o simples equilíbrio de forças políticas, económicas e sociais. E nenhum regime pluralista poderá subsistir, a prazo, sem a crença arraigada no valor da liberdade política.

Ao invés, quando ocorre crise a respeito de valores justificativos de determinados direitos fundamentais são estes direitos que ficam postos em causa. A doutrina da «segurança nacional», surgida em alguns países da América Latina nos anos 60 e 70 do século passado, traduz a sobreposição de interesses de grupos ou classes alçados a interesses nacionais, aos valores democráticos. Afiguram-se contraditórias a luta pela abolição da pena de morte e a reivindicação da legalização da interrupção voluntária da gravidez ou da eutanásia. A indiferença perante a exclusão social e o domínio do capitalismo financeiro corroem os direitos económicos, sociais e culturais. O abstencionismo eleitoral corrói os direitos de participação política.

De resto, mesmo à face do Direito positivo, é inultrapassável o problema da unidade de sentido dos direitos fundamentais. Até porque pode haver diferentes leituras das Constituições e das declarações de direitos, é necessário tentar raciocinar em coerência sistemática. Nem com isto se abre caminho ao subjetivismo do intérprete, porque este, enquanto tal, tem de se mover no contexto do sistema, tem de interpretar e integrar os preceitos relativos aos direitos fundamentais à luz

¹³ **Les Droits de l'Homme et la Loi Naturelle**, Paris, 1953, p. 69 e 73.



dos princípios que o enformam, tem de se inspirar na ideia de Direito acolhida na Constituição. Só tal unidade de pensamento jurídico permite apreender o âmbito de cada direito e definir o seu conteúdo essencial, relacionar os vários direitos e as diversas faculdades compreendidas em cada um, evitar ou resolver colisões, propiciar a todos uma adequada harmonização.

7 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

I – Ora, a história mostra que, dos direitos fundamentais em regimes liberais e democráticos, é inseparável uma ideia, um valor, um princípio, um metaprincípio (como se queira): a dignidade da pessoa humana. Apesar de subjacente às concepções religiosas do homem criado à imagem de Deus, vindas de muito longe dos alvares do Cristianismo, só nos finais do século XVIII, aquando do aparecimento das primeiras Constituições modernas, ela seria explicitada por Kant:

O homem e, duma maneira geral, todo o ser racional, *existe* como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nos que se dirigem a ele mesmo como nos que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado “simultaneamente como fim [...]”

[...] O imperativo prático será, pois, o seguinte: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa, como na de qualquer outra, sempre e simultaneamente como forma e nunca simplesmente como meio[...].”

[...] No reino dos fins, tudo tem “um preço, uma dignidade”. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como “equivalente”, mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite o equivalente, então tem ela dignidade.¹⁴

II – No entanto, a ligação jurídico-positiva entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana só começa com os grandes textos internacionais e as Constituições subsequentes à segunda guerra mundial, devido aos atropelos humanos que nela se cometeram.

Surge na Carta das Nações Unidas (no preâmbulo); na Declaração Universal, ao afirmar-se que «o desconhecimento e o desprezo dos direitos do homem» tinham conduzido «a atos de barbárie que revoltaram a consciência da Humanidade e que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e

¹⁴ Grundlung der Metaphysik der Sitten, 1786, trad. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, 2008, p. 71, 73 e 81.



da paz no mundo» (preâmbulo); nos Pactos Internacionais de Direitos Económicos, Sociais e Culturais e dos Direitos Cíveis e Políticos (também nos preâmbulos); e na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (preâmbulo e art. 1º).

Surge em resposta «aos regimes que tentaram sujeitar e degradar a pessoa humana» (preâmbulo da Constituição francesa de 1946) e quando se proclama que “a dignidade da pessoa humana é sagrada” (art. 1º da Constituição alemã de 1949). E vai constar depois das Constituições subseqüentes a regimes autoritários e totalitários.

8 A EVOLUÇÃO NOS ESTADOS DE LÍNGUA PORTUGUESA

I – Os oito países de língua portuguesa ou de língua oficial portuguesa (quanto a alguns) conheceram no século XX vicissitudes muito diversas que, como se sabe, atingiram duramente os direitos fundamentais:

- Portugal sofreu uma ditadura de quarenta e oito anos, de 1926 a 1974 – primeiro, ditadura militar; depois, ditadura personalizada em Salazar;
- O Brasil duas, uma de 1937 a 1945 de Getúlio Vargas e, outra, de 1964 a 1985 militar;
- Cabo Verde, a Guiné-Bissau, São Tomé e Príncipe, Angola e Moçambique viveram sob dominação de tipo colonial até 1975 e, depois da independência, conheceram regimes autoritários de «democracia nacional revolucionária» os três primeiros e regimes aparentados com os regimes marxistas-leninistas os dois últimos;
- Timor passou diretamente do período colonial em 1975 para uma ocupação indonésia que se prolongou até 1999.

II – Em contrapartida, felizmente, hoje em todos estes nossos países, por causas internas ou por circunstâncias exteriores, vigoram regimes que, embora diferentemente, consagram, em maior ou menor medida de autenticidade, os direitos fundamentais (o que não quer dizer que as suas situações económicas, sociais e culturais sejam excelentes).

Assim:

- Portugal teve a sua revolução em 1974 e, após complicados confrontos político-militares e sociais, chegou à Constituição democrática de 1976;
- O Brasil teve uma transição pacífica, sem quebra institucional, desde a eleição presidencial de 1985 à Constituição de 1988;
- Nos cinco países africanos, no final dos anos 80 e no início dos anos 90, por esgotamento dos regimes implantados em 1975 e por buscas de consenso (sobretudo em Angola e Moçambique, com dramáticas guerras civis alimentadas do exterior), abriram-se também transições constitucionais:



- Em Cabo Verde, São Tomé e Príncipe e na Guiné-Bissau, por iniciativa dos regimes no poder, processos de revisão constitucional culminando em novas Constituições, datando a atual Constituição cabo-verdiana de 1992, a de São Tomé e Príncipe de 2006 e a da Guiné-Bissau de 1984 (com emendas em 1993, 1995 e 1996);
- Em Moçambique e em Angola, processos de transição ligados a processos de paz e conduzindo também a novas Constituições – a atual Constituição de Angola é de 2010 e a de Moçambique de 2004;
- Em Timor, o povo optou pela independência em referendo realizado em 1999 e, quando esta se consumou, em 2002, dotou-se igualmente de uma Constituição.

9 A PROXIMIDADE DO TRATAMENTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS OITO ESTADOS

É impressionante a proximidade das Constituições dos oito Estados no tocante aos direitos fundamentais:

- a) A definição do Estado como Estado de Direito democrático ou como Estado democrático de Direito, ou seja, um Estado em que a democracia e direitos fundamentais se enlaçam e sendo sempre os direitos fundamentais limite do princípio da maioria:
 - Portugal (preâmbulo, art. 2º e art. 8º, nº 4);
 - Brasil (art. 1º);
 - Cabo Verde (art. 2º);
 - Timor (art. 1º);
 - Moçambique (art. 1º);
 - São Tomé e Príncipe (art. 6º);
 - Angola (art. 2º).
- b) A afirmação da dignidade da pessoa humana:
 - Portugal (art. 1º);
 - Brasil (art. 1º-III);
 - Cabo Verde (art. 1º);
 - Timor (art. 1º);
 - Angola (art. 1º).
- c) A extensão do catálogo dos direitos, não apenas com enumeração pura e simples mas também com definição do seu conteúdo essencial
- d) A consagração simultânea, mas com distinção, de direitos de liberdade ou de direitos, liberdades e garantias e direitos sociais:





1. Direitos, liberdades e garantias:

- Portugal (art. 24 e segs. e 17);
- Brasil (art. 5º);
- Guiné-Bissau (art. 24 e segs.);
- Cabo Verde (art. 27 e segs.);
- Timor (art. 2º e segs.);
- Moçambique (art. 35 e segs.);
- São Tomé e Príncipe (art. 22 e segs. e 57 e segs.);
- Angola (art. 30 e segs.).

2. Direitos sociais:

- Portugal (art. 58 e segs.);
- Brasil (art. 6º e segs. e 193 e segs.);
- Cabo Verde (art. 67 e segs.);
- Timor (art. 50 e segs.);
- Moçambique (art. 82 e segs.);
- São Tomé e Príncipe (art. 42 e segs.);
- Angola (art. 76 e segs.).

e) A igualdade entre homens e mulheres:

- Portugal [art. 9º, alínea *h*), 13, nº 2 e 109];
- Brasil (art. 5º-I);
- Cabo Verde (art. 23);
- Timor [art. 6º, alínea *j*), e 16, nº 2];
- Moçambique (art. 33 e 36);
- São Tomé e Príncipe (art. 15, nº 2);
- Angola [art. 22, alínea *k*), e 23, nº 2].

f) A cláusula aberta (ou abertura a direitos consignados em tratados ou leis que participem da jusfundamentalidade):

- Portugal (art. 16, nº 1);
- Brasil (art. 5º, §§ 2º e 3º);
- Cabo Verde (art. 17);
- Timor (art. 23);
- Moçambique (art. 42);
- São Tomé e Príncipe (art. 18, nº 1);
- Angola (art. 26).

g) A receção ou a menção da Declaração Universal:

- Portugal (art. 16, nº 2);
- Timor (art. 23);



- Moçambique (art. 43);
 - São Tomé e Príncipe (art. 12, nº 2);
 - Angola (art. 26, nº 2).
- h) O princípio da aplicação imediata das normas constitucionais respeitantes a direitos fundamentais:
- Portugal (art. 18, nº 1);
 - Brasil (art. 5º, §§ 1º);
 - Cabo Verde (art. 18);
 - Angola (art. 28, nºs 1 e 2).
- i) A vedação da pena de morte:
- Portugal (art. 24, nº 2);
 - Brasil [art. 5º-XLVII, alínea c), embora ressalvando o caso de guerra declarada];
 - Guiné-Bissau (art. 36, nº 1);
 - Cabo Verde (art. 27, nº 2);
 - Timor (art. 36, nº 1);
 - Moçambique (art. 40, nº 2);
 - São Tomé e Príncipe (art. 22, nº 2);
 - Angola (art. 59).
- j) A separação entre o Estado e as confissões religiosas ou o Estado laico:
- Portugal (art. 41, nº 4);
 - Brasil (art. 5º-VI e VIII, implicitamente);
 - Guiné-Bissau (art. 6º);
 - Cabo Verde (art. 48, nº 3);
 - Timor (art. 45, nº 1, sem prejuízo de um princípio de cooperação);
 - Moçambique (art. 12);
 - São Tomé e Príncipe (art. 8);
 - Angola (art. 10).
- k) A existência de um Provedor de Justiça, órgão independente de designação parlamentar para defesa dos direitos dos cidadãos:
- Portugal (art. 23);
 - Cabo Verde (art. 253);
 - Timor (art. 275);
 - Angola (art. 292).
- l) O objetivo de uma sociedade solidária:
- Portugal (art. 1º, *in fine*);
 - Brasil (art. 3º-I);





- São Tomé e Príncipe (art. 1º);
- Angola (art. 1º).

m) A proteção do meio ambiente e, no Brasil e em Portugal os deveres para com as gerações futuras:

- Portugal [arts. 9º, alínea e) e 66];
- Brasil (art. 225);
- Cabo Verde [art. 8º, alínea k) e 72];
- Timor [art. 6º, alínea f) e 61];
- Moçambique (art. 90);
- São Tomé e Príncipe [art. 10º, alínea d) e 49];
- Angola [art. 21, alínea m) e 39].

n) A relevância da família e a igualdade de direitos de ambos os cônjuges:

- Portugal (art. 36 e 67);
- Brasil (art. 203-I, 225 e 226);
- Guiné-Bissau (art. 26);
- Cabo Verde (art. 46);
- Timor (art. 39 e 17];
- Moçambique (art. 119);
- São Tomé e Príncipe (art. 26);
- Angola (art. 35).

o) Quanto aos direitos de participação política, em particular o sufrágio universal:

- Portugal (art. 10º e 49);
- Brasil (art. 14);
- Guiné-Bissau (art. 57);
- Cabo Verde (art. 103);
- Timor (art. 7º, nº 1);
- Moçambique (art. 73);
- São Tomé e Príncipe (arts. 6º e 58);
- Angola (art. 54).

p) Consagração e liberdade dos partidos políticos:

- Portugal (arts. 10º, 51 e 114);
- Brasil (art. 17);
- Guiné-Bissau (art. 4º);
- Timor (art. 7º, nº 2);
- Moçambique (art. 53);



- São Tomé e Príncipe (art. 63);
- Angola (art. 17 e 55).

q) Afirmação dos princípios de constitucionalidade e de legalidade:

- Portugal (art. 3º, 204 e 277 e segs.);
- Guiné-Bissau (art. 8º);
- Cabo Verde (art. 3º);
- Timor (art. 2º);
- Moçambique (art. 2º);
- São Tomé e Príncipe (art. 7º);
- Angola (art. 6º).

r) Sistemas jurisdicionais de fiscalização de constitucionalidade:

- Portugal (art. 204, 221 e segs. e 278 e segs.);
- Brasil (art. 102 e 103);
- Guiné-Bissau (art. 126);
- Cabo Verde (art. 210, nº 3, 219 e 272 e segs.);
- Timor (art. 120 e 126);
- Moçambique (art. 214 e 241 e segs.);
- São Tomé e Príncipe (art. 129, 131 e segs. e 144 e segs.);
- Angola (art. 180 e 226 e segs.).

10 AS CONSTITUIÇÕES DE PORTUGAL E DO BRASIL, EM ESPECIAL

Muito especialmente, são inúmeros os pontos de identidade e de semelhança entre as Constituições portuguesa e brasileira no concernente aos direitos fundamentais. E, desde logo, por os anteporem, na sua sistematização, a quaisquer outras matérias.

Apenas se observam duas diferenças de vulto: uma, acerca da enumeração dos direitos, liberdades e garantias; outra, acerca do lugar dos direitos sociais.

Na Constituição portuguesa, a cada direito e garantia corresponde um artigo, com a respetiva epígrafe. Na Constituição brasileira, tudo está concentrado num artigo, o 5º, com dezenas de números de difícil leitura.¹⁵

Quanto aos direitos sociais, na Constituição portuguesa, eles ocupam um título da parte I, a seguir ao título de direitos, liberdades e garantias. Na Constituição brasileira, depois de um capítulo I, de direitos e deveres individuais e coletivos (condensado nesse art. 5º) aparece um capítulo II de direitos sociais, em que se

¹⁵ Por isso, me atrevi a sugerir **Uma reorganização possível do artigo 5º da Constituição Federal, na revista Direito Público** (Brasília), setembro-outubro de 2014, e na obra coletiva **O Direito Constitucional e os Desafios do Século XXI**, Curitiba, 2015.



começa por enunciar quais eles são (art. 6º); e depois, se passa a prescrever quase exhaustivamente os direitos dos trabalhadores (art. 7º). E é apenas no título VIII (art. 193 e segs.) que se precisam aqueles direitos sociais e se estabelecem as incumbências do Estado para a sua efetivação.

Como quer que seja, as Constituições têm de ser interpretadas e integradas sistematicamente – nunca é demais repetir – e, numa e noutra Constituição, tudo se conjuga para a construção de um Estado de Direito democrático ou de Estado democrático de Direito. E isto é o que mais importa.



DA ATIVAÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA UNIÃO EUROPEIA – DESAFIOS DA DEMOCRACIA EM TEMPOS DE AUSTERIDADE E DESALENTO

Alessandra Silveira¹

1 JUDICIABILIDADE VERSUS EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Num texto intitulado “Da Constituição dirigente à jurisprudência dirigente” Gomes Canotilho explica em que medida a crise do estado de bem-estar social impulsionou o processo de judicialização do direito constitucional.² A intenção do Autor era questionar se seria suficiente reduzir os problemas constitucionais a problemas dogmáticos de aplicação (sobretudo judicial) de normas constitucionais. Tal inquietação resulta atualíssima pois, como ensina a doutrina italiana (Gustavo Zagrebelsky, Paolo Caretti, Roberto Bin, etc.), nos últimos cinquenta anos a lei deixou de ter o monopólio da atuação constitucional, pois o juiz tem-no progressivamente eliminado por via da interpretação conforme à Constituição, estando em contato direto com esta, sem intermediários. A lei era concebida como fonte de direito e garantia geral e abstrata. Todavia, os titulares de direitos são hoje as pessoas perspectivadas no concreto das suas vidas quotidianas, ou seja, na sua condição de vida em concreto e não em abstrato. A lei ainda ocupa um lugar importante na densificação das normas constitucionais mas já não o faz em termos de exclusividade. Desapareceu o paradigma da lei como fonte exaustiva e exclusiva da disciplina dos direitos, bem como do legislador como intermediário entre a Constituição e o juiz – pois o reconhecimento do direito pelo juiz ordinário antecipa-se ao legislador e a jurisprudência assume o conteúdo criativo de fonte de direito.

Todavia, diante da crise económico-financeira que estamos a enfrentar desde a primeira década do séc. XXI, importa questionar se os tribunais estariam bem apetrechados para corresponder à ativação judicial dos direitos fundamentais sociais. Temos defendido o papel dos tribunais como garantes da dimensão material da democracia – aquela que se prende com a proteção de direitos fundamentais³ –,

1 Diretora do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU), Universidade do Minho. Titular da Cátedra Jean Monnet em Direito da União Europeia.

2 Sobre o tema cfr. J. J. Gomes Canotilho, “Da Constituição dirigente à jurisprudência dirigente”, in Newton De Lucca/Samantha Meyer-Pflug/Mariana Baeta Neves (Coord.) **Direito Constitucional Contemporâneo** – Homenagem ao Professor Michel Temer, Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2012.

3 Sobre o tema cfr. Alessandra Silveira/Sophie Perez Fernandes, “Justiça em tempo de crise: o papel



além da ideia de que, na perspetiva do exercício seguro dos direitos fundamentais, o séc. XXI estaria vocacionado para ser o século dos tribunais.⁴ Contudo, fomos atropelados pela chamada “crise das dívidas soberanas” e os tribunais europeus não têm sabido lidar com a ativação judicial dos direitos sociais, porventura porque não foram talhados para decidir sobre tais direitos. Nesta medida, o discurso constitucional dos direitos sociais está a exigir alguma imaginação na captação normativo-constitucional da socialidade – da qual depende, como veremos, o futuro da democracia na União Europeia. E tal criatividade depende ou releva mais do domínio político do que daquele judicial, numa perspetiva de reforço da efetividade e não propriamente da judiciabilidade dos direitos fundamentais sociais – pois como têm questionado os membros do Comité dos Direitos Económicos e Sociais do Conselho da Europa em intervenções públicas recentes, de que servem decisões judiciais que não se cumprem?⁵ O argumento se torna mais claro se escrutinarmos as decisões judiciais de alguns tribunais europeus a propósito das chamadas medidas de austeridade adotadas pelos Estados-Membros da União Europeia.

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) lavou as mãos qual Pilatos. Diante da provocação de tribunais nacionais, por via do incidente processual do reenvio prejudicial [artigo 267 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)], o TJUE escudou-se no âmbito de aplicação do direito da União Europeia e declarou-se incompetente à luz do artigo 51 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).⁶ Com tais questões prejudiciais, submetidas sobretudo no domínio laboral, os tribunais nacionais pretendiam saber se as reformas de ajustamento/austeridade exigidas pela União Europeia e implementadas pelos Estados-Membros seriam ou não compatíveis com a proteção dos direitos fundamentais reconhecidos pela CDFUE. O TJUE tem-se considerado incompetente para responder às inquietações dos juízes nacionais por suposta ausência de um nexo suficiente da situação no processo principal com o direito da União. Ou seja, tais situações não integrariam o âmbito de aplicação do direito da União e, nesta medida, não permitiriam a sua apreciação à luz da CDFUE por força do seu artigo 51. Nos termos desta norma, os Estados-Membros devem respeito aos direitos fundamentais tal como a União Europeia os consagra quando estiverem a *aplicar* o direito da União. Assim, se a adoção de medidas de austeridade não decorre da aplicação do direito da União, por

dos tribunais europeus enquanto garantes da democracia”, in **UNIO-EU Law Journal**, edição inaugural - n.º 0, julho/2014 (<http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt>)

- 4 Sobre o tema cfr. Paulo Rangel, **O estado do Estado. Ensaios de política constitucional sobre justiça e democracia**, Dom Quixote, Alfragide, 2009, p. 11-37.
- 5 Sobre o tema cfr. Luís Jimena Quesada, “El papel del Comité Europeo de los Derechos Sociales en el contexto de la crisis económica”, in **La Europa social: alcances, retrocesos y desafíos**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, em edição (publicação que reúne as intervenções apresentadas no Seminário homónimo realizado em Madrid nos dias 26 e 27 de outubro de 2016).
- 6 Cfr. despacho (TJUE) *Corpul National al Politistilor*, de 14 de dezembro de 2011, proc. C-434/11; despacho (TJUE) *Corpul National al Politistilor*, de 10 de maio de 2012, proc. C-134/12; despacho (TJUE) *Sindicato dos Bancários do Norte*, de 7 de março de 2013, proc. C-128/12.



forma a criar uma obrigação específica para os Estados-Membros naquele domínio, não havia que falar em proteção de direitos fundamentais à luz da CDFUE⁷ – e o TJUE não teria competência para pronunciar-se sobre a conformidade das medidas de austeridade com os direitos fundamentais protegidos pela União.

Tal relutância do TJUE, em certa medida compreensível, pode ser atribuída aos riscos que o seu pronunciamento sobre a jusfundamentalidade das medidas de austeridade acarretaria: altas somas de dinheiro estão envolvidas e, em última análise, o próprio futuro da união económica e monetária.⁸ Todavia, o crescente volume de legislação em matéria de proteção social existente a nível europeu – assim como as respostas engendradas pelas instituições europeias e Estados-Membros no combate à crise – permitem-nos questionar a alegada incompetência jurisdicional do TJUE. E muito especialmente no que se refere aos Estados-Membros intervencionados pela “troika” [Comissão Europeia, Banco Central Europeu (BCE) e Fundo Monetário Internacional (FMI)], como foi o caso de Portugal. Como sabemos, em 7 de abril de 2011, estando sujeito a uma pressão crescente nos mercados financeiros, Portugal solicitou oficialmente assistência financeira à União Europeia, aos Estados-Membros cuja divisa é o euro e ao FMI. Em 3 de maio de 2011, o Governo português e a missão conjunta da Comissão, FMI e BCE chegaram a um acordo de ajustamento económico e financeiro (conhecido por *Memorando de Entendimento*) relativamente a um vasto programa de políticas para três anos (até meados de 2014). Foi então concedida assistência financeira da União a Portugal nos termos da decisão do Conselho 2011/344/UE, de 30 de maio de 2011, tendo em conta o artigo 122, nº 2, do TFUE e o Regulamento 407/2010, de 11 de maio de 2010, que cria um *mecanismo europeu de estabilização financeira*, nomeadamente o seu artigo 3º, nº 2. Assim, a concessão de assistência financeira a Portugal foi regulada por atos jurídicos europeus, de entre os quais relevam a decisão de execução 2011/344/UE, de 30 de maio de 2011, e a decisão de execução 2012/409/UE, de 10 de julho de 2012, que altera a primeira. De resto, no entendimento do Tribunal Constitucional português, o próprio *Memorando de Entendimento* assinado entre a Comissão (em nome da União Europeia) e as autoridades portuguesas teria natureza vinculativa em resultado de se basear, em última análise, no referido artigo 122, nº 2, do TFUE.⁹ Tal documento impunha a adoção pelo Estado português das medidas neles consignadas como condição do cumprimento faseado dos contratos de financiamento então celebrados.

7 Sobre a jurisprudência europeia relativa ao âmbito de aplicação da CDFUE cfr. acórdão (TJUE) Siragusa, de 6 de março de 2014, proc. C-206/13.

8 Cfr. Catherine Barnard, “Equality, solidarity and the Charter in time of crisis. A case study of dismissal”, in **Citizenship and solidarity in the European Union. From the Charter of Fundamental Rights to the crisis, the state of the art**, Alessandra Silveira/Mariana Canotilho/Pedro Froufe (Ed.), Peter Lang, Bruxelles/Bern/Berlin/Frankfurt am Main/New York/Oxford/Wien, 2013, p. 303.

9 Cfr. acórdão (Tribunal Constitucional português) nº 353/2012, de 5 de junho de 2012, considerando nº 2 da Fundamentação.



Diante do exposto, é defensável que as medidas de austeridade adotadas pelo Governo português recaem no âmbito de aplicação do direito da União – pese embora o entendimento em contrário do TJUE. É certo que as medidas concretas de consolidação orçamental são, em última análise, decididas pelos Estados-Membros – e estes dispõem de alguma margem de manobra para atingir os objetivos acordados (de resto, no caso português, bastante reduzida, tendo em conta a pormenorização das disposições constantes das decisões que concedem assistência financeira). Todavia, tal margem de discricionariedade para concretizar as orientações de política orçamental acordadas com as instituições europeias não desvincula os Estados-Membros da obrigação de respeitar os princípios gerais do direito da União e os direitos fundamentais por ele reconhecidos, nos termos do artigo 51, nº 1, da CDFUE. Da mesma forma, as instituições europeias, ao definirem e fiscalizarem as medidas introduzidas pelos sucessivos Orçamentos de Estado – e ao exortarem o Estado português a cumpri-los integralmente – não se podem eximir das suas responsabilidades no que tange ao respeito do direito primário da União, que inclui o respeito aos direitos fundamentais.¹⁰ Não é por outra razão que as decisões do Tribunal Constitucional português sobre a proteção de direitos fundamentais no âmbito da implementação de medidas de austeridade – ainda que apreciadas como da exclusiva responsabilidade do Estado português, à luz da Constituição da República Portuguesa – acabam necessariamente por influenciar o padrão de proteção aplicável nos restantes Estados-Membros em situações similares. Todavia, o TJUE não acolheu esta metódica “amiga do pluralismo de ordenamentos e normatividades”,¹¹ donde deriva a recusa de apreciação da conformidade das medidas de austeridade adotadas pelos Estados-Membros com os direitos fundamentais protegidos pelo direito da União.

Quanto ao Tribunal Constitucional português, as decisões de inconstitucionalidade que integram a “jurisprudência da crise” – assim chamada por ter apreciado a constitucionalidade das medidas de austeridade tendentes a reduzir o défice orçamental – não se fundaram na violação de específicos direitos fundamentais (sociais) *per se*, mas sim em princípios gerais comuns aos ordenamentos constitucionais da atualidade, quais sejam, igualdade, segurança jurídica e proteção da confiança.¹²

10 Recentemente, no acórdão (TJUE) *Ledra Advertising*, de 20 de setembro de 2016, processos apensos C8/15 P a C10/15 P, considerando 67, o TJUE reconheceu que a CDFUE dirige-se às instituições europeias inclusivamente quando atuam fora do âmbito de aplicação do direito da União. De resto, concretizou o TJUE, no contexto da adoção de um *Memorando de Entendimento*, a Comissão está obrigada, por força do artigo 17, nº 1, TUE (que lhe confere a missão geral de controlar a aplicação do direito da União) a garantir que tal memorando seja compatível com os direitos fundamentais garantidos pela Carta.

11 A expressão é de J. J. Gomes Canotilho, “**Brancos**” e interconstitucionalidade. *Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 268.

12 Sobre o tema cfr. Mariana Canotilho/Teresa Violante/Rui Lanceiro, “Austerity measures under judicial scrutiny: the Portuguese constitutional case-law”, in **European Constitutional Law Review**, 11, 2015.



Não é propriamente árduo perceber os motivos de tal inclinação: na medida em que a proteção jusfundamental é garantida via princípios, neutraliza-se qualquer pretensão de modificar a Constituição para ultrapassar tais inconstitucionalidades. Além disso, no que tange à proteção de direitos fundamentais sociais, é mais fácil acomodar posições divergentes entre os juízes constitucionais e atingir-se um consenso interpretativo sobre princípios gerais do que sobre obrigações impostas ao legislador por disposições constitucionais específicas. Não há nada de mal na utilização de princípios para a solução de problemas constitucionais, pois estes estão no cerne da cultura jurisdicional dos tribunais superiores na Europa, sejam tribunais funcionalmente europeus (tribunais dos Estados-Membros) sejam tribunais organicamente europeus (que integram o TJUE com sede no Luxemburgo). Tanto é assim que vale a pena empregar a máxima de Gomes Canotilho: “diz-me se um tribunal aplica princípios e digo-te que tipo de justiça ele faz”, pois os princípios são e devem ser as normas fundamentadoras das decisões, na medida em que transportam a prescrição de um valor, como ensina Zabrebelsky. De resto, o papel que os princípios gerais desempenham na proteção dos direitos fundamentais na União Europeia “é *único* e sem paralelo em qualquer Estado-Membro”,¹³ na medida em que deriva, historicamente, da originária ausência de codificação dos direitos fundamentais nos Tratados constitutivos.¹⁴ De qualquer forma – e este é o nosso ponto neste texto –, esta “fuga principiológica” do Tribunal Constitucional português relativamente à sua “jurisprudência da crise” denota a dificuldade de os tribunais corresponderem à ativação judicial de direitos sociais individualmente considerados.

De resto, basta observar o silêncio confrangedor dos tribunais espanhóis diante de um sistema abusivo de execução hipotecária e do flagelo societal que o mesmo representou. Foi necessária uma atuação do TJUE baseada na interpretação das disposições da Diretiva 93/13 (relativa às cláusulas abusivas nos contratos de consumo) no âmbito do crédito à habitação – ou mais concretamente, da oposição deduzida pelos consumidores à execução hipotecária da sua habitação. No acórdão *Aziz* de 2013¹⁵ e no acórdão *Morcillo* de 2014¹⁶ o TJUE foi confrontado com um sistema nacional de execução hipotecária segundo o qual, a partir do momento em que o processo de execução fosse iniciado, qualquer outra ação judicial que o consumidor pudesse intentar, incluindo para contestar a validade do título executivo,

13 Cfr. Leonard Besselink, “General Report”, in Julia Lafranke (ed.), **Reports of the XXV FIDE Congress – Tallinn 2012**, vol. 1, Tartu University Press, Tallinn, 2012, p. 87 e 102. O Autor explica que num sistema “multinível” como o da União Europeia resolver conflitos entre direitos também demanda um balanceamento entre vários “níveis” – daí a vantagem de se aderir a uma noção de direitos enquanto princípios, cuja flexibilidade permite a consideração das particulares circunstâncias do caso e distintas inclinações locais.

14 Sobre o tema cfr. Alessandra Silveira, Comentário ao artigo 51 e ao artigo 52, in **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada**, in Alessandra Silveira/Mariana Canotilho (Coord.), Almedina, Coimbra, 2013, p. 572 e ss.

15 Acórdão (TJUE) *Aziz*, de 14 de março de 2013, proc. C-415/11.

16 Acórdão (TJUE) *Morcillo*, de 17 de julho de 2014, proc. C-169/14.



a exigibilidade, a certeza, a extinção ou o montante da dívida, devia ser objeto de um processo e de uma decisão independentes, nenhum dos quais capazes de produzir efeito suspensivo do processo de execução pendente ou julgá-lo improcedente. Atendendo a estas características, em caso de indeferimento da oposição apresentada pelo consumidor no processo de execução hipotecária do seu imóvel, o consumidor e sua família ficavam expostos ao risco de perder a sua habitação na sequência de uma venda em hasta pública, quando o juiz de execução tivesse procedido, na melhor das hipóteses, a uma rápida apreciação da validade das cláusulas contratuais em que se baseava o pedido do credor exequente. Inúmeras famílias foram privadas de sua habitação sem que o remanescente da dívida desaparecesse. O TJUE decidiu que o direito da União se opunha a um sistema de vias de execução tal como o descrito. Mas note-se, não com fundamento no acesso à habitação condigna – reconhecido pela União Europeia como a condição fundamental para a integração e participação de cada indivíduo na sociedade,¹⁷ ou seja, como condição prévia, quer para o exercício de (e para o acesso aos) outros direitos fundamentais, quer para uma vida humana em condições de plena dignidade¹⁸ – e sim com fundamento em normas europeias que regem o consumo.

2 “TURISMO SOCIAL” VERSUS CIDADANIA SOCIAL EUROPEIA

Tudo se complica quando as decisões judiciais sobre dimensões básicas da socialidade implicam a interação ou o diálogo entre tribunais. Na sua recente jurisprudência sobre o fantasma do “turismo social”¹⁹ (acórdãos *Dano*,²⁰ *Alimanovic*²¹ e finalmente *Comissão Europeia contra Reino Unido*)²² o TJUE foi confrontado com a questão de saber se é legítimo que um Estado-Membro tenha em conta a “legalidade da residência” (isto é, a exigência de recursos suficientes e um seguro de doença)

17 *Plataforma Europeia contra a Pobreza e a Exclusão Social: um quadro europeu para a coesão social e territorial*, Comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, de 16 de dezembro de 2010, COM(2010) 758 final, disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3Aem0046>>.

18 *Relatório do Parlamento Europeu sobre a habitação social na União Europeia*, de 30 de abril de 2013, disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0155+0+DOC+XML+V0//PT>>.

19 A narrativa do “turismo social” apregoa que, como os Tratados constitutivos deixam em grande medida aos Estados-Membros as atribuições no domínio da política social, um migrante por motivos económicos não deve beneficiar no Estado-Membro de acolhimento do direito a uma prestação destinada a prover à sua subsistência. Sobre o tema cfr. conclusões (TJUE) *Trojani*, de 19 de fevereiro de 2004, proc. C-456/02, considerando 18 (Advogado-Geral L. A. Geelhoed, cuja opinião o TJUE não seguiu).

20 Acórdão (TJUE) *Dano*, de 11 de novembro de 2014, proc. C-333/13.

21 Acórdão (TJUE) *Alimanovic*, de 15 de setembro de 2015, proc. C-67/14.

22 Acórdão (TJUE) *Comissão Europeia contra Reino Unido*, de 14 de junho de 2016, proc. C-308/14.



no contexto da atribuição de prestações sociais a cidadãos da União que residem no seu território. Ou mais concretamente, no acórdão *Comissão Europeia contra Reino Unido* – último capítulo da saga do “turismo social” que antecedeu o referendo *Brexit* – o TJUE teve de decidir se a aplicabilidade do Regulamento 883/2004 (segundo o qual a residência habitual bastaria para a concessão de prestações sociais) deveria ou não preterir as disposições da Diretiva 2004/38 (segundo as quais a residência legal de um cidadão da União num Estado-Membro de acolhimento depende de recursos suficientes e um seguro de doença), o que excluiria de prestações sociais os cidadãos economicamente inativos que circulam pela União à procura de melhores condições de vida. Cerca de uma semana antes da data agendada para o referendo *Brexit* foi publicado o acórdão do TJUE que decidiu pela improcedência de uma ação por incumprimento (artigo 258 do TFUE) movida pela Comissão Europeia contra o Reino Unido no intuito de que tal Estado-Membro fosse condenado por violação da proibição de não discriminação em razão da nacionalidade. Durante o ano de 2008 a Comissão Europeia recebeu inúmeras queixas de cidadãos de outros Estados-Membros residentes no Reino Unido nas quais reclamavam que as autoridades britânicas lhes tinham recusado prestações sociais por não terem feito prova de um direito de residência. No seguimento, a Comissão Europeia acusou o Reino Unido de não ter cumprido o Regulamento 883/2004 (relativo à coordenação dos sistemas de segurança social na União) por sujeitar os requerentes de determinadas prestações sociais – designadamente do abono por filho a cargo ou do crédito de imposto por filho a cargo – ao chamado “teste do direito de residência”.

A Comissão considerava tal requisito incompatível com o sentido do referido regulamento – pois este faz referência a uma residência habitual e não a uma residência legal – e, simultaneamente, discriminatório em relação aos nacionais de outros Estados-Membros (algo proibido pelo artigo 18 do TFUE, que prevê o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade), uma vez que tal requisito é preenchido automaticamente pelos nacionais britânicos residentes no Reino Unido. Todavia, o TJUE afinou pelo diapasão segundo o qual a ordem jurídica da União não pode ser composta por uma pluralidade de compartimentos estanques. Se o direito da União submete o exercício da livre circulação e residência a determinadas limitações e condições – contidas designadamente na Diretiva 2004/38 –, então as disposições do Regulamento 883/2004 não podem ser interpretadas de maneira a neutralizar as condições e limitações que acompanham o reconhecimento e a consagração da referida liberdade. Nesta perspetiva (alegadamente) sistémica, um Estado-Membro só seria obrigado pelo Regulamento 883/2004 a conceder prestações sociais a um cidadão da União que esteja a exercer “legalmente” o seu direito de livre circulação e de permanência – ou seja, apenas àqueles que preencham os requisitos estabelecidos na Diretiva 2004/38. De acordo com tal interpretação, a diferença entre cidadãos britânicos e cidadãos de outros Estados-Membros situar-se-ia num estágio anterior ao da aplicabilidade do artigo 4º do Regulamento 883/2004 – motivo pelo qual não



o desvirtuaria.²³ Trata-se, porventura, da jurisprudência do TJUE mais criticada nos últimos tempos.²⁴ Não só porque o risco de “turismo social” foi há muito desacreditado pelas estatísticas divulgadas pela Comissão Europeia²⁵ – segundo as quais o impacto negativo da assistência social a cidadãos europeus economicamente inativos nas finanças dos Estados-Membros de acolhimento é irrelevante –, mas sobretudo porque representa um recuo jurisprudencial resultante da pressão exercida pelos Estados-Membros sobre as instituições europeias em face das ameaças populistas e xenófobas que envenenam crescentemente as opiniões públicas nacionais e se refletem nos resultados eleitorais.

Não obstante, o Tribunal Constitucional português resolveu interpretar a jurisprudência do TJUE sobre “turismo social” e conseguiu fazer pior. No acórdão nº 141/2015²⁶ o Tribunal Constitucional foi confrontado, a pedido do Provedor de Justiça, com a questão de saber se o legislador português, ao disciplinar o regime jurídico do rendimento social de inserção, poderia estabelecer como requisito o período mínimo de um ano de residência legal em Portugal para que os cidadãos portugueses pudessem aceder àquela prestação. O Tribunal Constitucional declararia então a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas constantes do artigo 6º, nº1, alínea a) e nº 4 da Lei nº 13/2003,²⁷ na parte em que exige a cidadãos

23 Cfr. conclusões (TJUE) *Comissão Europeia contra Reino Unido*, de 6 de outubro de 2015, proc. C-308/14, considerandos 73 e 77.

24 Sobre o tema cfr. Alessandra Silveira, “Cidadania social na União Europeia – *quo vadis?* Avanços e recuos entre forças de coesão e fragmentação, in Eduardo Paz Ferreira (coord.), **União Europeia - reforma ou declínio**, Editora Nova Vega, Lisboa, 2016; Sandra Mantu/Paul Minderhoud, “Exploring the limits of social solidarity: welfare tourism and EU citizenship”, in **UNIO-EU Law Journal**, vol. 2, June/2016; Daniela Guimarães, “The right of free movement and the access to social protection in the EU: the economical dimension. Notes on the case *Elisabeta Dano v Jobcenter Leipzig*, C-333/13”, in **UNIO-EU Law Journal**, vol. 1, July/2015 (<http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt>).

25 Cfr. o relatório de 14 de outubro de 2013 (DG Employment, Social Affairs and Inclusion via DG Justice Framework Contract) intitulado “*A fact finding analysis on the impact on the Member States’ social security systems of the entitlements of non-active intra-EU migrants to special non-contributory cash benefits and healthcare granted on the basis of residence*” e em cujo sumário se lê: “it can be concluded that the share of non-active intra-EU migrants is very small, they account for a similarly limited share of SNCB recipients and the budgetary impact of such claims on national welfare budgets is very low. The same is true for costs associated with the take-up of healthcare by this group. Employment remains the key driver for intra-EU migration and activity rates among such migrants have indeed increased over the last 7 years”.

26 Acórdão (Tribunal Constitucional português) nº141/2015, de 25 de fevereiro, proc. nº 136/14.

27 O atual regime jurídico do Rendimento Social de Inserção foi instituído pela Lei nº 13/2003, de 21 de maio, e alterado pela Lei nº 45/2005, de 29 de agosto, pelo Decreto-Lei nº 70/2010, de 16 de junho, e, por último, de forma mais extensa, pelo Decreto-Lei nº 133/2012, de 27 de junho. Nos termos do artigo 1º da Lei nº 13/2003, o rendimento social de inserção assegura recursos que contribuam para a satisfação de necessidades mínimas e para o favorecimento de uma progressiva inserção social, laboral e comunitária. Trata-se de uma medida destinada a apoiar pessoas em situação de grave carência económica, sendo constituída por uma prestação em dinheiro para satisfação das



portugueses, bem como aos membros do seu agregado familiar, o preenchimento de um período mínimo de um ano de residência legal em Portugal para que acedam ao rendimento social de inserção, por violação do princípio da igualdade previsto no artigo 13 da Constituição da República Portuguesa. Ocorre que a disposição então declarada inconstitucional previa a mesma exigência de um ano para que os nacionais de Estados-Membros da União que residam em Portugal pudessem aceder ao rendimento social de inserção – tendo em conta, conforme explicou o Governo português, o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade e a proibição de diferenciação de tratamento injustificada que dele decorre (artigo 18 do TFUE). Ora, como a declaração de inconstitucionalidade dizia respeito apenas ao segmento da norma relativo aos cidadãos portugueses e seus familiares, das disposições conjugadas do artigo 6º, nº 1, alínea a) e nº 4, da Lei nº 13/2003 continuou a resultar a exigência de pelo menos um ano de residência legal em território português para que os nacionais de um Estado-Membro da União Europeia pudessem aceder ao rendimento social de inserção.

O Tribunal Constitucional partiu da premissa de que o legislador português interpretou mal o direito da União Europeia ao deduzir uma exigência de igualdade de tratamento que simplesmente não existia – qual seja, aquela da qual resultou a previsão do período de um ano para que os cidadãos europeus pudessem aceder ao rendimento social de inserção nos mesmos moldes que o cidadão português²⁸ –, sobretudo à luz do (então) recente acórdão *Dano* do TJUE. E foi nessa premissa em que o Tribunal Constitucional assentou o seu juízo de inconstitucionalidade, como se lê na declaração de voto vencido da Conselheira Maria Lúcia Amaral. Sem dialogar com o TJUE através do incidente processual do reenvio prejudicial, o Tribunal Constitucional resolveu interpretar por mote próprio as disposições europeias relevantes e a jurisprudência embrionária que lhes atribuíra um sentido,²⁹ considerando que “não

necessidades básicas (artigo 2º) e por um contrato de inserção cujo propósito é a integração social e profissional do beneficiário [artigo 6º, nº 1, alíneas f) e g)].

28 Cfr. acórdão (Tribunal Constitucional português) nº 141/2015, de 25 de fevereiro, proc. nº 136/14, considerando 10: “torna-se portanto inequívoco, face a esta clarificação, que o autor da norma agora impugnada assumiu como sua uma «obrigação» – a de tratar de modo igual os portugueses e os demais cidadãos europeus – que não decorre da correta interpretação do direito da União.”

29 Neste sentido, cfr. acórdão (Tribunal Constitucional português) nº 141/2015, de 25 de fevereiro, proc. nº 136/14, declaração de voto do Conselheiro João Pedro Caupers: “Não obstante ter votado favoravelmente o acórdão, subscrevendo tanto a decisão de inconstitucionalidade, como a respetiva fundamentação, teria preferido que se tivesse optado pelo reenvio prejudicial para o TJUE. Apesar de compreender os argumentos que levaram ao abandono desta opção, não me parece que a recente jurisprudência “Dano” seja decisiva no sentido da conformidade das normas portuguesas em causa com o direito da UE. Consideradas as diferenças entre as normas alemãs naquela apreciadas e as normas nacionais cuja inconstitucionalidade ora se declara, julgo haver espaço para a dúvida quanto à conformidade destas últimas com o direito da UE.” Cfr. acórdão (Tribunal Constitucional português) nº 141/2015, de 25 de fevereiro, proc. nº 136/14, declaração de voto vencido da Conselheira Maria Lúcia Amaral: “Depreende-se de toda a argumentação seguida pelo Tribunal (particularmente, nos pontos 6 a 10 da fundamentação) que, neste caso, se



decorre sempre do direito da União Europeia a imposição de tratamento uniforme”³⁰ entre cidadãos portugueses e cidadãos de outros Estados-Membros que estejam a exercer as suas liberdades de circulação. Assim, correspondendo o rendimento social de inserção a uma prestação de natureza não contributiva, era certo, para o Tribunal Constitucional, que não se lhe aplicava o disposto no Regulamento 883/2004 (relativo à coordenação dos sistemas de segurança social), tendo o princípio da não discriminação em função da nacionalidade um carácter supostamente “relativo” no direito da União.³¹ Por conseguinte, no que diz respeito ao direito da União, não se impunha qualquer dúvida interpretativa razoável ao Tribunal Constitucional, tudo se resumindo a uma questão de constitucionalidade. Como se lê no acórdão do Tribunal Constitucional, “na sua mais recente jurisprudência, o TJUE veio estabelecer um equilíbrio entre os direitos de cidadãos da União economicamente não ativos e os interesses legítimos dos Estados-Membros de acolhimento em proteger os seus sistemas de segurança social do chamado «*turismo social*», ao reconhecer que os Estados-Membros devem ter a possibilidade de recusar a concessão de prestações sociais a cidadãos da União economicamente não ativos que exerçam a sua liberdade de circulação”. Concluiu o Tribunal Constitucional que “perante as disposições do direito da União Europeia e a interpretação que delas tem feito o TJUE, *não há qualquer dúvida que o direito da União Europeia tolera um regime diferenciado* entre cidadãos da União Europeia e cidadãos nacionais do Estado-Membro de acolhimento, no que respeita a prestações de um regime não contributivo que garante um mínimo de meios de subsistência.”³²

considerou que a questão relativa à interpretação do direito da União surgia como questão *prévia* face ao problema de constitucionalidade que havia que resolver [...] Nestes termos, considerar que o Tribunal Constitucional português pode estar *condicionado*, no juízo que fizer sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma, pela questão prévia de saber se o sentido de tal norma é, ou não, predeterminado por uma exigência do direito da União, não implica nenhum desvio ao recorte constitucional das suas competências, nos termos do ordenamento fundamental da República. Pelo contrário. Se, em um certo caso concreto, se verificar que assim é – ou seja: se se verificar que existem duas, e não apenas uma, questões de interpretação de Direito a resolver; que uma é a questão relativa à determinação do sentido das normas de direito europeu e que outra é a relativa à determinação do sentido das normas da Constituição portuguesa; e que a solução que se der à primeira questão condiciona a solução que se der à segunda – o reconhecimento da existência de uma *questão prévia* face à questão de constitucionalidade é algo que se inscreve de pleno naquilo que, face à CRP, se deve hoje entender por *administração da justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional* (artigo 221).”

30 Cfr. acórdão (Tribunal Constitucional português) nº 141/2015, de 25 de fevereiro, proc. nº 136/14, considerando 8.

31 *Idem*. Ou textualmente: “fora do âmbito de aplicação desta exigência de tratamento igual – porque fora do âmbito de aplicação do próprio regulamento – estarão todas as prestações de «assistência social», na categoria das quais se inclui, pelo seu carácter não contributivo, o rendimento social de inserção.”

32 Cfr. acórdão (Tribunal Constitucional português) nº 141/2015, de 25 de fevereiro, proc. nº 136/14, considerandos 9 e 10.



Ignorando a apreciação casuística que a situação *sub judice* exigia – e que poderia marcar a diferença numa jurisprudência europeia em evolução –, o Tribunal Constitucional eximiu-se de dialogar com o TJUE e fazer vingar o nível de proteção mais elevado dos direitos fundamentais que porventura decorresse da Constituição Portuguesa (artigo 53 da CDFUE). Ora, o Tribunal Constitucional parece ignorar que está a interpretar uma restrição imposta pelo legislador português ao exercício de uma liberdade de circulação europeia – de resto, uma restrição potencialmente dissuasora daquele exercício, pois *i)* impõe aos portugueses que circulam pela UE o ónus de ter de esperar um ano para beneficiar do rendimento social de inserção no retorno a Portugal, assim como *ii)* impõe aos nacionais dos restantes Estados-Membros um período mínimo de um ano de residência para beneficiarem daquele apoio. Como se lê na declaração de voto vencido da Conselheira Maria Lúcia Amaral, determinar que restrições podem ser introduzidas pelos diferentes legisladores nacionais quanto ao exercício das liberdades de circulação e residência, assim como em que circunstâncias o princípio geral de igualdade de tratamento pode conhecer limites, “não é para o direito da União uma questão qualquer, *releva antes de um problema fundamental, atinente à construção inacabada do conceito de «cidadania da União»*”. Não obstante, resulta do acórdão do Tribunal Constitucional em análise a manutenção da exigência de um ano para que os cidadãos europeus possam aceder ao rendimento social de inserção (exceto os portugueses – que não por acaso também são cidadãos europeus).

Todavia, a saga do rendimento social de inserção não termina aí,³³ pois o artigo 6º, nº1, alínea *b)* da Lei nº 13/2003 exigia um período de três anos para que os nacionais de países terceiros pudessem aceder à prestação social que nos ocupa. No acórdão nº 296/2015, de 25 de maio, o Tribunal Constitucional declararia a inconstitucionalidade da referida norma, com força obrigatória geral, por violação do princípio da proporcionalidade. Neste acórdão o Tribunal Constitucional foi confrontado, a pedido da Procuradora-Geral da República, com a questão de saber se o legislador português, ao disciplinar o regime jurídico do rendimento social de inserção, poderia estabelecer como requisito o período mínimo de três anos de residência legal em Portugal para que os nacionais de países terceiros pudessem aceder àquela prestação. O Tribunal Constitucional entendeu por excessiva a imposição de um prazo de três anos para a concessão de meios de sobrevivência a um cidadão estrangeiro em situação de risco social, constituindo um sacrifício desproporcionado ou demasiadamente oneroso face aos fins de interesse público que a medida visava atingir. Sem entrar no mérito da decisão fundada na desproporcionalidade da medida, não se pode negar que o desfecho da saga do rendimento social de inserção é, no mínimo, bizarro: tendo sido abolido qualquer prazo para que os cidadãos portugueses acedam a tal prestação, a

33 Para uma análise mais aprofundada cfr. Alessandra Silveira, “Interconstitucionalidade e não discriminação em razão da nacionalidade – análise crítica da recente jurisprudência do TC português, in Patrícia Jerónimo (Coord.), **Temas de investigação em direitos humanos para o século XXI**, Edição comemorativa do 10º aniversário do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade do Minho, Graficamares, Braga, 2016.



lei portuguesa continuou a prever o prazo de um ano para que os cidadãos europeus residentes em Portugal e suas famílias possam fazê-lo. Mas quanto aos nacionais de países terceiros o prazo de três anos foi igualmente declarado inconstitucional – e em resultado disto, os cidadãos europeus são onerados comparativamente aos restantes estrangeiros residentes em Portugal! Pese embora consciente da incoerência que estaria a provocar à luz do princípio da igualdade e não discriminação,³⁴ o Tribunal Constitucional escudou-se no entendimento de que “eventuais incongruências sistémicas, do ponto de vista valorativo, que eventualmente resultem da manutenção em vigor da norma,” teriam de ser resolvidas em sede própria, pois o Tribunal estava adstrito ao pedido formulado pela requerente naquele processo.³⁵

Na sequência dos acórdãos do Tribunal Constitucional sobre o rendimento social de inserção a Direção-Geral da Segurança Social apresentou um projeto de alteração do diploma em causa – que não teve continuidade por falta de decisão política. Entretanto, a mesma Direção-Geral emitiu duas circulares de orientação técnica sobre o assunto, a fim de clarificar o regime a aplicar, das quais resulta que *i*) aos cidadãos portugueses não é exigido qualquer período de residência legal, *ii*) aos cidadãos da União Europeia é exigido um ano de residência legal, *iii*) aos nacionais de países terceiros é igualmente exigido um ano para o efeito. Ou seja, o Estado português, no exercício de funções administrativas, tentou emendar o problema que o Tribunal Constitucional criou – valha-nos a vinculação das administrações públicas nacionais ao direito da União Europeia! –, procurando minimizar o ónus que recaía sobre os cidadãos europeus, pelo menos comparativamente aos nacionais de países terceiros. Ora, impunha-se ao Tribunal Constitucional, enquanto tribunal funcionalmente europeu que também é, ter garantido o efeito útil das disposições europeias, acautelando que os nacionais de países terceiros não beneficiariam de um prazo inferior àquele imposto aos cidadãos europeus. Em vez disso, escudou-se no argumento do pedido da requerente, de consistência duvidosa à luz dos desenvolvimentos do princípio da lealdade europeia [artigo 4º, nº 3, do Tratado da União Europeia (TUE)], máxime das concretas obrigações que impendem sobre os órgãos jurisdicionais nacionais.

34 Cfr. acórdão (Tribunal Constitucional português) nº 296/2015, nº 1057/14, considerando 15: «Nesse sentido, deporia o princípio constitucional da equiparação, contido no artigo 15º da CRP. Este princípio adquire, aliás, especial relevância no que respeita a estas categorias de cidadãos, tendo em conta que vigoram, no quadro do direito da União, os princípios da não discriminação em razão da nacionalidade e do tratamento nacional, e que o artigo 34, nº 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia prevê expressamente que “todas as pessoas que residam e se desloquem legalmente no interior da União têm direito às prestações de segurança social e às regalias sociais nos termos do direito da União e das legislações e práticas nacionais”. Conjugada com o disposto no artigo 45, nº 1, da mesma Carta, nos termos do qual “qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros”, torna-se evidente que esta categoria de cidadãos estrangeiros goza de um estatuto especial, tendencialmente equivalente ao dos cidadãos nacionais, tendo em conta o quadro jurídico-constitucional e o direito primário da União Europeia.»

35 Idem.



3 DEMOCRACIA FORMAL VERSUS DEMOCRACIA MATERIAL

Tudo isso nos conduz a um problema porventura mais espinhoso que é aquele da sobrevivência da democracia em tempos de austeridade e desalento. Como escreveu Paulo Rangel há tempos, porventura o grande problema do direito constitucional atual – e muito especialmente do direito constitucional da União Europeia – anda às voltas das concepções de democracia. Por um lado, a democracia substancial/material, associada a uma visão de democracia como *rule of law*, segundo a qual não importa tanto quem faz as leis mas o que elas prevêm, pois o que importa é a garantia substancial de certos valores, designadamente os direitos subjetivos. E, por outro lado, a democracia formal/processual/deliberativa, associada às teses da supremacia do voto popular e do parlamento, para a qual são as maiorias e seus representantes quem têm de decidir como responder às questões valorativas que se lhes colocam, limitando-se o papel dos tribunais a assegurar que a vontade coletiva afirmada pela maioria é efetivamente seguida. Ora, neste permanente diálogo e equilíbrio de forças entre democracia de direitos e democracia de processos, os tribunais sempre integraram a primeira, corrigindo o legislativo e o executivo ou a vontade majoritária que, em princípio, ambos transportam. Ou seja, os tribunais sempre se destinaram a garantir a prevalência dos direitos mesmo contra a afirmação majoritária. E é por isso que o seu papel se torna tão relevante diante do crescente desajustamento entre as circunscrições eleitorais onde votamos, por um lado, e os espaços nos quais se produzem as decisões que efetivamente nos afetam, por outro.³⁶ Eis o processo de desterritorialização do poder teorizado por Gustavo Zagrebelsky.³⁷ Num contexto em que o voto ou a vontade da maioria dos cidadãos de um território já não tem a mesma incidência nos processos decisórios como dantes, o papel dos tribunais na defesa dos direitos fundamentais se torna indispensável. Como bem ilustram os recentes contributos da filosofia política contemporânea, o entendimento de democracia tem-se vindo a alargar consideravelmente, ao ponto de a democracia já não ser apenas vista enquanto uma “reivindicação de votação pública”, mas nos termos daquilo a que John Rawls reconhece como o “exercício da razão pública”.³⁸

E por que razão os exemplos que enunciámos em I e II são preocupantes? Porque as fragilidades ou o falhanço da dimensão material da democracia – aquela que se prende com a proteção de direitos fundamentais – tem acarretado fenómenos com *Brexit*, *Trump* e populismos de toda a sorte. Talvez a principal questão neste contexto seria perscrutar até que ponto a dimensão material da democracia pode ser afetada

36 Sobre o tema cfr. Paulo Rangel, **O estado do Estado. Ensaios de política constitucional sobre justiça e democracia**, cit., p.23-37.

37 Sobre o tema cfr. Gustavo Zagrebelsky, **Il diritto mite**, Torino, Einaudi, 1992.

38 Sobre o tema cfr. Amartya Sen, **A ideia de justiça**, Almedina, Coimbra, 2012, p. 429; Alessandra Silveira, “Comunidade política europeia e razão pública: da crise do euro à crise do véu, o mundo de ontem?”, in Hélio Pinheiro Pinto (Coord.), **Constituição, Direitos Fundamentais e Política: Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**, Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas, Ed. Forum, Maceió, 2016.



sem que a democracia se descaracterize, sem que se converta noutra coisa. Até que ponto a retração de direitos fundamentais (sobretudo sociais) é democraticamente suportável? Quais os limites intransponíveis? E seriam, em essência, limites jurídico-constitucionais? E além disso, judicializáveis? A proibição do retrocesso social, como vimos, não foi um critério operativo judicialmente útil para os tribunais europeus no tratamento da questão. Então, que oportunidades a teoria constitucional pode oferecer à gestão da crise? O que resta da constituição depois da globalização?³⁹ Como explica Danilo Zolo, por décadas foi sustentado que a democracia permitia o desenvolvimento do *welfare state*. Mas o momento que estamos a atravessar nos leva a questionar se não seria o contrário. Ou seja, a democracia é a garantia da manutenção do estado de bem-estar social ou, ao contrário, somente se mantidas as dimensões básicas da socialidade a democracia mantém-se? Conhecemos, certamente, muitos exemplos de *welfare* sem democracia. Mas as inquietações levantadas neste texto só fazem sentido, como explica Amartya Sen, a partir do reconhecimento de que as liberdades políticas e os direitos democráticos são componentes construtivas do desenvolvimento e bem-estar social – e que o desenvolvimento só faz sentido se centrado nas vidas humanas e na liberdade que é capaz de lhes trazer.⁴⁰ Não é por acaso que na base das democracias modernas estão as declarações de direitos do homem e do cidadão – desconhecidas da democracia dos antigos. Se há um elemento determinante para o juízo positivo da democracia dos modernos é certamente o reconhecimento dos direitos humanos/fundamentais e a ideia de igualdade que os fundamenta.⁴¹

Todavia, os recentes momentos eleitorais têm revelado que a liberdade não é um bem tão acarinhado e precioso quanto seria suposto – por muito que isto nos custe, enquanto herdeiros do legado das revoluções liberais. Em nome de alguma promessa de segurança e bem-estar económico os eleitores têm abdicado inadvertidamente da liberdade. Numa obra intitulada *Sulla paura*, Danilo Zolo explica que o sistema político teria como função essencial aquela da redução (possível) do medo, através da regulação dos riscos sociais.⁴² Ou seja, nos dias que correm, à política cumpriria a função de mediação dos conflitos sociais e garantia da segurança. O medo, explica Zolo, seria a pulsão fundamental do *homo sapiens*, porque este foi exposto, desde sempre, a sofrer de fome, sede, frio, doenças contagiosas, mutilações, dores incontroláveis. A espiral do medo é o símbolo da condição humana – o homem pertence ao medo e o medo pertence ao homem. Mas se quisermos atualizar o discurso, podemos nos ocupar das incertezas e ameaças da vida nos dias que correm – e aqui fazem sentido as conexões entre a globalização e o medo,

39 Cfr. J. J. Gomes Canotilho, “Da Constituição dirigente à jurisprudência dirigente”, *cit.*, p.549.

40 Cfr. Amartya Sen, **A ideia de justiça**, *cit.*, p. 457.

41 Sobre o tema da democracia dos antigos *versus* democracia dos modernos cfr. Norberto Bobbio, *Liberalismo e democracia*, Editora Brasiliense, São Paulo, 1988; Norberto Bobbio, **Il futuro della democrazia**, Einaudi, Torino, 1995.

42 Cfr. Danilo Zolo, **Sulla paura. Fragilità, aggressività, potere**, Feltrinelli, Milano, 2011.



entre o terrorismo e o medo. E por isso a segurança de todo o tipo – desde aquela que se prende com a integridade física até a segurança social – corresponde a um valor essencial da democracia e da própria dignidade humana. E o poder político será tão mais eficaz quanto maior a sua capacidade de reduzir o medo. Não há aqui qualquer apologia a uma deriva securitária, mas sim a recondução do valor da segurança, enquanto redução possível da incerteza, a axioma antropológico – eis o grande desafio com que estamos confrontados. Isto releva para a democracia porque o poder e o medo estão em estreita relação: incutir medo é a mais eficaz estratégia repressiva e opressiva à disposição do poder. E para ilustrar a situação de risco da democracia, Zolo recorre àquilo a que chama “o modelo Singapura”. Graças a uma elevada eficiência tecnológica, Singapura conseguiu a difusão do bem-estar e um crescimento espetacular – os serviços públicos são excelentes, o desemprego é praticamente inexistente, o nível de escolarização é surpreendente – e tudo independentemente de qualquer ideologia política ou discussão pública. E qual o custo disso? Um sistema de total vigilância da população: não se pode fumar, mascar chicletes ou cuspir em público – o que nos permite concluir que o conformismo e o silêncio político podem produzir tanto consenso quanto o debate público e a participação cidadã.

Vai daí a preocupação de Danilo Zolo com a redução do medo por via do sistema político democrático, sob pena de sucumbirmos ao modelo Singapura que o desencanto com a globalização ameaça difundir pelo Ocidente. Não há nada mais perigoso para a democracia que o aproveitamento do medo. Infelizmente, a Europa não está livre de uma erupção de bestialidade coletiva. A sua cultura e civilização, como explicava Freud, são como uma fina camada sempre em risco de ser perfurada, a qualquer momento, pelas forças destrutivas do mundo subterrâneo.⁴³ Por isso há alguns anos, em jeito de provocação, o ex-juiz português no TJUE, J. Cunha Rodrigues, desafiava os tribunais, apelando às suas responsabilidades: “Continuarão as jurisdições, em particular as da União Europeia, a aceitar o mandato do legislador de integrarem, com sentido de progresso, um direito pouco entretido, por insuficiência de consenso ou por confiança na via pretoriana? Ou serão sensíveis ao ar do tempo, fazendo reverter o sentido da jurisprudência, nomeadamente por meio de cláusulas de emergência ou da suspensão do princípio de não retrocesso social?”⁴⁴ A partir deste mote, o desafio do presente texto foi tentar desvendar, à luz da jurisprudência sobre direitos fundamentais sociais que hoje conhecemos, a direção tomada pelos tribunais europeus em tempo de crise. Não é propriamente auspicioso o diagnóstico, pois a fase de transição que toda crise implica é sempre marcada por inúmeros equívocos e desordens. Mas é duvidoso afirmar que, em tais circunstâncias, os tribunais estariam em condições de fazer mais pelos direitos fundamentais sociais

43 Cfr. Stefan Zweig. **O mundo de ontem: recordações de um europeu**. Assírio & Alvim, Porto, 2014, p. 22.

44 Cfr. Cunha Rodrigues, “Sobre a abundância de direitos em tempo de crise”, in **Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal**, ano 5, nº 3, 2012, p. 22.



sem comprometer o delicado equilíbrio de forças em que assenta as suas funções, ou sem substituir-se e/ou invadir a esfera de atuação do poder político em nome da tutela de direitos constitucionalmente reconhecidos, pois os tribunais não estariam suficientemente apetrechados para tal efeito. É, porventura, ocasião de retornarmos ao princípio...e no princípio era o verbo, a linguagem, a política. Nos tempos confusos em que nos é dado viver, cumpre recordar que sem os valores da liberdade e da democracia que são os seus, sem a sua origem e dignidade cultural, a Europa – como dizia Ulrich Beck – não é nada...⁴⁵



45 Cfr. Ulrich Beck. **A Europa alemã. De Maquiavel a “Merkievel”: estratégias de poder na crise do euro.** Edições 70, Lisboa, 2013, p. 38.

O DIREITO HUMANO AO MEIO AMBIENTE EM TEMPOS DE
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL:
DO SONHO DE PARIS AO PESADELO DE MARIANA¹

Alexandre Coutinho Pagliarini²

Mário Lúcio Quintão Soares³

1 INTRODUÇÃO

No fatídico 5 de novembro de 2015, a região de Mariana, em Minas Gerais, tornou-se cenário do maior desastre ambiental da história do Brasil. No cair da tarde daquele dia, a barragem de Fundão, da mineradora Samarco, subsidiária da Vale e da empresa australiana BHP Billiton,⁴ se rompeu, provocando o vazamento de 62 milhões de metros cúbicos de lama de rejeitos de minério.⁵ No dia seguinte – e isso causa espanto e revolta! – o governador de Minas Gerais, Fernando Pimentel (PT), levado em helicóptero da Samarco para a sede desta, concedia entrevista coletiva tentando minimizar o ocorrido.

O mar de lama tóxica deixou um rastro de 19 pessoas mortas, entre moradores e funcionários da mineradora, destruiu milhares de imóveis, desabrigou uma multidão de pessoas, aniquilou o Rio Doce e causou danos ambientais que, além das Gerais, se estenderam aos estados do Espírito Santo e da Bahia.

-
- 1 Este artigo é dedicado à professora **Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha**, eminente ministra do Superior Tribunal Militar (STM) e organizadora do IV Congresso Internacional de Direito da Lusofonia.
 - 2 Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professor Titular do Mestrado e da Graduação em Direito da UNINTER (Curitiba-PR). Editor-Chefe da Revista *IUS GENTIUM* (ISSN 2237-4965). Autor das Editoras Saraiva, Forense, Fórum, Lumen Juris e GZ. Diretor de Relações Internacionais do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). Tradutor francês-português-francês e inglês-português-inglês. Advogado. *E-mail*: alexandrepagliarini@terra.com.br / Currículo: <http://lattes.cnpq.br/1618544193350080>
 - 3 Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG. Professor de Teoria do Estado, Direito Constitucional, Direito Internacional, Direito da União Europeia e TGDP nos cursos de Doutorado, Mestrado e Bacharelado da Faculdade Mineira de Direito da PUC/MG. Membro do Colegiado de Coordenação Didática da Pós-graduação em Direito da PUC/MG. Presidente do Centro de Estudos de Direito Público. Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/MG. Conselheiro Seccional da OAB/MG. *E-mail*: mlquintao@yahoo.com.br / Currículo: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4721825T7>
 - 4 A Samarco, uma das maiores empresas exportadoras do Brasil, respondia por 2% da produção mundial de pelotas.
 - 5 Equivalentes a dez lagoas Rodrigo de Freitas



Serão necessários anos ou possivelmente décadas para a recuperação da bacia do Rio Doce. A fauna e a flora deste rio ficaram ainda mais vulneráveis. Os ecossistemas e espécies vinculados à bacia estão simplesmente ameaçados de extinção.⁶

A Samarco Mineração S.A., Vale S.A. e BHP Billiton Brasil Ltda demonstram-se como responsáveis civil, penal e administrativamente pelo ocorrido,⁷ o que não isenta de suas próprias responsabilidades os órgãos de meio ambiente (IBAMA e SEMAD/MG) e de fomento à mineração (DNPM), as entidades licenciadoras e fiscalizadoras da atividade mineral.

O art. 225, § 2º, da Constituição vigente preconiza a obrigação da recuperação ambiental das áreas afetadas pela mineração, devido a esta atividade ser bastante prejudicial ao meio ambiente, tanto pela destruição dos habitats da fauna e da flora, tanto quanto, pela poluição gerada pelo uso de produtos químicos para a extração de minerais.

De forma adequada, o art. 225, § 3º, da atual Constituição não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação.⁸

6 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional Ambiental Português: tentativa de compreensão dos 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: A responsabilidade civil por dano ambiental e o caso Samarco: desafios à luz do paradigma da sociedade de risco e da complexidade ambiental. LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

7 Acusados pelos crimes de inundação, desabamento e lesões corporais graves, todos com dolo eventual, previstos pelo Código Penal. Responderão ainda por nove tipos de crimes contra o meio ambiente, que envolvem crimes contra a fauna, a flora, crime de poluição, o ordenamento urbano e patrimônio cultural. Samarco e Vale ainda são acusadas de três crimes contra a administração ambiental. No total, as três empresas, juntas, deverão responder por 12 tipos de crimes ambientais.

8 As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. Condicionar a aplicação do art. 225, § 3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar à responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal



Passados um ano e cinco meses da tragédia, a Samarco tenta se soerguer e voltar a funcionar. As pessoas, responsabilizadas pela tragédia, devidamente processadas,⁹ mediante o devido processo legal, aguardam julgamento, em liberdade.¹⁰

2 A QUESTÃO AMBIENTAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Em 1972, a Conferência sobre Meio Ambiente, promovida pela ONU, em Estocolmo, aprovou 23 princípios que demonstram a preocupação com o seu desenvolvimento, constituindo-se em uma importante fonte de direito ambiental, sobretudo, destacando os primados do meio ambiente como direitos humanos, introdução ao desenvolvimento sustentável, proteção da biodiversidade e luta contra a poluição.

A Constituição de 1988 inovou ao dedicar no seu Título VII – Da Ordem Social, um capítulo específico, o VI, composto por único artigo, o Art. 225, que trata do meio ambiente em sociedade democrática.¹¹

Este capítulo traz consigo normas direcionais das políticas ambientais, ao propiciar diretrizes de preservação e de proteção aos recursos naturais, fauna e flora, assim como, entre outras medidas, regras de promoção da educação ambiental e a obrigatoriedade do estudo prévio de impacto ambiental.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. [RE 548.181, rel. Min. Rosa Weber, j. 6-8-2013, 1ª T, DJE de 30-10-2014.]

9 As principais funções institucionais do Ministério Público estão definidas no art. 129 da CF: titularidade da ação penal, da ação direta de inconstitucionalidade genérica e interventiva, dentre outras. No tratamento constitucional do meio ambiente, destaca-se a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, conforme o Inc. III do referido artigo.

10 O Ministério Público Federal, em face do rompimento da barragem de Fundão, formulou denúncia contra 21 pessoas por homicídio qualificado com dolo eventual e por crimes ambientais, em decorrência de morte de 19 pessoas ocorridas na tragédia. Entre os denunciados estão o ex-presidente da Samarco, Ricardo Vescovi de Aragão; o diretor de Operações e Infraestrutura, Kleber Luiz de Mendonça Terra; três gerentes operacionais da Samarco; onze integrantes do Conselho de Administração da Samarco; e cinco representantes da Vale e BHP Billiton, na governança da Samarco. O Ministério Público Federal pediu reparação dos danos causados às vítimas. O valor deverá ser apurado durante a instrução processual e arbitrado pela Justiça.

11 SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. São Paulo: Atlas, 2014:22.



I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.



Partindo-se da premissa que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito-dever, via de consequência, os cidadãos são concomitantemente titulares desse direito,¹² pelo que têm o dever de preservá-lo.¹³

Ou seja, o texto constitucional brasileiro recepcionou o conceito e a práxis da “sociedade de risco”, para designar a sociedade pós-industrial, em que consequências incertas e indesejadas se transformam em forças dominantes na história e nela própria e a produção de riqueza é sistematicamente acompanhada da produção social de riscos, peculiares às ações predatórias das minerações brasileiras.¹⁴

A tragédia ocorrida em Mariana, com repercussões perversas em diversos ecossistemas da bacia do Rio Doce, é exemplo de risco abstrato, típico da sociedade de risco.

Em termos da responsabilidade civil em face do meio ambiente, deve-se recorrer no caso em comento ao Código Civil, no sentido de que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”¹⁵

A Política Nacional do Meio Ambiente¹⁶ encaminhou-se nessa linha de reflexão, ao tipificar a responsabilidade objetiva, fundamentada no risco da atividade, nos seguintes termos:

12 O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. [MS 22.164, rel. Min. Celso de Mello, j. 30-10-1995, P, *DJ* de 17-11-1995.]

13 São amplas as possibilidades de se defender que todas as formas de vida são seus titulares.

14 BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Tradução de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002, p. 22.

15 Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade, que pode ser definida, no campo jurídico, como um dever jurídico sucessivo, surgido para recompor o dano provocado pela violação de um dever jurídico originário. (DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 1, p.1).

16 Lei nº 6.938/81.



Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Como o dano ao meio ambiente revela-se devastador, ao afetar florestas, espécimes e todo ecossistema, deve-se aplicar a teoria do risco integral,¹⁷ por se constituir fundamento primário da responsabilidade civil encampado pelo microsistema de responsabilização por danos ambientais.

Em março de 2014, o STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.374.284/MG, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C), em que se discutia caso de dano ambiental decorrente do rompimento de barragem, sedimentou o entendimento firmado no julgamento do Recurso Especial nº 1.114.398/PR, em 2012, no sentido de que a responsabilidade civil por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, razão pela qual as condições excludentes de responsabilidade civil não podem ser invocadas para afastar o dever reparatório.

Há, contudo, um eficaz instrumento processual de proteção ambiental, além da ação civil pública: a ação popular,¹⁸ a qual poderá ser impetrada por qualquer cidadão, visando anular ato lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, e que, salvo comprovada má-fé, o autor ficará isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

3 A TRAGÉDIA EM SI

Na ação penal, protocolizada pelo Ministério Público Federal, elaborou-se um histórico de todos os problemas ocorridos na barragem de Fundão e da omissão dos denunciados em relação à tomada de decisões desde o licenciamento do empreendimento.

Barragem como as da Samarco são de risco constante. São construídas aproveitando-se o vale e as montanhas que a formam como paredes. A sua frente é fechada com o próprio rejeito, mais sólido e granulado, que retém a parte mais líquida e fina. Segundo a denúncia, mesmo conscientes de todos os riscos envolvidos na

17 “A responsabilidade objetiva, calcada na teoria do risco, é uma imputação atribuída por lei a determinadas pessoas para ressarcirem os danos provocados por atividades exercidas no seu interesse e sob seu controle, sem que se proceda a qualquer indagação sobre o elemento subjetivo da conduta do agente ou de seus prepostos, bastando a relação de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a situação de risco criada pelo agente” (REsp 1.179.342-GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 27/5/2014).

18 Inserida no Título II da Constituição, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, no Art. 5º, LXXIII.



construção e na operação da barragem, “os denunciados optaram por uma política empresarial de priorização de resultados econômicos em detrimento de práticas de segurança para o meio ambiente e para as pessoas potencialmente afetadas, assumindo todos os riscos da causação das mortes”.

Para o Ministério Público Federal, as investigações mostraram que os denunciados sabiam dos riscos de rompimento da barragem e, em vez de paralisar seu funcionamento, continuaram operando-a de forma irresponsável:

De acordo com os depoimentos prestados percebemos que a segurança sempre esteve em segundo plano. O aumento da produção da Samarco procurou compensar a queda do valor do minério de modo a não só se manter, mas também a aumentar o lucro e os dividendos das suas acionistas Vale e BHP. Isso quando deveria ter adotado medidas para promover a segurança da barragem que pedia socorro e dava sinais de que romperia.

Além disso, a ação mostra que não foi dada a devida importância às comunidades situadas a jusante e que as decisões tomadas pelos acusados foram inconsequentes até mesmo com os funcionários da Samarco.

A empresa mineradora não ofereceu treinamento adequado aos seus empregados e aos membros da comunidade com relação a situações críticas. Também não possuía, para casos de emergência, sirenes ou avisos luminosos.

Nas cidades onde estão instaladas mineradoras, geralmente há sirenes de emergência para alertar a população, em caso de algum acidente. No caso de Bento Rodrigues, distrito próximo à barragem e devastado pela lama, não havia esse sistema de emergência.

Segundo a própria Samarco, o seu plano de contingência foi tão somente entrar em contato com os líderes comunitários, alertando para a tragédia.

Grandes barragens devem ser monitoradas, em tempo integral, através de sensores para identificar pressões ou deformações. Inspeções visuais devem ser realizadas para identificar trincas, infiltrações e crescimento de vegetação.

A Samarco não informa se fazia monitoramento nem se percebeu sinais de falha da barragem do Fundão.

Não obstante, a mineração afirmar-se necessária para o desenvolvimento econômico, por prover matéria-prima para a indústria em geral, a punição aos responsáveis pela tragédia anunciada possui uma função pedagógica e inibe outras fraudes ao sistema de fiscalização estatal.

A Samarco Mineração S.A., Vale S.A. e BHP Billiton Brasil Ltda. devem, portanto, ser responsabilizadas, juntamente com seus dirigentes, pelos danos sociais e ambientais decorrentes do rompimento das suas barragens, aplicando-se o



arcabouço jurídico pátrio sobre a responsabilidade civil ambiental, que prescinde da presença de culpa.

Percebe-se, mesmo com a morosidade burocrática do Judiciário brasileiro, está sendo, ainda, determinada a responsabilização civil dessas empresas e de seus dirigentes, pela recuperação dos danos ambientais e sociais em questão.

Em consonância com a Política Nacional de Meio Ambiente, quem assume - direta ou indiretamente - o risco de desenvolver uma determinada atividade, deve responsabilizar-se pelas consequências dela decorrentes, independentemente da licitude da conduta.

4 O DIREITO AMBIENTAL COMO DIREITO HUMANO INTERNACIONAL

Após a confecção do relatório “Nosso futuro comum” (*Our Common Future*) ou “Relatório de Brundtland”, de 1987 (ONU), pela primeira-ministra norueguesa Gro Harlem Brundtland, definiu-se o conceito mundial de “desenvolvimento sustentável”, inclusive adotado pela Constituição Brasileira de 1988 em seu art. 225. Firmou-se então como sendo “desenvolvimento sustentável” o *desenvolvimento que satisfaz as necessidades da presente geração sem o comprometimento das necessidades das gerações futuras*.

De fato, a expressão *desenvolvimento sustentável* (DS) tem se pautado no tripé que representa a conjugação de *desenvolvimento econômico* (DE) com *equidade social* (ES) e com proteção ambiental (PA); logo: $DS = DE + ES + PA$.

Aqui afirmo supletivamente que só se pode conceber a ideia de desenvolvimento sustentável mediante prévio e concomitante respeito aos direitos humanos; é o que tem inspirado a comunidade jurídica ocidental (tanto nas Constituições quanto no Direito Internacional Público Humanitário)¹⁹ após as discussões e estudos partidos do Relatório de Brundtland e a doutrina que se solidificou, de modo que o novo paradigma do Desenvolvimento Humano Sustentável (DHS) surgiu como contraposição àquele conceito isolado de *desenvolvimento enquanto sinônimo exclusivamente de crescimento econômico*. O DHS é um conceito amplo, multidimensional e interrelacional que abrange meios e fins tais como: justiça social e desenvolvimento econômico; bens materiais e o bem-estar humano; investimento social e o empoderamento (*empowerment*) das pessoas; atendimento das necessidades básicas e estabelecimento de redes de segurança; sustentabilidade ambiental para as gerações atuais e futuras; e a garantia dos direitos humanos — civis, políticos, sociais, econômicos e ambientais. Dentre as medidas utilizadas pela ONU para mensurar o DHS, encontram-se o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) e o IDH Municipal (IDHM), o Índice de Pobreza Humana (IPH), o Índice de Desenvolvimento Humano ajustado por Gênero (IDG) e a Medida de Empoderamento de Gênero (MEG). Os

¹⁹ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. **Direito constitucional internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.



Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) vêm complementar o paradigma, ao oferecer uma agenda social integrada para sua execução num horizonte temporal identificado, e com o acompanhamento da performance dos governos ao longo do processo.

Ficam então nestes breves parágrafos inter-relacionados desenvolvimento e direitos humanos.²⁰

5 CONCLUSÕES

A dimensão do dano socioambiental causado pela Mineradora Samarco, em Mariana, é uma amostra perversa da sociedade de risco, consoante ilações de Ulrich Beck.

Nessa sociedade, o risco deixou de ser previsível e mensurável, passando a designar a probabilidade de ocorrência de uma verdadeira catástrofe ambiental com efeitos, em geral, coletivos e de grande magnitude.

A Samarco Mineração S.A., Vale S.A. e BHP Billiton Brasil deverão arcar com pesados custos para reparar os danos ambientais e sociais que geraram. É necessário, no entanto, repensar o modelo de negócios e os processos produtivos de todo o setor de mineração brasileiro.

Se ainda dependemos da extração de minério para produzir bens necessários, uma empresa realmente responsável deve investir em pesquisa para extrair cada vez menos recursos naturais, eliminar processos que geram rejeitos e não se acomodar na mera melhoria contínua de modelos insustentáveis.

A tragédia de Mariana revela que os padrões atuais da responsabilidade social corporativa não são suficientes para proteger a sociedade. Em sociedade democrática, carecemos de negócios que tenham processos e modelos que impliquem impacto positivo, regenerem a natureza e compartilhem o valor produzido.

REFERÊNCIAS²¹

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Tradução de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002:22.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional Ambiental Português**:

20 PFERSMANN, Otto. **Positivismo Jurídico e justiça constitucional no século XXI**. Tradução e Coordenação: Alexandre Coutinho Pagliarini. Prefácio: Jorge Miranda. Apresentação: Francisco Rezek. São Paulo: Saraiva/IDP, 2014.

21 Todos os livros indicados ao final, na bibliografia referencial, são os marcos teóricos que vêm influenciando o pensamento dos autores do presente texto. Alguns mereceram expressa citação. Outros, apesar de não terem sido citados, continuam a servir como fundamentos doutrinários indispensáveis ao que aqui se defende e denuncia.



tentativa de compreensão dos 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: A responsabilidade civil por dano ambiental e o caso Samarco: desafios à luz do paradigma da sociedade de risco e da complexidade ambiental. LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. 1:1.

FRANCISCO (Papa). **Laudato si' – Louvado sejas: sobre o cuidado da Casa Comum**. São Paulo: Paulus/Loyola, 2015.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolo** – O que a globalização está fazendo de nós. Rio de Janeiro: Editora Record, 2007.

MACHADO, Jónatas, E. M. **Direito internacional do paradigma clássico ao pós-11 de setembro**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público**. Cascais: Principia, 2002.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Direito constitucional internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

PELLET, Alain; et al. **Droit international public**. 8. ed. Paris: LGDJ, 2009.

PFERSMANN, Otto. **Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI**. Tradução e Coordenação: Alexandre Coutinho Pagliarini. Prefácio: Jorge Miranda. Apresentação: Francisco Rezek. São Paulo: Saraiva/IDP, 2014.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. São Paulo: Atlas, 2014.

ŽIŽEK, Slavoj. **Violência**. Trad. Miguel Serras Pereira. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014.



NEOCONSTITUCIONALISMO, DIREITOS HUMANOS E POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENÇÃO ÀS DROGAS NAS FORÇAS ARMADAS

Alexandre Reis de Carvalho¹

Rebecca Aguiar Eufrosino da Silva de Carvalho²

1 INTRODUÇÃO

Em recente pesquisa científica descritiva realizada pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União (ENAJUM, 2015) – com a finalidade de conhecer com maior profundidade os crimes militares de maior incidência naquela Justiça, suas principais características e o perfil dos envolvidos – revelou que o número de delitos relativos ao “tráfico ou posse de substâncias entorpecentes ou de efeito similar” (art. 290 do Código Penal Militar) encontra-se entre os 04 mais recorrentes e teve expressiva elevação no período compreendido entre 2002 a 2012. A taxa de crescimento nacional foi da ordem de 18,45% ao ano; enquanto o aumento percentual, nesse período, totalizou 200%. Ao se incluir, nesse estudo, os anos de 2013 e 2014, verifica-se a tendência exponencial desse crescimento, alcançando aumento de 337,5%, nos últimos 12 anos (2003-2014), consoante revelou Stochero (2015).

As maiores incidências desse tipo de delito (tráfico ou posse de substância entorpecente) encontram-se nas organizações militares localizadas nas regiões Sul (35%) e Sudeste (35%) do Brasil. A região Sul e, em especial, os Estados do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina (índices mais altos do país), apresentam tendência de crescimento superior às observadas nas demais regiões.

Um esboço do perfil dos envolvidos nesse tipo de injusto penal revelou que: 99% são homens; 98% são cabos ou soldados; 85% têm no máximo 21 anos; e 52% têm no máximo o ensino fundamental completo.

Além dos já conhecidos malefícios que o tráfico e uso de substância entorpecente ou de efeito similar (drogas)³ podem causar à economia, segurança pública e saúde (pessoal e pública), a referida pesquisa ainda constatou que, em 36% dos casos (ações penais militares), os envolvidos estavam de serviço no momento do crime e, em 20% das ocorrências, os militares estavam armados, no momento do flagrante e apreensão da droga ilícita, o que tem sido motivo de

1 Promotor de Justiça Militar em Curitiba/PR Coordenador do projeto social “Mais que Vencedores”. Diretor-Geral do Instituto Brasileiro de Direito Militar e Humanitário.

2 Advogada Pós-graduada em Direito Militar, Administração Pública e Docência do Ensino Superior.

3 O “Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas” alterou a nomenclatura (desatualizada) “substância entorpecente ou que determine dependência física ou química” para “drogas”.



enorme preocupação para os comandos militares e consequente incremento nas ações fiscalizatórias e repressivas.

No campo jurídico, após a vigência da Lei nº 11.343/2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), houve a despenalização da posse (e condutas congêneres) de drogas para consumo pessoal. Todavia, a ocorrência dessas mesmas condutas (posse de drogas, ainda que de pequena quantidade), em local sujeito à administração militar ou por militar de serviço, configuram crime de natureza militar, consoante consolidada jurisprudência do Superior Tribunal Militar⁴ e Supremo Tribunal Federal.

Portanto, os “institutos despenalizadores” contidos na referida lei geral sobre drogas (Lei nº 11.343/06) não prevalecem sobre as hipóteses configuradoras do crime militar (art. 9º e 290 do Código Penal Militar), uma vez que os bens jurídicos tutelados pela referida norma penal militar extrapolam a incolumidade pública, alcançando e protegendo a hierarquia e disciplina militar, assim como a regular organização, preparo e emprego das Forças Armadas (STF. Órgão Pleno. *Habeas Corpus* nº 103.684/DF).

Em consequência, o militar que for imputado da prática do delito militar de “posse de entorpecente”⁵ estará sujeito à “pena de reclusão, de 01 a 05 anos”; que, independente do *quantum* fixado na pena definitiva, não será convertida em pena restritiva de direito, por ausência de previsão legal e amparo jurisprudencial. Além disso, é comum a autoridade militar promover a desincorporação ou licenciamento do militar como sanção disciplinar.

A partir desse cenário, de contínuo crescimento da prática do delito de “posse de drogas” por jovens militares e consequente responsabilização penal (condenação à pena de reclusão), o presente artigo – caracterizado metodologicamente como qualitativo, de revisão bibliográfica e documental, acerca de “políticas públicas” e seus pressupostos teóricos – analisará o exercício da profissão militar como atividade laboral especial e fará a correlação dos fundamentos da psicodinâmica do trabalho (utilizados no projeto social “Mais que Vencedores”) como ferramenta apta a promover saúde mental, realização dos direitos humanos, prevenção criminal e eficácia na gestão dos profissionais das armas (disciplina, liderança e comando da tropa).

Após, abordará o papel da Justiça Militar, Ministério Público Militar, Ministério da Defesa e Comandos Militares como corresponsáveis pela tutela e difusão dos direitos humanos nas relações jurídico-sociais-castrenses e, consequentemente, como instituições legitimadas a atuar na indução de políticas públicas (setoriais) de

4 STM. “Súmula 14: Tendo vista a especialidade da legislação militar, a Lei nº 11.343 (Lei Antidrogas), de 23 ago. 2006, não se aplica à Justiça Militar da União.”

5 Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001/1969). *Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar*. Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena — reclusão, até cinco anos.



construção e afirmação dos direitos fundamentais, em especial, na prevenção ao crescente uso de drogas por jovens militares.

A seguir, discorrerá acerca de algumas medidas e atividades desenvolvidas pela Procuradoria de Justiça Militar em Curitiba/PR (PJM/Curitiba), como agência parceira na realização de ações resolutivas e de “projeto social (local) de prevenção” ao tráfico, posse e uso de drogas por jovens militares, do efetivo da Escola de Aprendizes-Marinheiros de Santa Catarina (2015 e 2016) e da Base Aérea de Florianópolis (2016), com a participação direta da sociedade civil organizada, em Florianópolis/SC, e de voluntários (colaboradores e apoiadores).

Por fim, apresentará alguns resultados alcançados com essas medidas de cidadania, psicodinâmica do trabalho e prevenção criminal, correlacionando-os com as metodologias e abordagens empregadas, no âmbito castrense, a fim de que possam subsidiar ações resolutivas congêneres e estimular/multiplicar a adoção de políticas públicas sobre drogas de âmbito setorial (Forças Armadas).

2 PROFISSÃO MILITAR COMO ATIVIDADE LABORAL ESPECIAL

2.2 O trabalhador militar

No Brasil, a Constituição Federal e o Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/1980) conferiram aos militares (federais e estaduais) somente parcela dos “direitos fundamentais” dos “trabalhadores” e dos “servidores públicos). Não há normatização jurídica acerca da jornada de trabalho (exceção a algumas atividades técnicas idênticas à da vida civil: p. ex., radiologista, magistério, área de saúde, controlador de tráfego aéreo), trabalho noturno, hora extra, periculosidade etc. Além disso, é expressamente defeso aos militares a sindicalização, representatividade associativa, greve, filiação partidária, manejo do *habeas corpus* para as punições disciplinares e, para os “recrutas”, sequer há o reconhecimento da Suprema Corte à percepção do salário-mínimo.

O serviço militar para as Forças Armadas é obrigatório, pelo período de 01 ano; e, em muitos casos, há a ausência de voluntariedade para ingressar e permanecer nas fileiras militares (art. 142 e 143 da CF/88). Ademais, não há como negar que o trabalho militar, organizado com base na hierarquia e disciplina e em rígida mobilidade hierárquico-funcional, demanda elevado grau de sacrifício (“penosidade”) pessoal e familiar e, ainda, de elevado risco, principalmente, nas unidades de emprego operacional.

Consoante recente estudo elaborado por Barbosa (2016), balizada em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal Militar, a “tutela da hierarquia e disciplina militar” e a interpretação do regime jurídico especial que rege os militares devem ter em destaque o princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente em tempo de paz; sem, contudo, deixar de reconhecer e ponderar que, hodiernamente, a hierarquia e disciplina militar estão constitucionalmente protegidas



e revelam-se como bens jurídicos de interesse social pertencentes à coletividade, uma vez que estão diretamente relacionadas com valores supraestatais, como o regular funcionamento da democracia e dos poderes constituídos, a paz interna, a segurança pública, a defesa nacional e, como *ultima ratio*, a sobrevivência do Estado (SANCHEZ, 2007; RIONDATO, 1998).

Todas essas demandas e valores peculiares do trabalho militar, aliadas à ausência do reconhecimento de maiores direitos sociais do trabalhador (comum) e servidor público, por vezes, causam (ou potencializam) incompreensões, frustrações, sofrimento, distensões relacionais, adoecimento e desvios de condutas, culminando com diminuição da eficiência funcional, faltas disciplinares (punidas com restrição de liberdade) e até vulnerabilidades à prática de ilícitos, o que tem sido objeto de estudo da psicodinâmica do trabalho (militar).

2.2 Psicodinâmica do trabalho militar

A psicodinâmica do trabalho, disciplina que emprega os conhecimentos da psicologia, da psicanálise, da ergonomia e da sociologia do trabalho para investigar as interações entre organização do trabalho e saúde mental, nasceu na França com Christophe Dejours (1992 e 2005) e tem no Brasil, desde a década de 1980, um grande polo de pesquisa e intervenção com as mais diversas categorias profissionais. Para esta disciplina, o trabalho é uma categoria central na constituição da identidade do ser humano, fonte de saúde, prazer e integração com o mundo (MERLO; MENDES, 2009).

2.2.1 Psicodinâmica do risco de dependência química no trabalho militar

Estudos da psicodinâmica do trabalho militar desenvolvidos no Brasil, nas duas últimas décadas, verificaram que o “abuso de drogas” é um fator de risco presente para esta categoria profissional e que aspectos ligados à organização e ao exercício da atividade castrense (caracterizada por forte hierarquia e grande responsabilidade), mais que fatores de ordem individual ou social, podem contribuir para a “busca de compensações” (nos alimentos, no consumismo, no jogo, nas drogas), como recurso para reduzir o sentimento de “impotência” diante da rigidez da organização do trabalho; para reduzir o sentimento de “frustração” em relação às expectativas profissionais e o pouco reconhecimento no trabalho, inclusive no que se refere ao aspecto remuneratório (LIMA, 2010).

De acordo com Mendes (2015), os sentimentos de impotência e de frustração, quando não são enfrentados no início pelo recurso da “mobilização subjetiva”, acabam articulando-se em eixos de sintomas, que começam com a utilização de defesas psíquicas individuais que avançam para o coletivo, chegando ao adoecimento psicossocial como desfecho, que no caso dos militares pode ter consequências disciplinares e criminais.



2.2.2 Psicodinâmica no enfrentamento de riscos no trabalho

As reflexões teóricas a respeito da psicodinâmica do trabalho militar, em especial acerca da organização do trabalho, como possíveis explicações para o aumento do risco para a dependência química permitem também discutir caminhos para a prevenção e enfrentamento desses riscos; nesse processo, os conceitos de “mobilização subjetiva” e de “ressonância simbólica” são centrais.

Mendes (1995) defende que o sofrimento oriundo da rigidez da organização do trabalho pode ser transformado em criatividade através da “ressonância simbólica” e do espaço de discussão (uma das dimensões da “mobilização subjetiva”).

Denomina-se “mobilização subjetiva” o conjunto de recursos psicossociais (constituído por quatro dimensões: inteligência prática, espaço de discussão, cooperação e reconhecimento) que todo trabalhador utiliza para lidar com o “real do trabalho”, enfrentando seus dilemas éticos e sofrimentos, de forma a chegar satisfatoriamente ao alto desempenho, produtividade e prazer que o trabalho e a relação com o coletivo de trabalho devem proporcionar, permitindo a vivência de cooperação, reconhecimento e ressonância simbólica (MENDES; ARAÚJO, 2012).

A “ressonância simbólica” ocorre quando as representações simbólicas individuais são articuladas com as representações sociais (compartilhadas no mundo real do trabalho), permitindo sublimar o sofrimento e vivenciar prazer no trabalho: a “ressonância simbólica” é a reconciliação entre os desejos do inconsciente e os objetivos da produção no trabalho.

Em organizações estruturadas por mobilidade e normas rígidas, o espaço para “ressonância simbólica” é limitado pelas exigências de responsabilidades, separação entre trabalho real e prescrito e também pela hierarquia, que separa a concepção da execução. O espaço de discussão é um recurso, construído pelos próprios trabalhadores, que resgata o espaço para a “ressonância simbólica”, proporcionando momentos em que se partilham experiências de cooperação, confiança e regras comuns de convivência e trabalho, o que resgata e fortalece o sentido de pertencimento.

Na Psicodinâmica do Trabalho (DUARTE, 2014), a circulação da palavra está no centro do processo de construção coletiva de boas relações no trabalho, com base na solidariedade, cooperação, reconhecimento. Ocorre que, ao experimentar o reconhecimento, o trabalhador sente-se aceito, admirado e liberto-motivado para expressar-se livremente: desse modo, o trabalho deixa de ser espaço de alienação e de sofrimento – produzir somente para sobreviver – e volta ao seu papel original de espaço para constituição do sujeito, construção de cidadania e produção com prazer.

Numa perspectiva de garantia dos direitos humanos e trabalho, as reflexões teóricas a respeito da psicodinâmica e organização do trabalho militar, bem como acerca das alterações culturais e comportamentais introduzidas pela Política Nacional sobre Drogas (Lei nº 11.343/2006), em especial para os jovens recém-ingressos nas Forças Armadas, trazem possíveis explicações para a configuração da situação-



problema deste estudo; e, igualmente, permitem abordar o potencial preventivo da utilização de “projetos/ações de mobilização subjetiva” para abertura de espaço de discussão acerca de drogas e cooperação no ambiente de trabalho, visando o enfrentamento do risco de uso e abuso de drogas no âmbito das Forças Armadas.

Essa mesma principiologia tem sido utilizada nos projetos e políticas criminais de “redução do dano” que fixam como requisito da intervenção o reconhecimento do potencial envolvido com drogas, usuário ou dependente, como “sujeito com capacidade de diálogo”, ou seja, dotado dos atributos da “fala” e da “escuta” (CARVALHO, S., 2013).

3 NEOCONSTITUCIONALISMO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS

3.1 Neoconstitucionalismo e afirmação dos Direitos Humanos

O neoconstitucionalismo, uma das grandes expressões do pós-positivismo, aponta a Constituição como **Lei Fundamental**, superando a visão de mera Carta Política. Assim, a Constituição deixa de ser um mero capítulo da Política para, então, que esta (Política) passe a ser um instrumento de realização daquela (Constituição).

O pós-positivismo coloca o constitucionalismo em substituição ao positivismo legalista, com profundas mudanças em alguns parâmetros, entre eles convém destacar:

- a) valores constitucionais no lugar da concepção meramente formal em torno da norma jurídica;
- b) superação da metodologia hermenêutica clássica que pregava a interpretação-subsunção, por um **nova interpretação constitucional** criativa: a **interpretação-concretização**;
- c) **fortalecimento do Judiciário** e dos Tribunais Constitucionais quanto à interpretação e aplicação da Constituição, em substituição à autonomia inquebrantável do legislador; e
- d) desenvolvimento de uma **teoria dos direitos fundamentais** a partir da **dignidade da pessoa humana**.

Por sua vez, o neoconstitucionalismo propõe, assim, superar o paradigma do Direito meramente reprodutor da realidade para um **direito capaz de transformar a sociedade**, nos termos do modelo constitucional pátrio já estabelecidos nos arts. 1º, 3º, 5º e 6º da CF/88. Portanto, o plano da efetivação concreta dos direitos constitucionais, individuais e coletivos é o ponto central para o neoconstitucionalismo.

No dizer da atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Cármen Lúcia: “o pior lugar para se conhecer os problemas de uma sociedade é de dentro



de um gabinete”.⁶ Por isso, o neoconstitucionalismo fomenta a construção de novos modelos explicativos que superem amarras e culturas jurídicas decorrentes da demagogia ou indiferença dos agentes políticos do Estado em relação aos reais problemas sociais.

3.2 Neoconstitucionalismo e Políticas Públicas sobre drogas

A partir desse novo protagonismo da Constituição – como Lei Fundamental e, portanto, fonte jurídica capaz de **orientar a política e concretizar os princípios e objetivos fundamentais** de um Estado – os agentes públicos e instituições, que têm a incumbência da defesa dos direitos fundamentais e do regime democrático, devem ter a autoconsciência de que são, igualmente, responsáveis pela “defesa preventiva da sociedade”, pois essa é a mais genuína forma de tutela jurídica no Estado Democrático de Direito (art. 1º, 3º, 127 e 129, da CF/88).

Assim, por meio da “tutela jurídica preventiva”, poderá ser atacada, diretamente, uma das dimensões das violações aos direitos individuais e coletivos fundamentais: elidindo a prática de ilícitos. Com isso, evitam-se futuros danos e lesões aos bens jurídicos fundamentais, que é objeto da “tutela jurídica repressiva”, mais precisamente a ressarcitória: geralmente, insuficiente para a completa restauração da realidade social deformada pelo ilícito.

Somente a punição criminal, sem a compreensão das causas dessa criminalidade recorrente, por intermédio de estudos e dados estatísticos, não trará as transformações da realidade possíveis e desejáveis. São justamente essas causas sociais que devem ser conhecidas e transformadas com prioridade, por meio de políticas próprias do Poder Público, assim como por ações integradas dos Poderes constituídos e da sociedade.

Em matéria de tutela da multifuncionalidade do direitos fundamentais e políticas públicas sobre drogas, é preciso pensar (e agir) além dos padrões estabelecidos (e do cartesianismo legalista) para encontrar soluções sociais e jurídicas eficazes, mormente quando faltam recursos ou as normas e mecanismos de controle estatais revelam-se pouco eficientes. Ademais, a natureza multifuncional dos direitos fundamentais têm sido o ponto de partida para o desenvolvimento e legitimação de “técnicas de atuação flexibilizadas” para atender as necessidades desses direitos materiais (no caso em concreto), mesmo que não previstas expressamente em lei.

Foi, então, a partir da necessidade de compreender melhor as causas da elevação dos casos judicializados, decorrentes de crimes militares envolvendo drogas, e, em consequência tentar desenvolver medidas e ações de prevenção e redução dessa elevada taxa de incidência criminal, que o presente estudo constatou

6 Entrevista concedida ao programa “Minha Estupidez”, que foi transmitido pelo canal de televisão GNT, em 18 novembro 2016, a partir das 02 horas. Acessado em : 13/12/2013. Disponível em: <<https://www.televideoteca.net/minha-estupidez/ministra-carmen-lucia-403342>>.



– por meio de revisão bibliográfica e no cotidiano jurisdicional – a inexistência de políticas públicas sobre drogas específicas para as Forças Armadas.

E mais, constatou-se que há súmula (nº 14) do Superior Tribunal Militar no sentido de que “Tendo vista a especialidade da legislação militar, a Lei nº 11.343 (Lei Antidrogas), de 23 Ago 06, não se aplica à Justiça Militar da União.” Tal entendimento é corroborado pela jurisprudência do Órgão Pleno do Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que tais entendimentos jurisprudenciais deveriam restringir tão somente os institutos despenalizadores contidos na Lei nº 11.343/2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), e não todo o teor dessa Política Nacional.

3.2.1 Políticas públicas sobre drogas para as Forças Armadas

Em que pese as diversas críticas (PAIVA, 2016; MELO FONTE, 2013) dirigidas contra as atuais Políticas Públicas sobre Drogas (Lei nº 11.343/2006), estas contêm **objetivos** e **princípios** que regem, de forma multidisciplinar, a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção, reinserção e repressão dessa política com ações setoriais do Poder Executivo, Ministério Público e de toda a sociedade.

De acordo com as políticas públicas nacionais sobre drogas, constituem “**atividades de prevenção**: aquelas direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco e para a promoção e o fortalecimento dos fatores de proteção”, que têm como **princípios** e **diretrizes**⁷, entre outros, o reconhecimento do uso indevido de drogas como fator de interferência na qualidade de vida do indivíduo e na sua relação com a comunidade (militar) à qual pertence; **a adoção de estratégias preventivas diferenciadas** e adequadas às especificidades socioculturais das

7 Art. 19. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar os seguintes princípios e diretrizes:

[...]

IV– o compartilhamento de responsabilidades e a colaboração mútua com as instituições do setor privado e com os diversos segmentos sociais, incluindo usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares, por meio do estabelecimento de parcerias;

V – a adoção de estratégias preventivas diferenciadas e adequadas às especificidades socioculturais das diversas populações, bem como das diferentes drogas utilizadas; [...]

VII – o tratamento especial dirigido às parcelas mais vulneráveis da população, levando em consideração as suas necessidades específicas; [...]

IX – o investimento em alternativas esportivas, culturais, artísticas, profissionais, entre outras, como forma de inclusão social e de melhoria da qualidade de vida;

X – o estabelecimento de políticas de formação continuada na área da prevenção do uso indevido de drogas para profissionais de educação nos 3 (três) níveis de ensino;

XI – a implantação de projetos pedagógicos de prevenção do uso indevido de drogas, nas instituições de ensino público e privado, alinhados às Diretrizes Curriculares Nacionais e aos conhecimentos relacionados a drogas; [...].(Lei nº 11.343/2006)



diversas populações, se necessário, por meio do **estabelecimento de parcerias**; assim como a **implantação de projetos pedagógicos de prevenção do uso indevido de drogas** nas instituições de ensino público (civil e militar) e privado.

Tais objetivos e princípios multidisciplinares de prevenção às drogas, com reconhecimento e adoção de medidas de redução do dano como modalidade de atuação, podem e devem ser conhecidos e adotados/adaptados, no que couber, na formação dos chefes e comandantes militares, assim como no cotidiano da rotina laboral castrense, consoante experiências bem-sucedidas ocorridas em Organizações Militares nos estados de Santa Catarina e Paraná, o que será exposto a seguir.

4 DESENVOLVIMENTO E EXECUÇÃO DO PROJETO SOCIAL “MAIS QUE VENCEDORES”

4.1 Situação-problema

Em um contexto de prevalência da prevenção (e “não penalização”) ao uso indevido de drogas na sociedade, estabelecido pela atual política nacional sobre droga (Lei nº 11.343/2006, regulamentada pelo Decreto nº 5.912/2006), o jovem militar traz este dado sócio jurídico como fato e - apesar de inserido em ambiente rico em valores e oportunidades (exercício físico, camaradagem, importância social, trabalho remunerado, aprendizado geral e de atividade específica de segurança e função administrativa, etc.) - acaba trazendo consigo, guardando, fazendo uso e até vendendo drogas em local sujeito à administração militar e/ou quando de serviço: fatos que, na legislação penal militar, são tipificados como crime); e, conseqüentemente, quando descobertos, por ocasião das frequentes revistas inopinadas (corporal, armários e pertences pessoais), esses jovens militares são presos em flagrante delito e indiciados.

Ao longo do primeiro semestre de 2015, os Membros da PJM/Curitiba tiveram a percepção de que a ocorrência de investigações decorrentes do delito previsto no art. 290 do CPM haviam aumentado expressivamente, em especial no Estado de Santa Catarina, o que se confirmou ao término daquele ano.

Dados da justiça militar (STM, 2015), divulgados em meados do segundo semestre de 2015, apontaram que, no período de 2002 a 2012, houve aumento de 200% na incidência de ação penal militar decorrente do tráfico ou porte de drogas; em que 85% dos réus são cabos, soldados e marinheiros, na faixa etária de 18 a 21 anos. Contudo, ao se incluir, nesse estudo, os anos de 2013 e 2014, verificou-se exponencial crescimento, atingindo a taxa de 337,5%, no período de 2003 a 2014, consoante revelou Stochero (2015).

A partir do teor dos interrogatórios e oitivas de testemunhas, ao longo das instruções criminais na Auditoria da 5ª Circunscrição Judiciária Militar (5ª CJM), e, ainda, das entrevistas com os presos, na carceragem das unidades militares, e respectivos comandantes destas, por ocasião da realização das inspeções



carcerárias, verificou-se que, por ocasião da formação básica militar dos recrutas e ao longo da rotina laboral castrense, são realizadas, para todos os Soldados e Cabos, exaustivas medidas de conscientização acerca dos malefícios à saúde e, ainda, da ilicitude dessas condutas (palestras com profissionais da área de saúde, diversas reuniões com comandantes e assessores jurídicos), assim como constantes ações de monitoramento e controle (revistas inopinadas e até atividade de inteligência).

Apesar dessas intensivas ações e medidas de controle formal do Estado, a incidência de crimes militares envolvendo drogas ilícitas continua elevada. E mais, verificou-se, ainda, que vários outros delitos praticados por jovens militares, tais como “furto simples” (de dinheiro, cartão bancário com senha, tênis e celular de colegas de caserna), “furto qualificado” (arma de fogo, notebook, impressora, etc.), “deserção”, “abandono de posto”, “dormir em serviço”, possuíam conexão ou decorriam do uso de drogas, consoante declarado pelos próprios militares (réus).

Diante dessa situação-problema – **ineficiência estatal** na **redução da criminalidade** por jovens militares – o que pode ou deve ser feito? Continuar agindo como instituições integrantes de um Estado de Direito (que se diz Democrático), com atuação “formalistas e demandistas” ou adotar atuação “preventiva e resolutiva”, comprometida com a realidade e necessidades sociais?

A partir de inspeção carcerária realizada na Escola de Aprendizes-Marinheiros de Santa Catarina (EAMSC) – onde se encontrava preso, há 18 meses, um Marinheiro reformado e condenado na Justiça comum pelo delito de tráfico de drogas – surgiu a ideia e necessidade- oportunidade de desenvolver um “projeto social de prevenção ao uso de drogas”, para os militares-alunos daquela EAMSC, que fosse realizado dentro do ambiente de trabalho (quartel) e priorizasse o campo afetivo (“mobilização subjetiva” e “ressonância simbólica”) e a conexão empática-funcional como diferenciais em relação às demais ações e programas já desenvolvidos, as quais tinham como foco principal o campo cognitivo (“informação”): *i. ex.*, instrução militar em auditório (ou sala de aula) ou com a tropa em forma, utilizando técnicas de aula expositiva ou palestra.

4.3 Escopo do projeto

O projeto foi tematicamente batizado de “Mais do que Vencedores”⁸ e teve como propósito conscientizar os jovens militares, com idades entre 18 e 24 anos, sobre os riscos e danos associados ao consumo de drogas (e dependência química) e explorar a transmissão de valores de vida e comportamentais (ética e cidadania).

Ensina Comparato (2006) que os juízos éticos não se aprendem unicamente pelo raciocínio, a sua compreensão exige, sempre, um mínimo de sensibilidade

8 A ideia é que cada Organização Militar adote o nome que seja mais adequado com a sua atividade e abordagem. A EAMSC batizou o projeto de “Navegando com a Assistência Integrada”; a BAFL, de “Voando sem Turbulências”; a Guarnição de Rio Negro/PR, de “Ação Integrada”; entre outras.



emocional, que por sua vez comanda a vontade. Por isso, “juízos éticos não são feitos somente de razão, mas também de indignação e vergonha, de ternura e compaixão.” No mesmo sentido, assevera Sen (2011) que “Direitos Humanos são declarações éticas realmente fortes sobre o que deve ser feito”.

Portanto, um dos diferenciais do projeto – em relação às instruções já realizadas na maioria das unidades militares – foi a abordagem afetivo-humanista, com foco no indivíduo e seu contexto sociocultural, buscando desestimular o uso inicial de álcool, cigarro e outras drogas lícitas e ilícitas. Os resultados esperados com a intervenção buscaram a redução de ilícitos (criminais e disciplinares), melhoria na conexão empática-funcional (pertencimento e valorização) e na eficácia laboral (comprometimento e rendimento escolar) dos jovens militares em formação.

4.3.2 Avaliação do projeto (indicadores)

O projeto foi construído e avaliado a partir dos seguintes indicadores de impacto:

- Melhora no rendimento escolar no curso de formação;
- Redução de alunos em recuperação no curso de formação;
- Redução de comunicação e apuração de transgressões disciplinares;
- Redução de delitos de menor potencial ofensivo (furtos, ofensas, ameaças, vias de fato);
- Valorização das lideranças positivas;
- Fortalecimento do espírito de grupo e do controle social dos pares sobre o indivíduo;
- Metanoia⁹ acerca do uso de drogas lícitas e ilícitas.

4.4 Metodologia de intervenção

As intervenções desenvolvem-se por meio de uma reunião geral, de abertura e/ou conhecimento geral, com a presença e intervenção de todos os atores e destinatários do Projeto na Organização Militar. Sugere-se o planejamento e divulgação da realização de atividade/gincana cultural, com premiação, envolvendo os temas e conteúdos desenvolvidos/trabalhados ao longo das atividades.

As atividades de intervenção, propriamente ditas, ocorrem por meio de reuniões semanais para pequenos grupos (pelotões, turmas de aula, ou grupamento de 30 a 40 pessoas, no máximo); no caso de Florianópolis, conduzidas pelo Diretor-Presidente¹⁰ da ONG Vida Limpa e acompanhadas somente pelos profissionais dos serviços

9 Palavra utilizada com o sentido de “mudança no pensamento ou no sentimento”; ou “mudança do que um indivíduo está vivenciando para um novo modo de viver”.

10 Sr. Sandro Marcos da Silva Santos.



de assistência social (ou correspondente) ou designados: psicóloga, assistente social, assessora jurídica e/ou militar com formação ou experiência em atividades assistenciais ou comunitárias, todos compromissados a manter o sigilo profissional do conteúdo tratado nesses encontros.

Cada reunião tem a duração média de 90 minutos: ambientação (10 min), “exposição dialogada” (50 min) e intervenções dos participantes/espço de discussão (30 min). Iniciava-se com ambientação (atividade de roda ou musicalização) destinada a criar informalidade, conexão e identidade entre todos os participantes da atividade, como indivíduos e grupo de trabalho, proporcionando a operacionalização das dimensões da “mobilização subjetiva”. Todos devem ser orientados a utilizar roupas confortáveis (abrigo/agasalho de educação física) para se sentarem no chão da sala de atividade, comunicarem-se visualmente e se movimentar nas dinâmicas de grupo desenvolvidas.

A seguir, além dos aspectos farmacológicos e efeitos na higidez física e mental do usuário, eram abordados, de forma participativa, “valores de vida” (respeito, verdade, família, dignidade, trabalho), “comportamentos atitudinais” (relacionamentos, contentamento, amizades), assim como testemunhos e relatos de ex-usuários e dependentes químicos e de familiares.

Para tanto, são adotadas muitas técnicas e princípios já utilizados por grupos ou instituições de recuperação e reinserção social de alcoólicos ou dependentes químicos, como AA (alcoólicos anônimos), NA (narcóticos anônimos), clínicas especializadas ou ONG especializadas nessa temática. As abordagens trabalham as dimensões “indivíduo”, “pequeno grupo” e “social” dos participantes, bem como formas de lidar com questões comportamentais e relacionais do passado, presente e futuro (próximo e distante), no que se referem às drogas. Para o campo do Direito e Filosofia, o projeto social aplicou os conceitos de “ética” e “cidadania”, também previstos nos princípios e objetivos que regem o SISNAD.¹¹

O diferencial na realização deste projeto não se traduziu pela forma nem pelos conteúdos dinamizados, que seguem protocolos já consagrados por este tipo de intervenção preventiva de educação em saúde mental. A **inovação da proposta** esteve nas bases teóricas que justificaram que as intervenções fossem realizadas no espaço de trabalho (militar), que se tornou espaço legítimo de fala (espço de discussão) sobre os “sofrimentos”¹² ali vivenciados, legitimando este espaço também como o espaço do uso da inteligência prática, da cooperação e do reconhecimento individual e grupal, nessa temática extralaboral, e ainda o trabalho como espaço de ressignificação do sofrimento, espaço de saúde e de prazer.

11 Art. 4º, incisos III e VIII, e art. 19, incisos IV e V, da Lei 11.343/2006.

12 Todo trabalho representa sofrimento (deixar a família, o conforto do lar, submeter-se a ordens, prazos, metas etc.); por isso, torna-se necessário (e possível) que o trabalho tenha significação (consciente), a fim de que ele (trabalho) possa ser criativo, produtivo e ético, gerando pertencimento e realização, o que, na psicodinâmica do trabalho, denomina-se “sofrimento criativo”.



Os encontros são encerrados de forma simples, com uma mensagem de valorização da vida (ética, saúde e cidadania) e disponibilizando a instituição parceira/atores do projeto para prestar melhores esclarecimentos (divulgação dos contatos), apoio a familiares ou amigos, receber visitas de estudo. Sempre que possível, era proporcionado para que os militares (que desejarem) tivessem tempo para dialogar com o palestrante.

Como dito, o encerramento do projeto social pode ser realizado como atividade cultural (gincana etc.), envolvendo o tema prevenção ao uso de drogas. Além de ser uma grande e divertida forma de confraternização, esse tipo de evento permite a vivência de todas as dimensões da “mobilização subjetiva”. Por exemplo, no ano de 2015, dois jovens militares da EAMSC (Florianópolis/SC) protagonizaram, espontaneamente, um espaço de discussão coletiva para compartilhar suas experiências acerca do sofrimento em relação ao uso de drogas e seus impactos nas suas vidas pessoais e de seus familiares, o que comoveu e edificou a todos, demonstrando que o grupo conseguiu superar, por meio da “fala” e da “ressonância simbólica” (em clara conexão empática-funcional), as barreiras que mantêm separados os mundos subjetivo e coletivo, caminhando para um estado mais saudável de convivência com colegas de profissão, compartilhando e praticando a cooperação e o reconhecimento.

Afinal, de acordo com a psicodinâmica do trabalho (MENDES, 2015), mais que retribuição financeira, reconhecimento é o conjunto de espaços e interações, no ambiente de trabalho, em que o trabalhador se sente aceito, admirado e se expressa livremente, fazendo do trabalho, mais que um fator de sobrevivência, um espaço de construção de cidadania, de prazer e, no caso deste projeto, o reconhecimento mútuo dos investimentos e dificuldades de cada um na prevenção e superação de um problema que coloca em risco a saúde e a carreira de cada jovem militar.

4.5 Discussão e desdobramentos do projeto-piloto

Observou-se que vários indicadores foram alcançados por meio do projeto. Dentre eles, os que mais se destacam são os comportamentais (melhoria do rendimento escolar e diminuição de contravenções disciplinares).

No ano de 2015, houve apenas uma ocorrência do delito capitulado no art. 290 do CPM durante o semestre em que o projeto foi desenvolvido na EAMSC (o Pelotão do militar flagranteado ainda não tinha participado da reunião do projeto com a ONG). No ano de 2016, não houve nenhuma ocorrência entre os alunos da EAMSC. Melhorias semelhantes foram observadas na Base Aérea de Florianópolis (BAFL) e Guarnição Militar de Rio Negro (5º Regimento de Carros de Combate e 11ª Bateria de Artilharia AntiAérea).

No que se refere aos indicadores de percepção subjetiva, os Comandantes de Pelotão e Instrutores declararam que “ficou mais fácil” desenvolver as atividades de formação militar e “conduzir a tropa”.



A avaliação do Comando e profissionais do Núcleo de Assistência Social da EAMSC, ao longo dos anos de 2015 e 2016, foi pela aprovação e replicação do projeto, como parte integrante das atividades curriculares da Escola.

No mesmo sentido, a PJM/Curitiba/PR e os colaboradores têm divulgado os resultados desse projeto para os comandos militares e respectivas assessorias jurídicas, estimulando-os a desenvolverem projetos, programas e ações preventivas semelhantes, em parceria com o Ministério Público Militar e a sociedade civil organizada local, o que já resultou, no ano de 2016, na adesão e ampliação do projeto para 10 organizações militares.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho de revisão propôs-se a relatar o caso concreto da implantação do projeto social “Mais que Vencedores” de prevenção ao uso de drogas para jovens militares, como medida para conter e reduzir o exponencial crescimento do uso ilícito de drogas, em local sujeito à Administração Militar, verificado nos últimos doze anos (2003-2014), nos Estados de Santa Catarina e Paraná.

A questão central do estudo foi rever a bibliografia referente à psicodinâmica do trabalho militar, afirmação dos direitos fundamentais contidos nas políticas públicas sobre drogas e, a partir do fundamentos hermenêuticos do neoconstitucionalismo, do “papel resolutivo” da Justiça Militar, Ministério Público Militar e Comandos Militares, como responsáveis pelo processo de socialização e ressocialização de jovens militares expostos ao risco de uso de drogas, buscando nos fatores jurídicos, sociais e da organização do trabalho as possíveis explicações para tais vulnerabilidades e consequentes formas de enfrentamento do aumento dessas ocorrências no ambiente laboral castrense.

Por fim, verificou-se que o projeto social “Mais que Vencedores”, desenvolvido de acordo com o modelo descrito neste estudo, mostrou-se potencialmente viável, numa perspectiva de concretização (setorial) dos princípios, objetivos e diretrizes da política pública nacional de prevenção ao uso de drogas (por jovens militares), conjugando-se, para tanto, as especificidades das relações jurídico funcionais (hierarquia e disciplina militar) e missão constitucional das Forças Armadas com os conhecimentos da psicodinâmica do trabalho militar e papel resolutivo (preventivo e transformador) dos agentes públicos e instituições que têm a incumbência da defesa dos direitos fundamentais e do regime democrático, no neoconstitucionalismo.

REFERÊNCIAS

- ACEMOGLU, D.; ROBNSON, J. **Por que as nações fracassam:** as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- ALVES, L. B. M.; BOSENVALD, N. (Org.). **Temas atuais do Ministério Público.** 3. ed.



Salvador: JusPODIVM, 2012.

ALMEIDA, G. A. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: FARIAS, C. C.; ALVES, L. B. M.; BOSENVALD, N. (Org.). **Temas atuais do Ministério Público**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

ARRUDA, J. R. **O uso político das Forças Armadas**: e outras questões militares. Rio de Janeiro: Mauad X, 2007.

ASSIS, J. C.; ARPINI, S.; ZANCHET, D. M. **Legitimidade do poder do Ministério Público Militar para a interposição da ação civil pública**. Curitiba: Juruá, 2011.

BARBOSA, R. B. S. A execução da pena no crime de Deserção. In: ASSIS, Jorge César de. (Coord.). **Deserção**: um estudo minucioso sobre o crime por excelência. Curitiba: Juruá, 2016.

BARCELLOS, J. A. P. **As condições e a organização de trabalho dos policiais militares que executam o policiamento ostensivo**: um estudo de caso na Brigada Militar em Porto Alegre/RS. Dissertação – UFRGS, POA, 1999.

CANOTILHO, J. J. GOMES. et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 5. tiragem. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014.

CARVALHO, A. R. **Projeto navegando com a assistência integrada**. Diários de Campo. Curitiba: s.n., 2015.

_____. Apresentação. In: ABREU, J. L. N. **Manual de direito disciplinar militar**. Curitiba: Juruá, 2015.

CARVALHO, S. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, C. L. F. de; GONTIJO, C. R. B.; AMABILE, A. E. de N. (Org.). **Dicionário de políticas públicas**. Barbacena: EdUEMG, 2012.

CHOUKR, F. H. Ministério Público e Políticas Públicas. In: FARIAS, C. C.; ALVES, L. B. M.; e BOSENVALD, N. (Org.). **Temas atuais do Ministério Público**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

COMPARATO, F. K. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DEJOURS, C. **A loucura do trabalho**: estudo da psicopatologia do trabalho. São Paulo: Cortez, 1992.

_____. **O fator humano**. 5. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

DUARTE, F. S. **Dispositivos para a escuta clínica do sofrimento no trabalho**: entre a clínica da cooperação e das patologias. Dissertação – UnB, Brasília, 2014.

FONTE, F. M. **Políticas públicas e direitos fundamentais**: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito. São Paulo: Saraiva, 2013.



FONTES, J. L. Sofrimento psíquico de mulheres militares e suas relações com o poder. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE PSICOPATOLOGIA FUNDAMENTAL, 3., 2008, Niterói.

FONTES, P. G. G. **O controle da administração pelo Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FRISCHEISEN, L. C. F. **Políticas públicas**: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000.

HALPEN, E. E.; FERREIRA, S. M. B.; SILVA FILHO, J. F. Os efeitos das situações de trabalho na construção do alcoolismo de pacientes militares da Marinha do Brasil. **Cad. Psicol. Soc. Trab**, v. 11, n. 2, pp. 273-86, 2008.

JATAHY, C. R. C. 20 anos de Constituição: o novo Ministério Público e suas perspectivas no Estado Democrático de Direito. In: FARIAS, C. C.; ALVES, L. B. M.; BOSENVALD, N. (Org.). **Temas atuais do Ministério Público**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

LIMA, M. E. A. Dependência química e trabalho: uso funcional e disfuncional de drogas nos contextos laborais. **Revista Brasileira Saúde Ocupacional**, v. 35, n. 122, p. 260-268, 2010.

MENDES, A. M. Aspectos psicodinâmicos da relação homem-trabalho: as contribuições de C. Dejours. **Psicologia, ciência e profissão**, n. 1, p. 34-38. 1995.

_____. Psicanálise, trabalho e práticas clínicas. Conferência. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE PSICODINÂMICA E CLÍNICA DO TRABALHO, 4., 2015, Manaus. **Anais**. Manaus: GEPSAT/CEREST, 2015.

MENDES, A. M.; ARAÚJO, Luciane Kozicz Reis. **Clínica psicodinâmica do trabalho: o sujeito em ação**. Curitiba: Juruá, 2012.

MENDES, S. S. O regime constitucional dos Militares. **Revista da Cultura**, Ano XV, n. 26, p. 05–27, 2016. Suplemento Especial.

MERLO, A. R. C.; MENDES, A. M. Perspectivas do uso da psicodinâmica do trabalho no Brasil: teoria, pesquisa e ação. **Cadernos de Psicologia Social do Trabalho**, v. 12, n. 2, p. 141-156, 2009.

MORAES, R. D. Sofrimento criativo e patogênico. In: VIEIRA, F. de O.; MENDES, A. M.; MERLO, A. R. C. **Dicionário crítico de gestão e psicodinâmica do trabalho**. Curitiba: Juruá, 2013.

NUCCI, G. S. **Direitos humanos versus segurança pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PAIVA, L. G. **Lei de drogas**: política antidrogas é cara e ineficiente, diz especialista. Curitiba: Gazeta do Povo, caderno Vida e Cidadania. 22/09/2016, p. 21.

PEREIRA, H. J. C. Drogadição e Forças Armadas. **Revista do Ministério Público Militar**, n. 21, p. 274-277, abr./2010. Edição especial.

RATES, J. M. P. **Prazer e sofrimento no trabalho**: um estudo com sargentos



de uma instituição militar. Monografia. Brasília: UNICEUB, 2007.

RIONDATO, S. **Diritto Penale Militare**. Itália, Pádua: CEDAM, 1998.

SAMPAIO, J. A. L. **Teoria da constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANCHEZ, J. L. **Protección Penal de la Disciplina Militar**. España, Madrid: Dykinson S. L., 2007.

SEN, A. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA NETO, M. J. **O constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília: ESMPU, 2016.

SPODE, C. B.; MERLO, A. R. C. Trabalho policial e saúde mental: uma pesquisa junto aos capitães da Polícia Militar. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, v. 19, n. 3, p. 362-370, 2006.

STOCHERO, T. **Tráfico e uso de drogas em quartéis atingem auge nos últimos 12 anos**. São Paulo: Portal G1 de notícias, 03/11/2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/11/trafico-e-uso-de-drogas-em-quarteis-atingem-auge-nos-ultimos-12-anos.html>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União (ENAJUM). **Pesquisa Institucional sobre Condutas Criminosas de maior incidência para a Justiça Militar da União (PCCrim)**: Relatório da 2ª fase – entorpecentes. Disponível em: <<http://stm.jus.br/enajum/pccrim>>. Acesso em: 04 jul. 2016.



JUSTIÇA JUVENIL RESTAURATIVA E DIREITOS HUMANOS

Ana Carla Coelho Bessa¹

Nestor Eduardo Araruna Santiago²

1 INTRODUÇÃO

O tema dos Direitos Humanos ganha cada dia mais relevância tanto na política quanto na pesquisa acadêmica, de modo que quanto mais se aproxima seu instrumental normativo à prática efetiva, mais se torna necessário analisar as diversas práticas jurídicas à sua luz. Este artigo trata das implicações dos programas de Justiça Juvenil Restaurativa na efetivação dos Direitos Humanos consagrados pelos documentos internacionais que provocaram a elaboração da Doutrina da Proteção Integral, assumida pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF) e dispostos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), bem como na lei que rege o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) para o adolescente autor de atos infracionais (BRASIL, 1988; BRASIL, 1990; BRASIL, 2012).

O Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas – ECOSOC, por meio da Resolução n. 2002, conceitua os programas de Justiça Restaurativa aplicáveis tanto para adultos como para adolescentes “qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos” na resolução de conflitos resultantes da prática de crime e define como “processos restaurativos” a mediação, a conciliação, as reuniões familiares ou comunitárias e os círculos decisórios, ao passo que considera como “resultados restaurativos” respostas como a reparação, a restituição e o serviço comunitário, os quais objetivem atender necessidades individuais e coletivas dos envolvidos no delito, responsabilidades das

1 Advogada, professora de Direitos Humanos, Hermenêutica Jurídica, Sociologia e Antropologia do Direito. Doutora e Mestre em Direito Constitucional (UNIFOR), Especialista em Abordagem Sistêmica da Família (UNIFOR), Psicopedagogia e Educação Inclusiva, com Formação em Direito Penal (FESAC/CE), Justiça Restaurativa (AJURIS/RS) e em Mediação de Conflitos (UNIFOR/COLUMBIA UNIVERSITY). E-mail: coelhobessa@gmail.com

2 Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Minho, Braga, Portugal. Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (Unifor). Líder do Grupo de Pesquisa “Tutela penal e processual penal dos direitos e garantias fundamentais” (LACRIM – Laboratório de Ciências Criminais), da Unifor. Professor do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Coordenador Regional do Instituto Brasileiro de Processo Penal (IBRASPP). Advogado Criminalista (Fortaleza-CE). E-mail: nestoreasantiago@gmail.com



partes e ainda promovam a reintegração da vítima e do ofensor (ECOSOC, 2002).

Os programas de Justiça Restaurativa vêm alcançando espaço em diversos contextos internacionais, como nos Estados Unidos, Nova Zelândia, Austrália, África do Sul, Argentina e Colômbia, como também no Brasil, onde atualmente são recomendados pela Resolução n. 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, órgão do Poder Judiciário ao qual cabe, por disposição constitucional, dentre outras funções, controlar a atuação administrativa do judiciário, tendo em vista manter a boa administração da justiça (CNJ, 2016).

No Brasil, o conceito de Justiça Juvenil Restaurativa foi construído com base na doutrina que afirma a existência de um Direito Penal que rege a resposta do Estado às infrações praticadas por adolescentes, o que se deve à semelhança entre o processo e as garantias fundamentais conferidas ao adulto autor de crimes e contravenções e àquelas conferidas ao procedimento judicial socioeducativo, ainda que àquela população seja atribuída a autoria de atos infracionais e as sanções correspondentes à sua conduta sejam intituladas medidas socioeducativas (BRASIL, 1990).

A reflexão referente ao tema da Justiça Juvenil Restaurativa deu ensejo à sua análise à luz dos direitos humanos consagrados na Doutrina da Proteção Integral, à qual o Estado brasileiro aderiu oficialmente e cujos princípios estabeleceu na CF, com o objetivo de examinar como os programas restaurativos podem ser aplicados a essa população sem que sejam desrespeitados os mencionados direitos e garantias.

A metodologia utilizada para a construção do presente artigo parte da delimitação conceitual dos direitos humanos e direitos fundamentais estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro. Na sequência, expõe-se a Doutrina da Proteção Integral, considerando-se a afirmação da existência de um direito penal juvenil e as garantias processuais do adolescente em conflito com a lei penal. Por fim, após uma breve exposição do procedimento restaurativo realizado pelo Poder Judiciário e pelo Sistema de Atendimento Socioeducativo, procede-se à análise da Justiça Juvenil Restaurativa à luz do material exposto, tendo em vista chegar a responder ao objetivo delimitado no parágrafo anterior.

2 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Embora admitindo que os direitos humanos encontram sua fonte e sua finalidade na ética e na razão natural comum a todos os homens, neste artigo eles são analisados como uma construção jurídica voltada para o aprimoramento da convivência coletiva, que se ampliou gradativamente, em contextos caracterizados por lutas em defesa do bem comum e salvaguarda da liberdade humana:

[...] os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha



inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. (BOBBIO, 2004, p. 26).

O início histórico das Declarações de Direitos Humanos foi marcado por teorias filosóficas jusnaturalistas que afirmavam a liberdade e a igualdade dos homens como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações, o que se pode constatar nas primeiras palavras da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação uma às outras com espírito de fraternidade” (ONU, 1948).

A afirmação universal dos direitos humanos pôs em movimento um processo histórico caracterizado pelo acréscimo de novos direitos, os quais ficaram expressos como direitos humanos de primeira, segunda, terceira e quarta gerações. Tais direitos foram se acumulando em um processo que Oliveira da Silveira (2010) caracteriza como *dinamogênese*, por meio do qual a dignidade humana vai assumindo novas gradações na medida do reconhecimento da comunidade social, envolvendo novos valores e novos conteúdos como consequência da sua conexão com os anteriores.

Por sua vez, os princípios de direitos humanos construídos nesse processo de dinamogênese são reconhecidos formalmente nos ordenamentos jurídicos dos Estados como direitos fundamentais, os quais se apresentam como normas jurídicas positivas de natureza principiológica, que fundamentam os sistemas jurídicos, conforme assevera Lopes (2001, p. 35): “Os direitos fundamentais podem ser definidos como os princípios jurídica e positivamente vigentes em uma ordem constitucional que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal.”

Por isso é que “consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional” (CANOTILHO, 2003, p.1.165). Para o teórico, tais princípios fundamentam a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.

Defato, uma vez assumidos por um ordenamento jurídico, os direitos fundamentais têm natureza de normas positivas constitucionais, a ponto de sua adoção “ser um dos elementos essenciais do próprio conceito de constituição” (AFONSO DA SILVA, 2010, p.179), nascidos e fundamentados no princípio da soberania popular.

Além dos direitos fundamentais, é importante fazer uma breve exposição acerca das garantias fundamentais, que conferem aos titulares de tais direitos meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para imponem o respeito e a exigibilidades



desses direitos, protegendo sua eficácia, aplicabilidade e inviolabilidade.

Reportando-se novamente à lição de Canotilho, destaca-se que ele se refere às garantias fundamentais como princípios assecuratórios diretos e imediatos dirigidos aos cidadãos, sendo-lhes atribuído um peso de norma jurídica, inclusive quando se apresentam na sua forma negativa. Assim, é que no Brasil, por exemplo, não se torna possível haver pena sem prévia cominação legal (CANOTILHO, 2003).

Sendo assim, compreende-se que os direitos humanos reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro assumem, na CF, a condição de normas de direito fundamental, que se apresentam como regras e princípios, de modo a acompanhar a dinamo-gênese dos direitos humanos em uma interpretação que segue a hermenêutica constitucional e têm suas delimitações dispostas nas normas infraconstitucionais, cuja interpretação se dá de acordo com os mencionados princípios.

3 DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E GARANTIAS PROCESSUAIS DO ADOLESCENTE AUTOR DE ATO INFRACIONAL

Como um dos desdobramentos dos Direitos Humanos reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro, o Sistema de Direitos e Garantias Fundamentais estabelecido pela CF para o adolescente autor de ato infracional segue a Doutrina da Proteção Integral, que teve como marco inicial a Convenção Sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 1989 e promulgada no Brasil pelo Decreto n. 99.710/1990, reconhecendo especificamente àquela população os direitos à educação, cuidados de saúde e proteção especial (BRASIL, 1988).

Analisando, sob a ótica dos Direitos Humanos, o tratamento legal dispensado à criança e ao adolescente autor de condutas descritas nos ordenamentos jurídicos como crimes ou contravenções, Mendez (1994) o descreve em três etapas históricas que acompanharam o reconhecimento gradativo dos direitos decorrentes da dignidade humana também para essa população.

Em pesquisa sobre a história social da criança e da família, Ariès (1981) encontrou que a criança, ao nascer, era praticamente ignorada como ser humano e, logo após ultrapassar a fase de total dependência física, passava diretamente à inserção no mundo adulto, inexistindo qualquer consideração em relação à fase da adolescência. Em decorrência, a primeira resposta do Estado à prática de atos delitivos por crianças e adolescentes foi marcada por um tratamento penal de caráter indiferenciado em relação ao adulto, a ponto de se considerar as sanções deste período como próprias de uma pré-história do direito penal de menores.

De acordo com Mendez (1994), a esta primeira etapa seguiu-se uma outra, tutelar, decorrente do reconhecimento da necessidade de diferenciar crianças e adultos na resposta aos delitos, protegendo sua fragilidade das penalidades atrozizadas dirigidas a estes. Uma manifestação prática desta etapa foi a *“Juvenile Court Act”*, criada em Illinois (EUA) em 1899, e outros tribunais de menores, criados em países da Europa



e da América Latina. No Brasil, em 1922, inaugurou-se o primeiro estabelecimento público para menores de 18 anos, no Rio de Janeiro, onde dois anos depois foi criado o primeiro Tribunal de Menores, que serviu de base para a promulgação do primeiro Código de Menores em 1927, conhecido como Código Mello Matos, revogado em 1969 pelo Novo Código de Menores (BRASIL, 1927; BRASIL, 1969).

A terceira e atual etapa do tratamento legal dado às crianças e aos adolescentes em conflito com a lei instalou-se com a Convenção Sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas realizada em 1989, que ocorreu trinta anos após a primeira Declaração dos Direitos da Criança, e implicou na chamada Doutrina da Proteção Integral (MENDEZ; GOMES DA COSTA, 1994).

A Doutrina da Proteção integral veio superar a Doutrina da Situação Irregular, que sustentou, por quase um século, um tratamento tutelar para com a população de crianças e adolescentes, pelo qual não se distinguia com clareza as situações decorrentes de infrações praticadas por eles e as situações decorrentes das condições de abandono social que os cercavam, aplicando-os indiscriminadamente à privação de liberdade sob o argumento de reabilitá-los para uma futura convivência social.

Além da Convenção sobre os Direitos da Criança, outros documentos internacionais conferiam Direitos Humanos às crianças e aos adolescentes em conflito com a lei: as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Justiça da Infância e da Juventude, conhecidas como Regras de Beijing (UNICEF, 1985); as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da delinquência Juvenil, conhecidas como Diretrizes de Riad (UNICEF, 1990); as Regras Mínimas das Nações Unidas para a elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade, conhecidas como Regras de Tóquio (UNICEF, 1990) e as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (UNICEF, 1990).

Esse corpo de legislação internacional superou política e juridicamente o tratamento anterior dispensado às crianças e aos adolescentes autores de atos infracionais, em razão de seu reconhecimento como sujeitos plenos de direitos, limitando o Poder Judiciário na aplicação das medidas restritivas e privativas de liberdade, nos ordenamentos dos Estados que a eles aderiam.

Sustentada pelos documentos acima mencionados, a Doutrina da Proteção Integral adquiriu força coercitiva para os Estados signatários das normativas supramencionadas, dentre os quais o Brasil, que, distinguindo no plano normativo, os problemas de natureza social daqueles de natureza penal, consagrou seus princípios na CF, os quais foram posteriormente regulamentados pelo ECA e pela lei que rege o SINASE.

Conforme explicita Saraiva (2010), os diplomas legais anteriormente mencionados contemplaram seus destinatários com um sistema de garantias, que contempla os direitos de toda a população de crianças e adolescentes do Brasil, mas também cria um sistema de justiça juvenil que somente atuará promovendo a relação processual frente à conduta infratora, que poderá culminar na execução de uma das medidas socioeducativas legalmente previstas para o adolescente autor de



ato infracional, que “consagra um modelo de Direito Penal Juvenil” (SARAIVA, 2010, p. 65).

Ainda que o ECA faça a distinção entre as medidas de proteção aplicáveis à criança e as medidas socioeducativas, aplicáveis aos adolescentes perante a conduta infracional, o princípio da prioridade absoluta estabelecido pela CF é assecuratório de um tratamento político e jurídico tanto para as crianças como para os adolescentes, uma vez que ambas as categorias são consideradas como pessoas em desenvolvimento, sujeito de direitos aos quais correspondem deveres da família, da sociedade e do Estado (BRASIL, 1988, art. 227).

Portanto, o Direito Penal Juvenil reconhece Direitos Humanos inarredáveis aos adolescentes autores de atos infracionais, os quais refletem-se claramente no princípio constitucional da “brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade” (BRASIL, 1988, art. 5º., III).

A limitação encontrada na intervenção punitiva do Estado ao adolescente autor de ato infracional coaduna-se com paradigma do Direito Penal Mínimo defendido por Ferrajoli (2006), enquanto técnica de tutela dos direitos e garantias fundamentais. Para ele, “historicamente o Direito Penal nasce como negação da vingança em descontinuidade e em conflito com a mesma e não em continuidade, justificando-se não com o propósito de garanti-la, mas com aquele de impedi-la” (FERRAJOLI, 2006, p. 309 e 310).

Considerando-se que, tanto o delito como o exercício arbitrário da punição como formas de violência e, as garantias próprias do Direito Penal e Processual Penal como formas de impedir ambas as manifestações de violência, observa-se que a Doutrina da proteção Integral veio criar um sistema de justiça juvenil que garante o exercício dos direitos e garantias fundamentais do adolescente e serve para conter as punições excessivas, como também para a escolha da medida socioeducativa adequada, tendo como objetivo de minimizar as lesões ou tutelar os direitos do ofensor, poupando-o de punições desproporcionais (FERRAJOLI, 2006).

A propósito, lembram Monte, Santiago e Barbosa (2015) que “sempre se deverá questionar se os fins normalmente preconizados pelo sistema para as penas são verdadeiramente atingidos com as sanções que efetivamente são aplicadas”, já que “não é necessário ir muito longe para saber que as duas penas normalmente utilizadas – a prisão e a multa – estão longe de atingirem as finalidades a que estão pressupostas quando são aplicadas”.

Tendo explicitado a existência e as razões de um direito penal juvenil com características de um direito penal mínimo consentâneo de Direitos Humanos conferidos à pessoa adolescente, procede-se à reflexão acerca da forma como os programas restaurativos aplicados aos adolescentes autores de atos infracionais podem representar uma das formas de efetivação de tais direitos compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.



4 JUSTIÇA JUVENIL RESTAURATIVA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS RECONHECIDOS NO BRASIL PARA O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI

Antes de adentrar na consideração acerca da Justiça Juvenil Restaurativa faz-se necessário delimitar que os programas de Justiça Restaurativa foram definidos e recomendados pelo ECOSOC (2002) como programas que utilizam processos como a mediação, a conciliação, as reuniões familiares ou comunitárias e os círculos decisórios, obtendo respostas como a reparação, a restituição e o serviço comunitário, que objetivem atender necessidades individuais e coletivas dos envolvidos no delito, responsabilidades das partes e ainda promovam a reintegração da vítima e do ofensor.

Acolhendo as conceituações acima expostas, o CNJ publicou a Resolução n. 225/2016, instituindo a Política Judiciária Nacional de tratamento de conflitos de interesses por meio da autocomposição de litígios e a pacificação social, pela criação de núcleos permanentes de aplicação de métodos consensuais de resolução de conflitos, que poderão centralizar e estimular a criação de programas de mediação penal ou qualquer outro procedimento restaurativo, desde que respeitados os princípios básicos previstos na Resolução do ECOSOC e a participação do titular da ação penal em todos os atos (ECOSOC, 2002; CNJ, 2016).

A Resolução n. 225/2016 veio confirmar iniciativas anteriores de aplicação prática da Justiça Restaurativa no Brasil, que se realizaram por meio de uma parceria realizada, no ano de 2005, entre a Secretaria de Reforma do Judiciário, ligada ao Ministério da Justiça, e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, foram implementados três projetos piloto: no Núcleo Bandeirante, em Brasília (DF), em São Caetano do Sul (SP) e em Porto Alegre (RS), cujos resultados têm alcançado repercussão em todo o país e inspirado novas iniciativas em outros Estados.

Em Brasília o projeto foi criado para atender crimes de menor potencial ofensivo praticado por adultos. Em São Caetano do Sul, São Paulo, a experiência foi inicialmente realizada com crianças e adolescentes em escolas públicas, sendo em seguida adotada em comunidades e mais tarde na Vara da Infância e Juventude. Em Porto Alegre, as práticas restaurativas vêm sendo aplicadas com adolescentes autores de atos infracionais na Justiça Juvenil, dentro do próprio sistema socioeducativo e pelas escolas com o apoio da sociedade civil.

A aplicação das práticas de Justiça Restaurativa protagonizadas pelo Poder Judiciário despertam a presente reflexão acerca da sua compatibilidade em relação aos direitos e às garantias previstas no ordenamento jurídico brasileiro para o adolescente que se encontra em um dos polos do processo resultante da prática de ato infracional e sobre as metodologias empregadas nas atuais práticas de Justiça Restaurativa, as quais envolvem o diálogo entre infrator e outros envolvidos, bem como a elaboração de um acordo que, supostamente, pode levar à dispensa das garantias previstas para o adolescente no Devido Processo Legal.



De início, tem-se que a norma constitucional que estabelece o dever da família, da sociedade e do Estado para com as crianças e adolescentes, lançando uma luz sobre a interpretação dos dispositivos contidos no ECA (1990) e na lei do SINASE (2012), no que concerne à resposta do Estado à prática de ato infracional e dos princípios afirmados pelo ECOSOC (2002) e pelo CNJ (2016) para a aplicação da Justiça Restaurativa com adolescentes autores de atos infracionais, consonante aos Direitos Humanos reconhecidos internacionalmente para a mencionada população.

A seguir, é preciso considerar que a resposta do Estado à prática de atos infracionais não dispensa as garantias do Devido Processo Legal estabelecidas na CF/1988 como princípios que regem o Direito Penal, de modo a vincular a consideração da conduta delitiva a partir dos tipos penais preexistentes, bem como a aplicar penalidade somente perante prévia cominação legal correspondente ao delito cometido. Na mesma esteira deve ser considerada aplicação desse princípio perante a prática de ato infracional, que o próprio Estatuto define como crime ou contravenção penal.

O ECA instituiu um sistema de garantias processuais decorrentes da ordem constitucional, sobretudo acerca do direito ao contraditório, como: pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional; igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa; defesa técnica por advogado; assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei, direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente; e direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer parte do procedimento (BRASIL, 1990, art. 111).

Cumprindo ainda observar que, além dos princípios processuais referentes tanto ao adulto como ao adolescente quando da prática de conduta delitiva, que confirmam o Direito Penal Juvenil, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece dois princípios fundamentais que são reafirmados durante a aplicação das práticas restaurativas com adolescentes em conflito com a lei: o princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e o princípio do melhor interesse do adolescente.

Tanto o princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento como o princípio do Melhor Interesse do Adolescente, que são literalmente encontrados nas Regras de Beijing, refletem-se diretamente na norma constitucional pátria, ao estabelecer a obediência aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade. Acerca deste, ressalta-se a seguinte observação de Sposato (2006, p. 269): “O estágio especial do desenvolvimento da personalidade não implica total desresponsabilização, mas sim a percepção inequívoca de diferentes níveis de desenvolvimento e, assim sendo, de diferenciados níveis de responsabilidade”.

Aplicando-se a compreensão dos programas de Justiça Restaurativa como um novo foco de visão sobre a responsabilidade penal do adolescente pela prática de ato infracional, conclui-se pela inexistência de contradição entre tal



responsabilização e o Direito à Proteção Integral quando se considera que as práticas restaurativas conferem uma nova interpretação e otimização da aplicação das medidas socioeducativas, de modo a conservar princípios éticos, políticos e jurídicos inalienáveis de cada Estado.

Nesse sentido, é preciso esclarecer, com Moraes da Rosa (2006), que o procedimento socioeducativo não se trata de um processo reeducacional, mas deve ter em vista o desenvolvimento da autonomia do sujeito adolescente, e não apenas o cumprimento de normas. Para tanto, a aplicação das medidas socioeducativas deve se dar em conformidade com a ação, as circunstâncias, as causas e consequências do ato infracional: “A lógica prevalente importada do Direito Processual Penal, ainda é a da subsunção, isto é, a aplicação pretensamente lógica de uma hipótese fática diante da legal, mediante uma conclusão” (MORAIS DA ROSA, 2006, p. 298).

Portanto, a Justiça Restaurativa enfatiza que as suas práticas não têm as mesmas finalidades do procedimento judicial de apuração de culpa nem de imposição de medidas socioeducativas, como também não se identifica com medidas terapêuticas ou pedagógicas como resposta ao ato infracional, mas tendem a otimizar o procedimento judicial e a aplicação das medidas em razão da ênfase conferida aos direitos fundamentais previstos para seu autor.

Com Blancher (2006), entende-se que a Justiça Restaurativa abre uma perspectiva não somente para o Direito Penal em geral, mas também para o direito infracional em particular, ocupando-se de consequências e danos provocados pelo delito, os quais vão além do aspecto material, e projetando a transformação dos fatos apurados no processo em perspectivas de um futuro diferente, tanto para o ofensor quanto para a vítima.

Tais perspectivas são comparadas por McCould e Wachtel (2003) a janelas, distintas mas relacionadas: a Janela da Disciplina Social, a janela Papel das Partes Interessadas e a janela das Práticas Restaurativas. De acordo com a primeira estrutura conceitual, a Justiça Restaurativa irá promover o engajamento cooperativo de todos os envolvidos e afetados por uma transgressão para desenvolver um plano de reparação de danos e evitar a repetição do acontecimento; conforme a segunda estrutura conceitual, a Justiça Restaurativa terá como objetivo a reintegração de vítimas, transgressores e comunidade, como também a ampliação da capacidade dos cidadãos de solucionarem seus problemas; por fim, a terceira estrutura conceitual considera a participação ativa e conjunta das vítimas, dos transgressores e de suas comunidades como um processo totalmente restaurativo (MCCOLD; WACHTEL, 2003).

Como exemplo prático do que até aqui se afirma, tem-se a iniciativa do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, que criou, com a Resolução n. 822/2010 do Conselho da Magistratura – COMAG, a Central de Práticas Restaurativas do Juizado da Infância e Juventude – CPR JIJ, como um serviço oferecido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, administrado pelo 3º Juizado da Vara Regional da Infância e da Juventude de Porto Alegre, para aplicar e promover a



Justiça Restaurativa em três eixos: Gestão, Formação e Atendimento. O atendimento, que tem como foco o adolescente autor de ato infracional que ingressou no sistema de justiça da infância e da juventude, as vítimas, suas famílias e a comunidade, consiste na realização de procedimentos restaurativos em processos judiciais ou na fase pré processual, no caso de conflitos envolvendo adolescentes autores de atos infracionais.

Os procedimentos restaurativos realizados pelo 3º Juizado Regional da Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre compõem-se de três etapas: Pré Círculo Restaurativo, Círculo Restaurativo e Pós Círculo Restaurativo. A primeira etapa consiste em encontros realizados em momentos distintos com o ofensor, seus familiares e sua comunidade, bem como com a vítima, seus familiares e sua comunidade, tendo em vista escutar o fato ocorrido e verificar-se a admissão da autoria pelo ofensor, explicar como funciona o procedimento e desvelar-se a vontade genuína de todos em participar.

A segunda etapa consiste no encontro guiado por um facilitador habilitado em técnica específica para facilitar a expressão e escuta mútua das pessoas envolvidas no ato infracional e suas consequências, acerca de como o fato afetou a vida de cada um e como esperam que sejam resolvidas as suas consequências. Desta etapa, poderá surgir ou não um acordo acerca das responsabilidades futuras a ser assumidas por cada um. Chegando os participantes a um acordo, este é redigido pelo coordenador e assinado pelos presentes, bem como é agendada uma data para o Pós Círculo, que consistirá na terceira etapa.

Na terceira e última etapa, promove-se um encontro de expressão e avaliação do cumprimento do acordo e de seus resultados com a presença dos participantes do Círculo Restaurativo e daqueles que colaboraram na realização das ações do acordo. Após a realização desta fase, se o acordo foi cumprido e se foi satisfatório, ou se não foi cumprido, cabe ao coordenador providenciar a documentação necessária e comunicar os resultados à autoridade judiciária, que formará sua decisão de acordo com o momento em que se encontra o processo (TRJS, 2010).

Com isto compreende-se que a aplicação das práticas restaurativas não dispensa o sistema de garantias de direitos que se funda em uma principiologia garantista, ao qual está vinculado o Poder Público no Estado de Direito. A este respeito, lembra Deboni (2006) que, no Estado Democrático de Direito, a Constituição tem uma função transformadora, e que a evolução do Direito, com a superação do positivismo dogmático, permitiu que os princípios deixassem de ser fonte subsidiária “para assumir um papel de centralidade interpretativa e aplicativa no ordenamento jurídico” (DEBONI, 2006, p. 499).

As normas jurídicas, que no positivismo dogmático tinham a função de padronizar as condutas pela subsunção do fato jurídico ao texto da lei, hoje apresentam as configurações de princípios e regras, sendo que os princípios constitucionais, em que pese o fato de serem normas reveladoras de valores jurídicos e políticos do sistema em que vigem, determinam a realização de condutas na medida em que se



apresentam as possibilidades fáticas e jurídicas.

Portanto, à luz da proteção integral construída como regra de Direitos Humanos e estabelecida pelos Estados signatários dos acordos internacionais, que versam também sobre a temática da resposta ao ato infracional, como é o caso daquela estabelecida pela CF, os programas de Justiça Restaurativa possuem força normativa suficiente para, em sadia interpretação, conciliar a aplicação das garantias fundamentais ao adolescente em conflito com a lei e sua responsabilização efetiva pelo ato infracional cometido, ao otimizar os resultado do processo judicial e da aplicação das medidas socioeducativas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reflexão sobre tema da Justiça Juvenil Restaurativa à luz dos direitos humanos consagrados na Doutrina da Proteção Integral com o objetivo de examinar como os programas restaurativos podem ser aplicados a essa população sem que sejam desrespeitados os mencionados direitos e garantias, resultou nas seguintes conclusões:

Os direitos humanos assumem, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a condição de normas de direito fundamental, que se apresentam como regras e princípios, de modo a acompanhar a dinamogênese dos direitos humanos em uma interpretação que segue a hermenêutica principiológica e têm suas delimitações dispostas nas normas infraconstitucionais, cuja interpretação se dá de acordo com os mencionados princípios.

Ainda que o ECA faça a distinção entre as medidas de proteção e as medidas socioeducativas, o princípio da prioridade absoluta no ordenamento jurídico brasileiro é assecuratório de um tratamento jurídico específico, tanto para as crianças como para os adolescentes, sendo ambas as categorias consideradas como pessoas em desenvolvimento. Sendo assim, mesmo considerando a existência de um Direito Penal Juvenil, é necessário destacar que o adolescente autor de ato infracional se encontra sob os auspícios de um direito penal especial, diferenciado do direito penal do adulto, o que se reflete mais acentuadamente no princípio constitucional da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade.

Em conclusão, tem-se que as práticas de Justiça Restaurativa aplicáveis aos adolescentes em conflito com a lei são perfeitamente compatíveis com o processo judicial para aqueles previsto, desde que respeitem os direitos e garantias estabelecidos pelo ordenamento jurídico dos Estados que a elas aderirem, afirmando a existência de um Direito Penal Juvenil e contribuindo para otimizar os resultados da aplicação das medidas socioeducativas, bem como para afirmar os Direitos Humanos reconhecidos pela normativa internacional.



REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. **Resolução n. 225/2016**. Dispõe Sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 3 jun. 2016.

BRASIL. **Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 dez 1986,

7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nos 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 3 jun. 2016.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 3 jun. 2016.

BRASIL. **Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1947**. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2013.

BRASIL. **Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1969**. Novo Código de Menores. Disponível em: Acesso em: 10 jun. 2013.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **De menor a cidadão**: notas para uma história do novo direito da infância e juventude no Brasil. Local? Editora do Senado, 1993.

COSTA RICA. **Declaración de Costa Rica Sobre la Justicia Restaurativa en América Latina**. Santo Domingo de Heredia. Costa Rica. Seminario Construyendo La Justicia Restaurativa En America Latina. 09/2005. Disponível em: <<http://www.justiciarestaurativa.org>>. Acesso em: 12 mai. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra (Portugal): Almedina, 2003.

ECOSOC. **The Economic and Social Council**. Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters. ECOSOC. Res 2002/12. Disponível em: <<http://www.restorativejustice.org>>. Acesso em: 11 mai. 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ILANUD. **Instituto Latino Americano das Nações Unidas para prevenção do delito e tratamento do delinquente**. Relatório Final Projetos Piloto Justiça Restaurativa. 2005.



KONZEN, Afonso Armando. **Justiça restaurativa e ato infracional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Pertinência socioeducativa**: reflexão jurídica sobre a natureza jurídica das medidas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

MCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. **Em busca de um paradigma**: uma teoria da Justiça Restaurativa. Trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia, 10-15 Agosto de 2003, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.iirp.edu>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

MENDEZ, Emílio Garcia. **Adolescentes e responsabilidade penal**: um debate latinoamericano. Porto Alegre: AJURIS, ESMP-RS, FESDEP-RS, 2000.

_____; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Das necessidades aos direitos**. São Paulo: Malheiros, 1994.

MONTE, Mário João Ferreira; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BARBOSA, André Araújo. Direito penal da reparação: contribuição para um novo paradigma a partir do modelo restaurativo. **Pensar**, Fortaleza, v. 20, n. 3, p. 941-958, set./dez. 2015.

OLIVEIRA DA SILVEIRA, Vladmir. **Direitos humanos**: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de direito penal juvenil**: adolescente e ato infracional. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **Adolescente em conflito com a Lei**: da indiferença à proteção integral. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SPOSATO, Karyna Batista. **O direito penal juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

UNICEF. **Legislações, normativas, documentos e declarações**. Disponível em: <<http://www.unicef.org.br>> Acesso em: 05 mai. 2013.



A POSSIBILIDADE DE AMPLIAR A COMPETÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PARA JULGAMENTO DE CONFLITOS AMBIENTAIS TRANSNACIONAIS

Ana Carolina Couto Lima de Carvalho¹

Manoel Coracy Saboia Dias²

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar as agressões ao meio ambiente, especialmente as ocasionadas por guerras e pelo desenvolvimento tecnológico, bem como propor alternativas para solução de eventuais conflitos ambientais que envolvam mais de um país, especialmente os ocorridos na chamada Amazônia Internacional, composta por Brasil, Venezuela, Colômbia, Peru, Bolívia, Equador, Suriname, Guiana e Guiana Francesa.

Limitando-se a uma dessas formas de ataque à natureza, qual seja, o desenvolvimento tecnológico, é realizada uma breve evolução histórica da noção de proteção ao meio ambiente, a fim de compreender as consequências dessa evolução, bem como a necessidade de resolução de eventuais conflitos que envolvam mais de um país.

Se, por um lado, é primordial aumentar a produção dos bens que satisfaçam as necessidades do ser humano, por outro, é premente a imposição de limites, a fim de não se extirpar a existência do homem sobre a Terra, por ações ou omissões dele próprio.

O problema que se pretende estudar é justamente a necessidade de resolução de conflitos transnacionais ocorridos em decorrência da atuação do homem, em busca do desenvolvimento tecnológico, em especial na produção de energia elétrica, por meio de hidroeletricidade, em países que compõem a Amazônia Internacional.

As usinas hidroelétricas de Jirau e Santo Antônio, construídas no rio Madeira em Rondônia-Brasil afetam também a população da Bolívia, haja vista que o represamento das águas gera consequências nos dois países.

1 Doutoranda em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Mestre em Direito Processual pela UNIPAR. Especialista em Direito Tributário pela UnP. Pós-graduada em Constitucional pela UVB. Graduada em Direito pela TOLEDO. Professora Adjunta do Curso de Direito da UFAC. Advogada. Consultora Jurídica. Conferencista. Orientadora. Pesquisadora. E-mail: carolcouthomatheus@hotmail.com.

2 Mestrando em Direito pela UnB. Especialista em Filosofia pela Sinal. MBA em Gestão Pública pela FACINTER. Bacharel em Direito pela FAAO. Bacharel em Filosofia pela UFP. Professor Adjunto e Coordenador do Curso de Filosofia da UFAC. E-mail: coracysaboia@gmail.com.



Assim, caso houvesse conflito ocasionado pela ação do homem, que atingisse a população dos dois países, seria possível que a solução jurídica fosse realizada por apenas um deles? Como resolver a questão se houvesse falha ou omissão na análise desse conflito que, em tese, teria violado direitos ambientais?

A relevância do estudo deste tema reside em apresentar propostas de solução de conflitos oriundos de violação ao meio ambiente que causem impacto em mais de um país, a fim de resguardar a aplicação da lei, especialmente em casos de omissão ou impossibilidade de julgamento por apenas um dos países envolvidos no conflito.

O método de estudo é o bibliográfico, consistente na análise de documentos consultados via Internet e doutrinas sobre questões relacionadas ao desenvolvimento do direito ambiental, sua identificação com os direitos fundamentais previstos constitucionalmente, sua vinculação à dignidade da pessoa humana, bem como a possibilidade de ampliação da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O tratamento da matéria será realizado pelos métodos dedutivo e argumentativo.

2 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA NOÇÃO DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

Desde que se tem notícia da existência do ser humano sobre a Terra, sabe-se que somente quando o homem passou a conviver em grupo e deixar de ser nômade e, ainda, dominar a agricultura, é que ele conseguiu fixar-se em um local e, mais tarde, formar a cidade.

Fustel de Coulanges explica como foi o início da formação da cidade e como ela se transformou, destacando-se um resumo realizado pelo próprio autor, de onde pode se inferir que a religião exercia enorme influência por parte de quem detinha o poder, havendo pouca ou nenhuma liberdade individual.³

A princípio uma religião muito antiga fundara a família, depois a cidade. [...] O Estado estava estritamente ligado à religião; dela nascera, e com ela se confundia. [...] Cada cidade tinha, não somente independência política, mas também um culto e um código. A religião, o direito, o governo, tudo era municipal. A cidade era a única força viva; nada era superior ou inferior; nem a unidade nacional, nem a liberdade individual.

Acrescenta o autor a preponderância do papel da cidade de Roma entre as outras cidades, por ter entrado em uma série de guerras e ter sabido aumentar sua

3 COULANGES, Numa-Denys Fustel. **A cidade antiga**. São Paulo: Editora das Américas S. A., 2006. p. 568. E- Book. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2006.



população por meio delas.

De fato, é possível sustentar que as guerras podem ser consideradas como uma das formas de aumentar o domínio territorial de um povo, com a dominação do vencedor sobre o vencido.

Entretanto, as guerras, embora tenham regras e estratégias próprias, não costumam preocupar-se com a natureza, podendo-se inferir que podem ter sido uma das primeiras ações do homem que passaram a prejudicar, de maneira relevante, o meio ambiente.

Se, no início, de forma tímida, tanto que nem há registros históricos claros nesse sentido; depois passou a ser de forma cristalina, como a queima de poços de petróleo no conflito Irã-Iraque (1980) e Guerra do Golfo (1991), de acordo com relatório de 2003 do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA).⁴

De qualquer forma, as guerras também foram muitas vezes responsáveis pela clara demarcação dos territórios como hoje se apresentam os diversos países.

E, nesses países, o que se busca, principalmente nos do Ocidente, é o desenvolvimento tecnológico a qualquer custo, como já prescrevia Rachel Carson em 1962, na obra Primavera Silenciosa, citada por Tiago Fensterseifer:⁵

Na visão de Carson, a cultura científica pós-guerra que afirmava arrogantemente a dominação do homem sobre a Natureza era a raiz do problema. Nesse aspecto, é importante referir que boa parte do desenvolvimento científico desenvolvido para aplicação bélica durante a Segunda Guerra Mundial, como as armas químicas, acabou sendo utilizada e redirecionada para a sua aplicação na agricultura, em vista de combater pestes que comprometiam as lavouras.

Carson ainda destaca que se vive sobre a égide do “império da ciência e tecnologia”,⁶ para exemplificar um conjunto muito maior de danos ambientais, muitos ainda desconhecidos, todos praticados pelo homem.

Com efeito, a necessidade de sempre haver um desenvolvimento desenfreado também pode ser apontada como uma das formas de se degradar o meio ambiente pela ação do homem, de maneira significativa.

Esses dois exemplos – guerra e desenvolvimento tecnológico – a par de outros, são suficientes para solidificar o entendimento que havia e ainda há no sentido da

4 OEI. Organização dos Estados Ibero-Americanos. **Guerras perturbam o meio ambiente**. Disponível em: <http://www.oei.es/divulgacioncientifica/reportajes_049.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016.

5 FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional no Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 22.

6 FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**. p. 24.



necessidade de se proteger, de alguma forma, a natureza, senão o homem pode vir a ser responsável, ele próprio, pelo fim de sua existência.

Entretanto, o presente artigo limitar-se-á a analisar as consequências que o desenvolvimento tecnológico pode provocar no meio ambiente, em especial, quando os danos atingem mais de um país.

O primeiro alarme ecológico em termos mundiais ocorreu com a “Primeira Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente”, em Estocolmo, entre os dias 5 e 16 de junho de 1972, e embora com resultados não consideráveis, segundo afirma Leonardo Boff, teve um fruto de destaque, com a criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, o PNUMA.⁷

Tal Conferência, organizada pela Organização das Nações Unidas – ONU, aconteceu depois das discussões ocorridas nos meios científicos, nas empresas e na sociedade e após o que foi chamado de Clube de Roma, e que resultou no relatório sobre *Os limites do crescimento*, que se preocupava com a sustentabilidade das florestas.⁸

A partir de então passou-se a discutir, com frequência, o tema da sustentabilidade, vinculando o desenvolvimento a critérios que respeitem o meio ambiente, o que, como é de senso comum, ainda não é um ideal alcançado, tanto que ainda se tem frequentes notícias de catástrofes ambientais provocadas mundo afora por exclusiva ação ou omissão do homem, a exemplo do maior desastre ecológico brasileiro ocorrido em 05 de novembro de 2015, na cidade de Mariana, Estado de Minas Gerais, conforme amplamente divulgado pela imprensa Mundial.⁹

Se a Primeira Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente de 1972 é considerado o marco histórico-normativo inicial da proteção ambiental,¹⁰ as constituições de diversos países passaram a incorporar a tutela ambiental como valor constitucional, bem como uma tarefa do Estado e da sociedade, a exemplo da Portuguesa (1976), Espanhola (1978), Brasileira (1988), Colombiana (1991), Lei Fundamental Alemã (1949, por meio da reforma constitucional de 1994), Sul-Africana (1996), Suíça (2000) e, já no século XXI, a Francesa (1958, por meio da incorporação constitucional da Carta do Meio Ambiente de 2004), Equatoriana (2008) e Boliviana (2009),¹¹ o que reforça a ideia do meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental.

7 BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. Petropolis, RJ: Vozes, 2012. p. 34.

8 BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. p. 33.

9 ROMERO, Simon. Authorities Assess Toll of Burst Dam in Brazil. **The New York Times**, Rio de Janeiro, 05-11-2015. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2015/11/06/world/americas/authorities-assess-toll-of-burst-dam-in-brazil.html?_r=0>. Acesso em: 19 abr. 2016.

10 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 49.

11 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. p. 32/33.



A par disso, também se evolui o conceito de dignidade da pessoa humana, que passa a ter uma dimensão ecológica, abrangendo a ideia de um bem-estar ambiental.¹² Com efeito, surge dessa reconstrução conceitual, a consolidação dos valores ambientais no conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, o que gera consequências que precisam ser tratadas, principalmente no que se refere à resolução de conflitos ambientais que envolvam mais de um país.

3 CONSEQUÊNCIAS DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

A proteção ao meio ambiente decorre não só da atividade individual de cada ser humano, no que se refere ao seu próprio cotidiano, resultante de sua educação e modo de vida, de maneira espontânea, mas também por imposição de normas e sanções que determinem essa atuação.

Assim, necessário entender que a existência de normas nesse sentido está intimamente ligada à ideia de Estado que é o ente que detém, no mundo atual, legitimidade para, por meio de instrumentos, quer sejam legislativos, fiscalizatórios ou punitivos, determinar comportamentos que sejam compatíveis com a proteção ao meio ambiente.

Herman Heller demonstra que para entender o Estado não é necessário acompanhar os tempos remotos da humanidade, haja vista que se pode ter imagens totalmente falsas do passado, uma vez que os conceitos são medidos com fundamento no pensamento atual.¹³

Heller afirma que o propósito de Teoria do Estado é “a descrição e interpretação do conteúdo estrutural da realidade política” e que sua função é “a de servir unicamente como meios para um fim, que é o de conceber o Estado como forma, como uma conexão real que atua no mundo histórico-social”,¹⁴ devendo haver relação entre a função estatal e a função jurídica. Além disso, há necessidade de se justificar a existência do Estado:

Não se fazendo a separação entre o jurídico e o antijurídico, não é possível uma justificação do Estado. Para levar a bom termo essa separação precisa-se, como base, de um critério jurídico que se deve admitir esteja acima do Estado e do seu direito positivo. Ao direito, como valor suprapositivo de distribuição e medida, incumbe a função de ordenar retamente a vida social, isto é, atribuir a todos os seus membros o que, com referência a um todo, lhes compete em

12 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. p. 51.

13 HERMANN, Heller. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968. p. 158.

14 HERMANN, Heller. **Teoria do Estado**. p. 90.



faculdades e obrigações: estabelecer entre si uma justa relação.¹⁵

De fato, se o Estado detém o monopólio de determinar faculdades e obrigações à sua população, deve fazê-lo de forma a respeitar os princípios éticos capazes de sustentar, inclusive, a utilização da força para atingir seus objetivos.

E a positivação desses direitos e obrigações teve seu marco inicial com as constituições rígidas, pois ainda no século XVIII alguns instrumentos normativos eram concebidos apenas como documentos políticos ou simples leis ordinárias, a exemplo da afirmação de Jeremy Bentham, que em um panfleto desqualificou a Declaração de 1789 “como un conjunto de edificantes principios de justicia o de derecho natural que nada tenía que ver com el derecho”, conforme citação de Luigi Ferrajoli.¹⁶¹⁷

Já Gregorio Peces-Barba destaca que a Declaração do Século XVIII e os peculiares textos da Revolução Inglesa do século anterior foram antecedentes históricos que demonstram que os direitos que se formaram como naturais, permanentes e inalienáveis, ao menos em suas versões francesa e americana, podem explicar as causas históricas e culturais, vinculadas à origem do constitucionalismo como reflexo da limitação do poder político.¹⁸

Isto quer significar que o Estado, exclusivo detentor do estabelecimento de normas e da utilização da força legítima para garantir seu cumprimento, deve ter também limitada sua atuação, o que acaba por ser a base do então Direito Moderno e contribui para a conceituação dos direitos fundamentais.

Acrescenta Peces-Barba que, a par da positivação dos direitos naturais, a generalização dos direitos fundamentais é importante para atingir a todos os seres humanos, independentemente de classe social, pois esses direitos são naturais racionais,¹⁹ o que vai resultar em atribuir uma dimensão internacional para esses direitos, embora careça de um poder político que garanta, de maneira efetiva, a eficácia desse ordenamento.²⁰ De qualquer forma, também é necessário um processo de especificação,²¹ citando a terminologia de Bobbio, tanto em relação aos titulares dos direitos (diferenças que exigem um tratamento especial, a exemplo da desigualdade cultural ou condição física)²² quanto em relação ao conteúdo desses

15 HERMANN, Heller. **Teoria do Estado**. p. 262.

16 FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2008. p. 29.

17 Tradução livre do autor deste artigo: Como um conjunto de edificantes princípios de justiça ou de direito natural, que nada tem a ver com o direito.

18 PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. Teoría General. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 144.

19 PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 160.

20 PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 170.

21 PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 180.

22 PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 181.



direitos (pressupõe não só a seleção e qualificação do direito já existente, mas a contribuição de novos elementos que enriquecem e completam o anterior, a exemplo do direito ao meio ambiente).²³

Dessa forma, cada vez mais o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado passa a fazer parte da agenda mundial, inclusive em termos constitucionais.

4 MEIO AMBIENTE COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL E SUA VINCULAÇÃO COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Na parte inicial deste artigo foi demonstrado que diversos países passaram a tutelar o direito ambiental em suas constituições.

Por parte da doutrina ambientalista muitos foram os estudos apontando para a necessidade urgente urgentíssima de se frear o crescimento pelo crescimento sob pena de consequências desastrosas, não só para o meio ambiente, mas para o próprio homem que, por óbvio, também o integra.

Serge Latouche descreve a economia do crescimento:

La sociedad de crecimiento puede ser definida como una sociedad dominada por una economía de crecimiento y que tiende a dejarse absorber por ella. El crecimiento por el crecimiento se convierte así en el objetivo primordial, y en tal vez el único, de la vida. Recordemos por otro lado que, según la definición de Joseph Schumacher, 'el crecimiento es producir más, sin tener en cuenta la naturaliza de las producciones'.²⁴²⁵

Latouche prega a necessária modificação do modo de vida, com diversas reduções: redução dos transportes e consumo de energia,²⁶ redução dos resíduos e dos desperdícios, a exemplo da agricultura,²⁷ redução da jornada de trabalho,²⁸ a reutilização, a reciclagem e outros “R”, como reabilitar, reinventar, desacelerar

23 PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 185.

24 LATOUCHE, SERGE. **La apuesta por el decrecimiento**. Cómo salir del imaginario dominante?. Tradução do francês para espanhol de Patricia Astorga. Barcelona: Icaria Editorial, 2008. p. 35.

25 Tradução livre do autor deste artigo: A sociedade do crescimento pode ser definida como uma sociedade dominada por uma economia do crescimento e que tende a deixar-se absorver por ela. O crescimento pelo crescimento converte-se, assim, no objetivo primordial e talvez o único da vida. Lembremos por outro lado que, segundo a definição de Joseph Schumacher, “o crescimento é produzir mais, sem ter em conta a natureza das produções”.

26 LATOUCHE, Serge. **La apuesta por el decrecimiento**. p. 201.

27 LATOUCHE, Serge. **La apuesta por el decrecimiento**. p. 210.

28 LATOUCHE, Serge. **La apuesta por el decrecimiento**. p. 212.



(*ralentizar*, em espanhol), restituir, reabastecer, recomprar, reembolsar, renunciar...²⁹

Enrique Leff também aposta no decrescimento:

A aposta no decrescimento não é apenas uma moral crítica e reativa; uma resistência a um poder opressivo, destrutivo, desigual e injusto; uma manifestação de crenças, gostos e estilos alternativos de vida. O decrescimento não é uma mera desencanção, mas uma tomada de consciência sobre um processo que se instaurou no coração do processo civilizatório que atenta contra a vida do planeta vivo e a qualidade da vida humana. O chamado para decrescer não deve ser um recurso retórico para dar asas à crítica da insustentabilidade do modelo econômico imperante, mas deve fincar-se em uma sólida argumentação teórica e uma estratégia política.³⁰

Juarez Freitas entende que o atual modelo de crescimento pelo crescimento está no limite. O planeta está no limite. Assim, propõe o princípio da sustentabilidade, entendendo que ele não é abstrato, itinerário, remoto ou que deva ser invocado apenas por razões de pânico. Para o autor, “as suas razões, devidamente calibradas, são filosóficas e biológicas. Razões éticas e constitucionais”.³¹ E acrescenta que “Se o homem insistir em destruir o planeta, antes a espécie humana será extinta”.³²

Diversos autores trataram do tema, influenciando o pensamento de que a busca pelo desenvolvimento tecnológico e conforto a qualquer custo não é mais possível, com destaque para Ulrich Beck, que descreveu a *sociedade do risco*, no sentido de que a riqueza que se busca produzir para excluir socialmente a miséria, por meio do desenvolvimento tecnológico também gera riscos e potenciais ameaças até então desconhecidas.³³ O que, por consequência, põe em perigo não só a sobrevivência do homem na Terra, mas a de outras espécies, com certeza.

A preocupação é tão grande, que já se chegou a afirmar que só os insetos e grama conseguirão sobreviver a danos irreversíveis de longo prazo. Anthony Giddens alerta:

Do outro lado da modernidade, como virtualmente ninguém na Terra pode continuar sem perceber, pode não haver nada além de uma “república de insetos e grama”, ou um punhado de comunidades

29 LATOUCHE, Serge. **La apuesta por el decrecimiento**. p. 217.

30 LEFF, Enrique. **Discursos sustentáveis**. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez, 2010. p. 58.

31 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 39.

32 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. p. 44.

33 BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Hacia una nueva modernidad. Tradução do alemão para o espanhol de NAVARRO, Jorge (caps. I, II [3, 4 Y 5], III y IV). Buenos Aires: Paidós, 1998. p. 25.



sociais humanas danificadas e traumatizadas. Nenhuma força providencial vai intervir inevitavelmente para nos salvar, e nenhuma teleologia histórica garante que esta segunda versão de pós-modernidade não vai desalojar a primeira. O apocalipse tornou-se corriqueiro, de tão familiar que é como um contrafactual da vida cotidiana; e, como todos os parâmetros de risco, ele pode tornar-se real.³⁴

Em termos jurídicos, o direito ao ambiente ecologicamente é considerado, ao menos no Brasil, direito fundamental, embora não esteja inserido no art. 5º da Constituição da República.

Cristiane Derani justifica:

Seguindo a lúcida orientação de Dieter Grimm, deve-se considerar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado apresentado no art. 225 da Constituição Federal é um direito fundamental, não obstante esteja apartado do conjunto elencado pelo art. 5º desta Carta. Coloco-me com esta afirmação com a teoria que procura um sentido material às normas de direitos fundamentais. Filiar-me à corrente que afirma serem direitos fundamentais somente aqueles descritos como tais na norma constitucional seria escudar-me numa posição formalista, o que não corresponde à orientação seguida neste trabalho.³⁵

Tiago Fensterseifer cita Kant para identificar a matriz filosófica moderna que conceituou a dignidade da pessoa humana, colocando a ideia de que o homem não pode ser um objeto, mas sim um sujeito e, por isso, um fim em si mesmo, concluindo que a segurança jurídica que o ser humano possui contra “qualquer “objetificação” da sua existência e o respeito à sua condição de sujeito nas relações sociais e intersubjetivas são manifestações da concepção kantiana de dignidade humana”.³⁶

E juntamente com Ingo Wolfgang Sarlet, dá uma dimensão ecológica para a dignidade da pessoa humana, entendendo que o conceito de dignidade da pessoa humana está em permanente reconstrução:

Atualmente, pelas razões já referidas, pode-se dizer que os valores ecológicos tomaram assento definitivo no conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, no contexto constitucional contemporâneo, consolida-se a formação de uma dimensão ecológica

34 GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991. p. 187.

35 DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 206.

36 FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**. p. 31.



– inclusiva – da dignidade humana, que abrange a ideia em torno de um bem-estar ambiental (assim como um bem-estar social) indispensável a uma vida digna, saudável e segura. Dessa compreensão, pode-se conceber a indispensabilidade de um patamar mínimo de qualidade ambiental para a concretização da vida humana em níveis dignos. Aquém de tal padrão ecológico, a vida e a dignidade humana estariam sendo violadas no seu núcleo essencial. A qualidade (e segurança) ambiental, com base em tais considerações, passaria a figurar como elemento integrante do conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, fundamental ao desenvolvimento de todo o potencial humano num quadrante de completo bem-estar existencial.³⁷

Com efeito, não se pode mais chegar a outra conclusão, senão a de que a interpretação atual que se dá ao conceito de dignidade da pessoa humana, inclui também como direito fundamental, o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, que possa garantir, também, o direito das futuras gerações.

5 A POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO DE CONFLITOS AMBIENTAIS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS

A necessidade pelo desenvolvimento a qualquer custo ainda está presente nas sociedades atuais, quer seja justificada para melhorar as desigualdades sociais quer seja por motivos de conforto e bem-estar.

Assim, a produção em massa de bens de consumo pode gerar conflitos, haja vista que são necessários grandes investimentos que, muitas vezes, podem afetar diretamente o meio ambiente, a exemplo do ocorrido em Rondônia-Brasil, com a construção das usinas Jirau e Santo Antônio, para produzir energia elétrica em grande escala por meio de hidroelétricas.

Com efeito, não só a população ribeirinha do Rio Madeira no Brasil foi afetada, como parte da Bolívia, em razão da grande área de alagamento que foi necessária para garantir a formação do lago capaz de produzir a energia elétrica planejada.

Há impactos de toda ordem, citando-se como exemplos, a erosão das margens dos rios, alteração no fluxo de correntezas, remoção de pessoas ribeirinhas, modificação na fauna e flora, dentre tantos outros.

Assim, tendo em vista que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, sendo ele considerado um direito fundamental, e mais, um direito que está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, haja vista que há uma dimensão ecológica, que abrange a ideia de bem-estar ambiental, é possível sustentar que os impactos produzidos pelo desenvolvimento tecnológico podem gerar conflitos

37 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. p. 51.



que envolvam, inclusive, mais de um país.

Nesses casos, a resolução dos conflitos depende de como se interpreta os danos produzidos.

Cada país, com fundamento em sua soberania deve ser responsável pelo julgamento daquilo que afeta o seu território?

As decisões produzidas individualmente em cada país poderiam ser eficazes para reparar o dano ou, mais do que isso, sinalizar que ele não deva ocorrer novamente?

E se houver falha ou omissão na aplicação da lei em um dos países?

Quem deve pagar essa conta, o meio ambiente?

Assim, considerando a evolução do conceito de dignidade da pessoa humana, que abriga também uma dimensão ecológica, pode-se concluir que, em casos de falha ou omissão de um Estado em conhecer e julgar um conflito com origem ambiental, que afete mais de um país, a Corte Interamericana de Direitos Humanos seria o órgão supranacional com legitimidade para julgamento deste tipo de conflito.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, de acordo com seu Estatuto,³⁸ “é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos” e tem competência jurisdicional e consultiva. No que se refere à competência jurisdicional, atua de acordo com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, visto que as principais características são as seguintes:³⁹

- Somente os Estados-Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte (art. 61, 1)

- A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições da Convenção que lhe seja submetida, desde que os Estados-Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial ou por convenção especial (art. 62, 3);

- Quando a Corte decide que houve violação de um direito ou liberdade protegidos na Convenção, determina que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determina, também, a reparação das consequências da medida ou o pagamento de indenização (art. 63, 1);

- Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, nos assuntos que estiver conhecendo, pode tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes (art. 63. 2);

Levando-se em conta a argumentação realizada até aqui, é possível concluir que,

38 CIDH. Estatuto da Corte Interamericana de Direito Humanos. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.Estatuto.Corte.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

39 CIDH. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016.



tendo havido uma releitura do aspecto constitucional relacionado ao meio ambiente, que além de reafirmá-lo como direito fundamental, reconheceu sua vinculação estreita aos direitos humanos, de forma concreta e não apenas formal, é possível sustentar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos pode incluir em sua competência a análise de conflitos que envolvam a violação de direitos ligados ao meio ambiente, especialmente se eles afetam mais de um país.

Também é possível defender a competência da mencionada Corte, para os casos de falha ou omissão na aplicação da lei em um dos países que teriam sido afetados pela agressão ao meio ambiente.

Respeitadas as regras já existentes para fixação da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da mesma forma que já funciona para os casos de violação de direitos humanos, não há motivos que justifiquem o não conhecimento dessas novas questões, que afetam diretamente os seres humanos que hoje habitam o planeta Terra, inclusive em respeito às gerações futuras que poderão vir a habitá-lo.

A ferramenta de utilização de medidas provisórias em casos de extrema gravidade e urgência, se bem utilizada, pode evitar que grandes acidentes voltem a acontecer, o que é um benefício sem tamanho no que se refere à proteção de toda a natureza.

É imprescindível reconhecer, também, que uma decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem reais condições de sensibilizar as nações quanto à necessidade premente de proteção ao meio ambiente.

Por todos esses motivos, é oportuno que o debate acerca dessa questão entre na agenda mundial, mas em especial na dos governantes das Américas, onde a Corte localiza-se e exerce sua competência e onde está situada uma das mais importantes florestas tropicais do mundo, a Floresta Amazônica, com elevado quantitativo de espécies e árvores, para que com os argumentos aqui expostos e outros que venham a ser levantados, ainda que em sentido contrário, possa se chegar a um resultado que seja favorável à manutenção da vida no homem sobre a Terra.

6 CONCLUSÃO

Desde a fixação do homem a um local de moradia, com a criação da cidade, busca-se o desenvolvimento para obtenção de melhores condições de vida.

Com o incremento da população, é forçoso concluir que o conforto não é experimentado de igual forma por todos e, além disso, tem sido conseguido à custa de riscos tão graves que põe em perigo, inclusive, a existência humana na Terra.

O empenho em reduzir desigualdades sociais e mesmo garantir o bem-estar de parcela da população acaba por gerar danos ao meio ambiente, danos esses que muitas vezes carecem da devida restauração, tanto em relação à indenização, quanto em relação à reparação daquilo que foi danificado.



O Estado, no exercício de seu monopólio de determinar faculdades e obrigações à sua população, por si só, não tem sido eficiente em evitar que grandes catástrofes sejam evitadas e, muitas vezes, não consegue que a compensação ocorra de forma a realmente recuperar aquilo que foi danificado.

O controle estatal, a gana por desenvolvimento, a saga daqueles que defendem o meio ambiente, seja de maneira antropocêntrica (moderadamente) seja de maneira biocêntrica (de forma mais radical), geram conflitos de toda ordem, podendo chamar esses conflitos de ambientais.

Assim, se o homem vive em constante conflito e ainda provoca danos ao meio ambiente, necessário que esses conflitos, principalmente quando aconteçam em lugares que gerem consequências para mais de um país, sejam decididos por um órgão supranacional, que seja capaz de identificar os reais impactos ocorridos, bem como responsabilizar aqueles que o causaram, inclusive com a fixação de indenização e reparação, se for o caso.

Com efeito, a defesa de modificação da interpretação da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para também atuar nos casos de violação do direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, como consequência de sua caracterização como direito fundamental e vinculado à dignidade da pessoa humana é medida que vai ao encontro da minimização dos riscos que o desenvolvimento provoca.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Hacia una nueva modernidade. Tradução do alemão para o espanhol de Jorge Navarro. Buenos Aires: Paidós, 1998.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. Petrópolis-RJ: Vozes, 2012.

CIDH. **Estatuto da Corte Interamericana de Direito Humanos**. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.Estatuto.Corte.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

_____. **Convenção americana sobre direitos humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016.

COULANGES, Numa-Denys Fustel. **A cidade antiga**. São Paulo: Editora das Américas S. A., 2006. E-Book. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional no Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.



FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008.

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

HERMANN Heller. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

LATOUCHE, SERGE. **La apuesta por el decrecimiento**. Cómo salir del imaginario dominante? Tradução do francês para espanhol de Patrícia Astorga. Barcelona: Icaria, 2008.

LEFF, Enrique. **Discursos sustentáveis**. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez, 2010.

OEI. Organização dos Estados Ibero-Americanos. Guerras perturbam o meio ambiente. Disponível em: <http://www.oei.es/divulgacioncientifica/reportajes_049.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016.

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

ROMERO, Simon. Authorities Assess Toll of Burst Dam in Brazil. **The New York Times**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2015/11/06/world/americas/authorities-assess-toll-burst-dam-in-brasil.html?_r=0>. Acesso em: 19 abr. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. 4. ed. São Paulo: RT, 2014.



BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – LEGITIMIDADE SOCIAL E INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO – O CASO DE MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA-RS

Ana Helena Karnas Hoefel Pamplona¹

1 INTRODUÇÃO

Passaram-se anos para se chegar à forma de estado atual. A hoje chamada República Federativa do Brasil chegou, de um quase completo descaso estatal no que tange aos direitos sociais,² a um protecionismo considerado, por muitos, exacerbado.³ Todavia, a insatisfação é geral.⁴ Os que possuem maiores recursos financeiros reclamam que contribuem para o sustento do Estado sem obter nada em troca. Os menos afortunados mantêm a insatisfação em relação à qualidade ou até mesmo inexistência do cumprimento de seus direitos. Entre o completo

- 1 Mestre em Direito Público e Privado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal; Subcoordenadora do Curso de Direito de Capão da Canoa da Universidade de Santa Cruz do Sul; Profª Departamento de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. E-mail: anahelena@unisc.br
- 2 Os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia de igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas guiado pelo valor da justiça material. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 71.
- 3 “O reconhecimento da insuficiência do mercado em prover bem-estar e reduzir desigualdades impõe ao Estado uma agenda positiva que, antes de representar mera concessão do aparelho estatal às pressões sociais, significa um início de transformação do Estado para além da representação dos interesses de uma determinada classe”. BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. Os Direitos Sociais e as Constituições Democráticas Brasileiras: Breve Ensaio Histórico. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de. **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2010. p. 512
- 4 Esse cenário de divergência não é novidade. Qual o nível de intervenção do Estado quais os direitos e deveres mínimos do cidadão e conseqüentemente, qual a melhor interpretação a ser dada para a Constituição Federal são temas eternamente em pauta. A tendência do ser humano, em regra, é dar a interpretação que melhor lhe convém. Keith E. Whittington, como exemplo, lembra que liberais acusam os conservadores de realizarem uma leitura objetivando a manutenção da riqueza e dos privilégios, enquanto os conservadores acusam os liberais de interpretarem de forma a satisfazer seus interesses de redistribuição de riqueza. WHITTINGTON, Keith E. **Constitutional Interpretation: textual meaning, original intent, and judicial review**. Lawrence: University Press of Kansas, 1999. p. 08



individualismo,⁵ pautado tão somente pela meritocracia e o império da solidariedade social extrema, com redistribuição de riquezas existe um meio do caminho, onde o esforço individual é recompensado e valorizado e o mínimo existencial^{6 7} é garantido sem representar um desestímulo ao desempenho do cidadão de seus deveres fundamentais.

Sem delongas no assunto, algumas considerações sobre deveres fundamentais⁸ ⁹ são relevantes, posto que esses configuram condição *sine qua non* para viabilizar a efetividade dos direitos fundamentais. José Casalta Nabais¹⁰ defende que deveres fundamentais, em verdade, são direitos a uma repartição universal ou geral dos encargos comunitários, fruto da existência e funcionamento do Estado. Dessa forma, é possível concluir que impor-se-ia^{11 12} a todos os cidadãos também os custos de infortúnios existentes na sociedade.

5 “[...] não são poucos os que, ainda aferrados à ideologia individualista, mostram-se refratários a qualquer forma de solidarismo social custeado com recursos públicos [...]” MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 714-715.

6 “[...] todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (minimum core of economic and social rights)”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., 17. Reimpressão. Portugal: Almedina. p. 518.

7 “[...] são verdadeiros direitos sociais originariamente derivados da constituição sempre que eles constituam o *standard* mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., 17. Reimpressão. Portugal: Almedina. p. 518.

8 ⁹ “As políticas para aliviar a pobreza têm servido, algumas vezes, para estimular a relutância ao trabalho e o ócio de pessoas perfeitamente capazes e saudáveis” (grifo próprio). VON MISES, Ludwig. **Ação humana: um tratado de economia**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil. 2010.

10 NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Almedina: Coimbra, 2004. p. 139.

11 Sobre a imposição de deveres, mister referir seu fundamento de legitimidade. Cristina Pauner Chulvi destaca duas teorias. A primeira delas é baseada no poder sancionador do Estado enquanto a segunda decorre da existência do pacto social. CHULVI, Cristina Pauner. **El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos público**. Castelló de la Plana: Jaume, 2001, Tese de doutorado apresentada na *Facultad de Ciencias Jurídicas e Económicas* da *Universitat Jaume I*. p. 53.

12 José Casalta Nabais diferencia os fundamentos dos deveres fundamentais em lógico e jurídico. O fundamento lógico reconhece os deveres fundamentais como expressão da soberania fundada na dignidade da pessoa humana, enquanto o fundamento jurídico explica os deveres fundamentais como resultado de previsão constitucional. NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos Direitos fundamentais: os deveres e o custo dos Direitos**. Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2016. p. 06 e 07.



Vive-se, hoje, em uma sociedade onde o sentimento reivindicativo, oposto à ideia de dever, cresce intensamente. Esse fenômeno, como assevera Gregorio Robles,¹³ traduz-se em um decréscimo da solidariedade e em uma justificação do hedonismo. Tal situação vai ao encontro de um dos objetivos da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária.

O cenário descrito e as divergências existentes podem ser identificados em determinadas áreas de forma mais clara. A Seguridade Social, mais precisamente a Assistência Social, e as diversas prestações por ela garantidas têm gerado polêmica entre governantes, governados, governantes e governados, tendo em vista que a “obrigação de prestar a assistência social independe de contribuição à seguridade social, daí o caráter solidário e redistributivo de tal prática”.¹⁴

As discussões são infundáveis e parecem terminar em dois polos: defensores das “bolsas” concedidas pelo Estado e seus ferrenhos opositores. Ocorre que os diversos programas governamentais, especialmente na área assistencial, têm razões de existência distintas, e se analisados com o devido cuidado, muitos deles seriam motivo de consenso e não de discórdia. “São conhecidas as manifestações de espírito social que contrapuseram ao individualismo alguma forma de caridade ou mesmo de solidariedade entre pessoas ou grupos”.¹⁵

O Benefício de Assistência Social de Prestação Continuada, também conhecido como Benefício Assistencial, LOAS, Benefício de Amparo Social ou BPC é um excelente ponto de partida para uma análise doutrinária e jurisprudencial. Ainda, o exame quantitativo e qualitativo de decisões judiciais da Justiça Federal de Capão da Canoa, pequeno Município do litoral gaúcho, evidenciarão o cenário de contradições no que tange à benesse assistencial.

2 O ESTADO E A ASSISTÊNCIA SOCIAL

A Seguridade Social, enquanto direito fundamental social, é formada por três grandes áreas: Saúde, Previdência Social e Assistência Social. Esta tem por escopo cobrir necessidades não asseguradas pelas demais, ou seja, atua de forma residual na tentativa de garantia da manutenção do mínimo existencial, através de serviços, utilidades e prestações pecuniárias. Fala-se em tentativa, pois a limitação dos recursos

13 ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005. p. 18.

14 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 608.

15 BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 59.



estatais^{16 17} impõe aos governantes a opção por determinadas políticas públicas para concretizar direitos sociais os quais “tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”.^{18 19}

Conclui-se, por conseguinte, que é plenamente razoável, mesmo dentro da escassez de recursos, “estabelecer prioridades entre as diversas metas a atingir, racionalizando a sua utilização, a partir da ideia de que determinados gastos, de menor premência social, podem ser diferidos em favor de outros, reputados indispensáveis e urgentes”.²⁰ Convém lembrar que a escolha por determinados programas sociais é legitimada a partir do momento que é feita por governantes democraticamente eleitos. Ainda, são realizadas em um cenário onde as necessidades humanas são constantemente ampliadas, sem a possibilidade de igual “expansão do conjunto de programas sociais destinados a satisfazer tais necessidades”.²¹ Sobre a temática,

16 “*The Declaration of Independence states that ‘to secure these rights, Governments are established among men’. To the obvious truth that rights depend on government must be added a logical corollary, one rich with implications: rights cost money. Rights cannot be protected or enforced without public funding and support. This is just as true of old rights as of new rights, of the rights of American before as well as after Franklin Delano Roosevelt’s New Deal. Both the right to welfare and the right private property have public costs. The right to freedom of contract has public cost no less than rights to health care, the right to freedom of speech no less than the right to decent housing. All rights make claims upon the public treasury.*” Livre tradução: A declaração de Independência afirma que para garantir esses Direitos os governos são estabelecidos entre homens. Para a óbvia verdade que Direitos dependem do governo deve ser acrescentada uma verdade lógica: Direitos custam dinheiro. Direitos não podem ser protegidos ou aplicados sem financiamento e apoio público. Isso vale tanto para os Direitos antigos como para os novos Direitos, para os Direitos americanos, tanto antes como depois do Programa *New Deal* de Franklin Delano Roosevelt. Ambos os Direitos de bem-estar e propriedade privada têm custos públicos. O Direito de liberdade de contratação tem tanto custo público quanto o custo do Direito à saúde, Direito de liberdade de expressão tem tanto custo quanto o custo do Direito à moradia digna. Todos os Direitos reclamam o dinheiro do tesouro público. HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999. p. 15.

17 “[...] qualquer Direito implica custos – às vezes altíssimos – ao Estado. Ou seja, não são apenas aqueles Direitos garantidos pelo que se convencionou chamar de “norma de eficácia limitada” que exigem uma ação onerosa ao Estado, mas também as liberdades públicas e Direitos públicos (e todos os outros Direitos). SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 232.

18 DA SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 289.

19 Os direitos sociais “valem como pressuposto do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento de igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício da efetiva liberdade”. DA SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 289.

20 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 713.

21 BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 86.



apesar de não ser tema central da presente discussão, imperioso lembrar o reconhecimento por grande parte da doutrina das “cláusulas de proibição de evolução reaccionária ou de retrocesso social (ex.: consagradas legalmente as prestações de assistência social, o legislador não pode eliminá-las posteriormente sem alternativas ou compensações)”.²²

Em casos específicos, de extrema miserabilidade, onde não se discute a “dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado”,²³ o grande desafio é fazer com que esse “cumpra a tarefa de forma igualitária e distributivista, sem a qual não haverá democracia nem liberdade”.²⁴

Em relação ao Benefício Assistencial de Prestação Continuada, uma análise atenta de seus beneficiários e requisitos leva a quase indiscutível conclusão que, pelo menos nesse caso, a escolha de alocação de recursos leva os direitos a sério e não despreza a escassez financeira do Estado,²⁵ como ensina Stephan Holmes e Cass R. Sustein.²⁶

2.1 Benefício Assistencial de Prestação Continuada

O Estado, enquanto “estrutura ordenada com vistas a servir a coletividade e prover a pessoa humana das condições materiais mínimas de existência”,²⁷ através do Benefício Assistencial protege uma “gama da população que demanda, indubitavelmente, uma atenção especial”²⁸: idosos e deficientes físicos. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet lembra que:

22 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., 17. reimpressão, Portugal: Almedina. p. 479.

23 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 378.

24 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 379.

25 Lembra-se que para os liberais, o colapso do Estado de bem-estar social foi em razão do excesso de intervenção estatal, com políticas públicas em excesso extremamente custosas para o erário. DA COSTA, José Ricardo Caetano. Os Direitos Sociais previdenciários no Estado Liliputista: 25 anos de retração e desconstituição. In: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; AGOSTINHO, Theodoro Vicente. **A seguridade social nos 25 anos da Constituição Federal**. São Paulo: LTR, 2014, p.33-49. p. 35.

26 HOLMES, Stephan; SUSTEIN Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W Norton & Company, 1999. p. 94.

27 CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 768.

28 WICKERT, Magali **Assistência social: benefícios e previsão constitucional**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 25, ago. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao025/magali_wickert.html>. Acesso em: 28 fev. 2015.



O direito (humano e fundamental) de uma pessoa idosa ou de um incapaz à assistência tem por escopo imediato e, portanto, primordial (embora não exclusivo), a tutela do interesse individual na subsistência com dignidade, e não no interesse coletivo (ou social, se assim preferir) na proteção e preservação dos idosos ou incapazes como membros de um grupo determinado, ainda que este interesse assuma relevância e implique um conjunto de direitos e deveres.²⁹

Exatamente no contexto de garantir um interesse individual de subsistência com dignidade (mínimo existencial)^{30 31} que a Assistência Social garante prestação pecuniária de renda mínima para essa categoria de vulneráveis quando enquadrados em situações específicas. Trata-se de um típico exemplo, onde o Estado, mais precisamente, o Poder Legislativo atua não apenas em consonância, mas também para a concretização das normas constitucionais, e, conseqüentemente, a efetividade dos direitos fundamentais.³²

29 SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisados à luz do exemplo do direito à proteção do Direito à Saúde. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 4, Porto Alegre: HS EDITORA, jan/mar 2010, p. 205-228. p. 217.

30 São consideradas essenciais, em primeiro lugar, as despesas que condicionam a sobrevivência em si. Dessa forma, o valor do mínimo existencial **dependerá dos custos de alimentação, habitação, vestuário e outros, todos em um patamar que garanta a subsistência física do sujeito**. Da mesma forma, é essencial que sejam levados em conta os custos de uma participação pequena, ainda que não excessivamente incipiente, na vida política, social e cultural. (grifo próprio) COSTA NETO, João. Dignidade humana, assistência social e mínimo existencial: a decisão do bundesverfassungsgericht que declarou a inconstitucionalidade do valor do benefício pago aos estrangeiros aspirantes a asilo. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 01, n.1, janeiro/junho, 2014, Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, p.173-197. p. 186.

31 Entre as estratégias de definição do assim designado mínimo social, importa considerar a identificação deste conteúdo ao mínimo existencial ou vital, concebido, em regra, **como o conjunto de prestações que garantam a sobrevivência física e moral do indivíduo ou, o que é o mesmo, o necessário para uma vida digna – estando a sua determinação, numa versão ambiciosa, a sofrer as influências dos diferentes contextos socioculturais**. Outra via de definição é a identificação do mínimo social a um conteúdo nuclear presente em cada direito social, indisponível pelo legislador e imune às limitações da *reserva do (financeiramente possível)*. THOMÉ, Amanda Travincas; NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 4, Porto Alegre: HS EDITORA, abr/jun 2010. p. 209.

32 SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas**: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003. p. 29-49.



2.1.1 Do fator ensejador da proteção e seus requisitos

O Poder Constituinte ao tratar da Assistência Social prevê, em seu inciso V, artigo 203 da Constituição Federal, o direito a “um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.³³ Nesse sentido, a lei 8.742 de 1993 estabeleceu critérios objetivos para aferição daqueles previstos na Carta Magna.

2.1.1.1 Idosos e deficientes

O benefício em tela é garantido a idosos e deficientes que não tenham condições de sustentar-se ou de ter o sustento provido pela família. Ou seja, a impossibilidade de exercer atividade laborativa apta a gerar recursos suficientes para o sustento corroborada, muitas vezes com o alto custo que essas pessoas têm com a sua saúde, colocam-nas em uma situação de vulnerabilidade apta a ensejar a interferência e proteção estatal.³⁴

Lembra-se que a atuação do Estado para proteger idosos e deficientes é obrigação internacionalmente assumida pela República Federativa do Brasil através do Protocolo de San Salvador (art. 17 e 18)³⁵ e Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.³⁶

Cumprе esclarecer que para a legislação assistencial é considerado idoso aquele que contar com 65 (sessenta e cinco anos) ou mais. Dessa forma, em razão da existência de previsão específica, não se aplica o Estatuto do Idoso (Lei 10.741 de 2003) o qual estabelece o marco temporal de 60 anos. A pessoa portadora de deficiência é aquela que possui impedimento de longo prazo (produzem efeito pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos - artigo 20, §§ 2º e 10 da Lei 8.742/92) de natureza física, mental, intelectual ou sensorial e que, em razão disso, possam ter a sua participação plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas, prejudicada.

33 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 ago. 2016.

34 PAMPLONA, Ana Helena Karnas Hoefel; DA SILVA, Thalita Lopes. **Benefício de prestação continuada**: a (im)possibilidade de flexibilização dos requisitos para sua concessão. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13187/2372>>. Acesso em: 12 de dezembro.

35 <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm>. Acesso em: 14 nov. 2016.

36 Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencaopessoascomdeficiencia.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2016.



Em relação à exigência de impedimento de longo prazo para a caracterização da deficiência ensejadora do benefício alguns debates são travados. Seguindo essa disposição, o § 1º do artigo 2º do Estatuto das Pessoas com Deficiências (lei 13.146 de 2015) dispõe que a avaliação considerará: os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; a limitação no desempenho de atividades; e a restrição de participação. O § 6º do artigo 16 do Decreto 6.214/17 garante o benefício para os casos onde apesar de não ser possível prever a duração dos impedimentos, existe a possibilidade de que se estendam por longo prazo. A restrição legislativa a qual exige o impedimento de longo prazo parece preocupar-se em impedir que o benefício em questão seja utilizado como subsidiário de forma indiscriminada aos benefícios por incapacidade garantidos pela Previdência Social. Ou seja, a benesse assistencial não visa proteger todos os enfermos incapacitados para a atividade laborativa que não se encontram resguardados pelo sistema previdenciário, mas tão somente os enfermos enquadrados como deficientes.

Resta esclarecer, contudo, que o tema é polêmico e alguns tribunais³⁷ têm concedido a prestação assistencial em casos de incapacidade temporária e parcial onde a reinserção no mercado de trabalho apesar de possível é improvável. Em inúmeros julgados observa-se a justificativa de que o julgador não deve restringir o que não restringiu a legislação, inferindo-se, por conseguinte, que o benefício assistencial de prestação continuada não se restringe aos casos de incapacidade permanente.

O Instituto Nacional do Seguro do Social, autarquia previdenciária que auxilia a assistência social na administração do benefício, discorda do posicionamento judiciário por entender que este violaria os princípios constitucionais da seletividade e distributividade, na medida em que estaria criando um novo tipo de benefício assistencial ou ampliando as hipóteses legais de concessão.

Necessário definir, portanto, se os indivíduos com incapacidade total e temporária enquadram-se ou não no vulnerável que o Estado escolheu por proteger quando da criação do benefício ou, ainda, se tratar-se-ia ou não de um caso de alteração semântica “dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação”.³⁸ No Estado do Rio Grande do Sul, o tema foi objeto da súmula 18 das Turmas Recursais: “A incapacidade temporária, ainda que parcial, é suficiente para o reconhecimento do direito ao benefício assistencial”.

37 BRASIL. TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO - 200932007033423, Rel. Juiz Federal Paulo Ricardo Arena Filho, Decisão: 05/05/2011, Publicação: DOU 30/08/2011. No mesmo sentido: BRASIL. Turma Regional de Uniformização do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Incidente de Uniformização nº 5002028-03.2012.404.7107, Relator: Juiz Federal João Batista Brito Osório, Decisão: 19/10/2012, Publicação: 23/10/2012.

38 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 130.



Nota-se que independentemente do rigorismo para determinar os possíveis titulares, a benesse assistencial em discussão pode ser considerada como humanitária. Não se trata de ajudar aqueles que teriam condições atuais de trabalho e não fazem, mas sim aqueles que, além de pertencerem a famílias de baixa renda, pelo adiantar da idade ou infortúnios da vida geradores de limitações de ordem biológica, dificilmente terão meios satisfatórios de sustento mínimo.

Sobre a temática, com o escopo de incentivar o debate é interessante distinguir os possíveis legitimados à benesse estatal, em dois grandes grupos: o deficiente que jamais teve a possibilidade de labor e, conseqüentemente, não se encontra protegido pela Previdência Social por razões alheias à sua vontade e os idosos ou aqueles que adquiriram enfermidades incapacitantes. Nesse último caso, a ordem natural do sistema seria que a Previdência Social resguardasse o risco social da incapacidade e velhice, pois, pelo menos, em tese, esses cidadãos deveriam estar trabalhando e, conseqüentemente, teriam a proteção assegurada.

A proteção do primeiro grupo (deficientes de longo prazo) é menos censurada, tendo em vista que as limitações não podem ser atribuídas ao vulnerável e à miserabilidade da família, por inércia ou falta de possibilidade dos pais e parentes próximos, não pode significar uma punição àquele que nunca teve a opção de agir diferente.

O segundo grupo encontra maior rejeição, e, por isso, merece uma análise mais aprofundada. A irresignação de muitos centra-se na ideia de que os auxiliados encontram-se nessa situação em razão de ato volitivo, ou seja, não estão protegidos pelo sistema previdenciário pela opção de não trabalhar ou de, apesar de obrigado, optar por sonegar contribuições sociais. A primeira grande consideração a ser feita é que, apesar de verdadeira, a alegação de que o desamparo existente é decorrente da inércia laborativa voluntária, em países como o Brasil, não pode ser considerada como absoluta. O desemprego nem sempre é voluntário. Questiona-se, por conseguinte, se seria possível e viável separar essas situações.

Importante mencionar que no Sistema de Seguridade Social da Constituição Federal de 1988, a existência de proteção previdenciária e assistencial encontra alicerces tanto semelhantes como diferentes. No que tange às diferenças, enquanto a Previdência Social aproxima-se da meritocracia, onde contribui-se para proteger os que agora precisam para ser protegido quando da necessidade,³⁹ a Assistência Social

39 “A existência da previdência social está diretamente ligada com a estrutura do individualista do capitalismo: qualificando como segurados, via de regra, as pessoas que exercem atividades profissionais remuneradas (ressalvados especiais e facultativos), que não podem não obter remuneração, mas ou trabalham ou contribuem), só serve a quem trabalha – exercendo o seu papel no sistema de solidariedade. Essas pessoas são protegidas juridicamente em caso de eventual exposição a riscos sociais previstos em direito que lhes prejudiquem a força produtiva, garantindo-lhe o sustento substitutivo”. GNATA, Noa Piatã Bassfeld. A solidariedade social previdenciária nos 25 anos da constituição de 1988. In: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; AGOSTINHO, Theodoro Vicente. **A seguridade social nos 25 anos da Constituição Federal**. São Paulo: LTR, 2014, p. 83-

harmoniza-se com questões humanitárias. Nesse sentido, Miguel Horvath Junior⁴⁰ lembra que “a justiça social deve observar princípios da igualdade proporcional e considerar a necessidade de uns e a capacidade de contribuição de outros”.

O distanciamento da Assistência Social em relação à meritocracia⁴¹ tem pontos positivos e negativos. Ajudar necessitados, ainda que cidadãos extremamente displicentes em todos os sentidos, em situação de extrema vulnerabilidade, é necessário por questões humanitárias. Reconhece-se, todavia, que a existência dessa benesse não pode configurar estímulo e proteger aqueles que optam diretamente ou indiretamente em manter-se em situação de dependência estatal. Indiretamente, pois, lembra-se que a obrigação de sustento primordial é da família, que não pode utilizar a ajuda assistencial para um membro como justificativa para a eterna inatividade.

Talvez uma solução intermediária para a temática fosse assegurar a proteção estatal por períodos determinados de tempo, onde fosse assegurado ao beneficiário ou à sua família um período de transição, propiciando meios para que, no futuro, possam prover o próprio sustento. Trata-se da ideia de uma ajuda temporária, onde aqueles que nada fazem para mudar a realidade familiar perdem a proteção.

Cumprir destacar que a utilização correta dos recursos por parte da família no cuidado do vulnerável deve ser fiscalizada. Em nada adianta o Estado proteger idosos e deficientes, sem verificar se essa proteção está sendo efetiva. Deve-se ter em mente que a quantia monetária destinada não tem por escopo o sustento da família, mas sim viabilizar condições dignas para aqueles que se encontram impossibilitados de garantir-se.

2.1.1.2 Impossibilidade de sustento pelo núcleo familiar

Como antes mencionado, reconhecendo a escassez de recursos, o legislador apenas garante o benefício assistencial, o qual não exige nenhuma contraprestação, em casos de real necessidade. Assim, se apesar da situação limitadora do indivíduo, a sua família tem condições financeiras de ajudar, o Estado não precisa intervir para garantir a existência digna.⁴²

94. p. 84.

40 HORVATH, Júnior Miguel. A seguridade social nos 25 anos de vigência da constituição federal: algumas reflexões à luz da ordem social X ordem econômica. In: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; AGOSTINHO, Theodoro Vicente. **A seguridade social nos 25 anos da Constituição Federal**. São Paulo: LTR, 2014, p. 63-82. p. 65.

41 “Meritocracia representa uma tendência contemporânea, pautada no reconhecimento do valor das pessoas, fazendo com que essas entendam o diferencial que conferem a cada trabalho, cada processo. Pela Meritocracia, cada profissional é recompensado por seus próprios méritos e esforços.”. DE MORAES, Glauco Costa. **Meritocracia análise teórico-conceitual**. Disponível em: <http://www.funceb.org.br/images/revista/_REV_FUNCEB_5n3y.pdf>. Acesso em: 13 set. 2016.

42 “Quanto às políticas de assistência social: uma das condições sob a ótima política para a aprovação da seguridade social nas discussões que antecederam a aprovação do texto constitucional de



O critério para aferição da situação financeira da família é determinado pelo §3º do artigo 20 da legislação regulamentadora (Lei 8472 de 1993). Esse considera família de baixa renda aquela que detém renda familiar per capita de até ¼ (um quarto) do salário mínimo vigente.

O Supremo Tribunal Federal já foi chamado para manifestar-se sobre o critério determinador da miserabilidade por inúmeras vezes. Em um primeiro momento, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucional 1.232/DF, julgada em agosto de 1998, a Corte Constitucional optou pela constitucionalidade do dispositivo sob o argumento de que se tratava de requisito objetivo. Não obstante a decisão, diversos juízes e tribunais afastavam o critério de ¼ e aferiam a miserabilidade familiar a partir de laudos com as características socioeconômicas.

A manutenção da discussão levou a rediscussão do tema pela Tribunal Constitucional, entretanto, através de controle difuso de constitucionalidade. No julgamento dos recursos extraordinários 567985 e 580963,⁴³ os Ministros decidiram pela inconstitucionalidade do dispositivo.

Contudo, o quórum para a modulação dos efeitos da decisão e a consequente aplicação erga omnes não foi obtido.

Dessa forma, no cenário atual, mantém-se a discrepância entre a postura da autarquia previdenciária que aplica o requisito numérico objetivo e as manifestações do judiciário em sentidos diversos, ora relativizando o requisito ora seguindo o entendimento administrativo. Todavia, é necessário fazer referência ao julgamento da Reclamação 18.636, publicada no Informativo 813 do STF, julgada no final do ano de 2015. Nesta, o Ministro Relator, em decisão monocrática, determinou a aplicação erga omnes da decisão de inconstitucionalidade proferida em controle difuso, por tratar-se de mudança de posicionamento em relação ao primeiro julgamento da temática em controle concentrado. Assim, caso exista violação por outro órgão jurisdicional no que foi decidido nos Recursos Extraordinários antes referidos, caberá reclamação no Supremo Tribunal Federal.

2.1.2 A interferência do Poder Judiciário na concessão do benefício

O Benefício de Assistência Social tem sido objeto de diversas demandas judiciais em razão da discrepância entre a interpretação dada aos requisitos pelo Instituto do

1988 foi a da limitação do critério econômico para acesso às prestações de assistência social". HORVATH, Júnior Miguel. A seguridade social nos 25 anos de vigência da constituição federal: algumas reflexões à luz da ordem social X ordem econômica. In: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; AGOSTINHO, Theodoro Vicente. **A seguridade social nos 25 anos da Constituição Federal**. São Paulo: LTR, 2014, p. 63-82. p. 78.

43 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236354>>. Acesso em: 15 ago. 2016.



Seguro Social e atribuída por muitos doutrinadores e juízes.⁴⁴ Dessa forma, a partir da análise dos dados obtidos em julgados de Vara Federal de um Município do Rio Grande Sul será possível uma análise crítica sobre o cenário atual.

3 O CASO DO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

O Município de Capão da Canoa, um dos mais importantes do litoral gaúcho, tem uma população de cerca de 41.040 pessoas distribuídas em uma área territorial de aproximadamente 97,100 km² (IBGE⁴⁵). Segundo dados obtidos junto à Secretaria de Assistência Social do ente federativo, em maio de 2015, existiam 848 pessoas em gozo do Benefício Assistencial de Prestação Continuada, lembrando que, em alguns casos, tal benesse foi concedida judicialmente.

O Município conta com Vara Federal que julga os mais diversos casos referentes ao Benefício Assistencial dos residentes em vários Municípios gaúchos,⁴⁶ servindo assim como excelente paradigma.

No ano de 2014, na referida Vara Federal foram proferidas 208 sentenças sobre o benefício assistencial de prestação continuada, sendo 86 procedentes, 87 improcedentes e 35 homologatórias de acordo. Em relação aos postulantes residentes no Município de Capão da Canoa, foram 56 sentenças, sendo 26 procedentes (13 pela Juíza Federal e 13 pela Juíza Federal Substituta), 20 improcedentes (12 pela Juíza Federal e 8 pela Juíza Federal Substituta) e 10 homologatória de acordos (3 pela Juíza Federal e 7 pela Juíza Federal Substituta). Os pedidos do Municípios dividiram-se em 39 por deficiência (incapacidade) e 17 por idade avançada.⁴⁷

Tratando-se dos pleitos baseados na idade avançada, o principal motivo de indeferimento judicial é o não preenchimento do critério da renda per capita. Nos pedidos da benesse por incapacidade o principal motivo da negativo judicial são a ausência de incapacidade ou a não realização da perícia determinada.

44 Sobre a função do Superior Tribunal de Justiça: “embora por sua destinação constitucional não tenha por objetivo realizar a justiça nos casos concretos, mas a exata exegese da norma federal infraconstitucional e a uniformidade interpretativa desta, o STJ, e com explícita ênfase, tem se preocupado com o justo [...]”. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 267.

45 Disponível em: <<http://cod.ibge.gov.br/I0X>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

46 Arroio do Sal, Balneário Pinhal, Capão da Canoa, Caraá, Cidreira, Dom Pedro de Alcântara, Imbé, Itati, Mampituba, Maquiné, Morrinhos do Sul, Osório, Terra de Areia, Torres, Tramandaí, Três Cachoeiras, Três Forquilhas, Xangri-lá. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=guia_varas_sede&selCodUF=RS&selCidadeSede=2373>. Acesso em: 21 set. 2016.

47 Os dados apresentados foram obtidos no Projeto de Pesquisa desenvolvido pela autora na Universidade de Santa Cruz do Sul com o apoio da Justiça Federal e Câmara de Vereadores (protocolo de referência junto a Universidade 181315).



Em relação aos casos de ausência de incapacidade, uma das varas federais tem julgamentos com critérios mais duros, uma vez que analisa de forma objetiva a necessidade de impedimento de longo prazo de 2 anos. Como exemplo, pode-se citar caso de incapacidade total e temporária (por 6 meses) de autor com lesão infecciosa no pé complicada pelo diabetes melito, cuja data de incapacidade foi fixada na data da perícia.⁴⁸

No mesmo sentido, foi julgada improcedente ação proposta por portador de lesão coronariana cuja incapacidade de 3 meses foi anterior ao pedido de concessão do benefício.⁴⁹

Em relação a casos de procedência, caso interessante refere-se à doença psicológica conhecida com transtorno bipolar, onde fica caracterizada uma incapacidade temporária e total ensejadora do benefício. Nesses casos, relevante destacar os aspectos analisados quando da perícia em um caso de reconhecimento de incapacidade:

1. APARÊNCIA: adequada; 2. ATITUDE: lamuriosa; 3. ATENÇÃO: normovigil e normotenaz; 4. SENSOPERCEPÇÃO: refere perturbações perceptivas; MEMÓRIA: comprometida, não testada; 6. ORIENTAÇÃO: orientada auto e alopsiquicamente; 7. CONSCIÊNCIA: lucidado; 8. PENSAMENTO: conteúdo mágico, lógico, idéias supervalorizadas de cunho persecutório, ideias de desvalia, de inutilidade, de culpa, sem ideação suicida, sem delírios paranóides, místicos e de grandeza; 9. LINGUAGEM: normolálica; 10. INTELIGÊNCIA: clinicamente na média; 11. HUMOR: triste, deprimido; 12. AFETO: hipomodulado; 13. JUÍZO CRÍTICO: prejudicado; 14. CONDUTA: hipoativa, avolição, anedonia, perturbações de sono.

4 CASOS INTERESSANTES ENVOLVENDO MUNICÍPIOS ABRANGIDOS PELA COMPETÊNCIA DA VARA FEDERAL DE CAPÃO DA CANOA

Ponto polêmico nos últimos anos refere-se aos portadores da síndrome da imunodeficiência adquirida. A existência da doença, por si só, não conduz à certeza da configuração da incapacidade laborativa, sendo necessária análise mais aprofundada com o intuito de verificar o estágio de desenvolvimento da enfermidade.

48 Disponível em: <https://eproc.jfrs.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=711403022791949721170000000140&evento=711403022791949721170000000075&key=c0edaf2b8fb99031d84e3519cae46eecd719d7e817c273152a7e33746accb171>. Acesso em: 21 ago. 2016.

49 Disponível em: <https://eproc.jfrs.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=71140449259251911180000000156&evento=71140449259251911180000000096&key=6a8640b6b249238ea7df0101a8b3ed6253829e32766ae8afb486c9f07ba4cc60>. Acesso em: 21 ago. 2016.



Não obstante a imposição de um grau avançado da doença para concessão de benesse assistencial, em razão do reflexo social da doença, a Turma Nacional de Uniformização editou a súmula 78:

Comprovado que o requerente de benefício é portador do vírus HIV, cabe ao julgador verificar as condições pessoais, sociais, econômicas e culturais, de forma a analisar a incapacidade em sentido amplo, em face da elevada estigmatização social da doença.

Conclui-se, por conseguinte, que existindo incapacidade do portador da síndrome, não existe maiores problemas no que tange ao direito à concessão do benefício.⁵⁰ A maior divergência encontra-se nos casos onde não existe incapacidade pericialmente reconhecida, sendo a marginalização social decorrente de uma “sociedade ainda preconceituosa e discriminatória”,⁵¹ a causa de pedir do benefício.

Em julgado do Município, o seguinte perfil social obteve procedência no pedido da sentença de primeiro grau, ainda que controversa a existência de incapacidade decorrente do vírus HIV: “não possui rendimento mensal; 57 anos; divorciado; pai de 3 filhos humildes; há 8 anos vive em Imbé; possui muitos conhecidos na localidade e sobrevive da ajuda de terceiros; não possui gastos mensais com manutenção; medicações utilizadas fornecidas gratuitamente na farmácia municipal; não possui nenhum bem móvel, ou imóvel; moradia⁵² é bem organizada e a mobília existente foi recolhida em lixões de descarte”.⁵³

Outro caso interessante trata de um portador de doença pulmonar obstrutiva crônica ocasionada pelo hábito do tabagismo, onde o benefício foi concedido em razão de incapacidade laboral total e temporária decorrente de distúrbio ventilatório moderado.⁵⁴

50 Disponível em: <https://eproc.jfrs.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=711411749588035091170000000204&evento=711411749588035091170000000128&key=10cec904ecfcfc26b47cf637f02b0c6c4e1e9e66d0775aeed4a8ca320b1227c9>. Acesso em: agosto de 2016.

51 Disponível em: <https://eproc.jfrs.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=711411749588035091170000000238&evento=711411749588035091170000000158&key=df662affba6e5091b0ce12a6972534e7e3ef74f727172b7861b498f3da3ed82c>. Acesso em: agosto de 2016.

52 “A moradia foi construída em terreno emprestado por vizinho. A casa é feita com material de reaproveitamento, em condições precárias, não possui assoalho, não possui água, a luz foi cedida pelo proprietário do terreno, localizado em final, sem calçamento”.

53 Disponível em: <https://eproc.jfrs.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=711411749588035091170000000238&evento=711411749588035091170000000158&key=df662affba6e5091b0ce12a6972534e7e3ef74f727172b7861b498f3da3ed82c>. Acesso em: agosto de 2016.

54 Disponível em: <https://eproc.jfrs.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_



Em situação peculiar, o benefício foi deferido para menor de idade enfermo apenas pelo período de dois anos, posto que, após cirurgia cardíaca corretiva, o problema foi corrigido, necessitando apenas dos cuidados inerentes a uma criança de 9 anos de idade.⁵⁵

5 RECURSOS E REVISÃO DAS DECISÕES PROFERIDAS EM 1ª INSTÂNCIA

Analisando o andamento dos processos referentes às 208 decisões relativas ao benefício assistencial em 1ª instância da Vara Federal de Capão da Canoa, observa-se que na maior parte dos casos não é interposto recurso e o processo transita em julgado. Dos julgados em análise, desconsiderando os casos de acordos (86 procedentes e 87 improcedentes) apenas 44 foram questionados e 12 obtiveram provimento. Utilizando um corte mais específico, os processos referentes aos residentes do Município de Capão da Canoa foram interpostos 12 recursos sendo 2 providos. O tempo médio de duração dos processos foi em torno de 1 ano e um mês.

A procuradoria do Instituto Nacional do Seguro Social, quando sucumbente, normalmente não interpõe recurso e, em regra, os valores não são suficientes para ensejar a remessa necessária. Nesse contexto, questiona-se se a autarquia mudou o posicionamento, já que indeferiu o pedido na via administrativa, ou simplesmente entende que o custo do processo é mais prejudicial.

Dos 86 processos procedentes, onde supostamente o INSS teria interesse, foram interpostos 6 recursos, obtendo êxito em 2 processos onde a miserabilidade do grupo familiar não foi comprovada, pois em ambos os casos os pais dos requerentes têm rendas decorrentes de aposentadorias.

Interessante mencionar recurso interposto pela procuradoria da autarquia no caso de soro positivo sem incapacidade laborativa. A sentença de primeiro grau foi inicialmente revertida em grau de recurso pela necessidade de comprovação da incapacidade, mas na decisão dos embargos infringentes o benefício foi reestabelecido. O relator mencionou: “no conceito atual exige-se que o impedimento de longo prazo interfira na participação em sociedade do indivíduo”, uma vez que “a incapacidade profissional não é mais o ponto central para a definição de deficiência”.⁵⁶

No caso dos 87 pedidos improcedentes em 1ª instância, foram interpostos

publico&doc=711402398044982921170000000114&evento=711402398044982921170000000083&key=17fc83cd105bab588db5796a46784ecda782ea1a41ab803add63355c17d5d79c>. Acesso em: agosto de 2016.

55 Disponível em: <https://eproc.jfrs.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=711414415572634241170000000018&evento=711414415572634241170000000019&key=5af05ba6da0e4596816fafa55a2df234e25cb842bc8c6e67143f5f664448b0>. Acesso em: agosto de 2016.

56 BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região. Embargos Infringentes nº5003827-05.2013.4.04.7121. Decisão: 15/09/2016. Publicação: 28/09/2016.



38 recursos, sendo 10 providos pelas mais diversas razões: comprovação da miserabilidade, reconhecimento de incapacidade ensejadora do benefício entre outras.

6 CONCLUSÃO

Os dados obtidos demonstram uma quase igualdade entre o número de sentenças de procedência e improcedência. Todavia, levando-se em consideração o número de acordos, onde a autarquia previdenciária acaba por ceder, pelo menos em parte ao postulado pelo autor, a conclusão é que a maior parte dos autores que tiverem seu benefício assistencial negado na via administrativa tem razão na perspectiva do Poder Judiciário. Dessa forma, inegável que exista uma discrepância entre a forma de analisar os requisitos nas duas esferas.

A autarquia previdenciária, sob o pretexto de proteger o dinheiro público, mantém uma postura interpretativa restritiva. Por outro lado, o Poder Judiciário, especialmente em relação aos Direitos Sociais, tende a interferir cada vez mais para garantir o mínimo existencial, ampliando o sentido da norma e/ou obrigando o Estado a conceder determinadas prestações.⁵⁷ Nesse sentido, em termos reflexivos, vale a leitura de trecho da obra *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria* de Jorge Reis Novaes:

Mas, mesmo em Estado democrático, a pressão do poder político sobre os direitos fundamentais ou a possibilidade de sua afectação pontual estão sempre presentes, a partir do momento em que tem de se reconhecer, hoje, que os procedimentos democráticos não garantem uma qualquer identidade natural entre lei e justiça e que, mesmo quando a lei se adequa às exigências materiais da Constituição de Estado de Direito, os actos da Administração e do Poder Judicial podem constituir intervenções restritivas ilícitas nos direitos fundamentais.⁵⁸

A realidade atual demonstra que não existe uma comunicação entre os poderes que devem sim ser independentes, sem esquecer, contudo, de manter a harmonia. Não se discute a necessidade de interferência do Poder Judiciário para corrigir diversas injustiças e a inatividade do Estado em diversas oportunidades. Contudo,

57 “[...] não atendendo a esse padrão mínimo, seja pela omissão parcial ou total do legislador, o Poder Judiciário está legitimado a interferir – num autêntico controle dessa omissão inconstitucional – para garantir esse mínimo existencial [...]” CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 765.

58 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Portugal: Coimbra, 2006. p. 21.



a ampliação da categoria de possíveis titulares de um benefício na esfera judicial pode acarretar uma completa desconexão entre o custo previsto e o custo criado. Se não houver uma harmonização entre os Poderes, não existe Estado que se sustente especialmente em termos orçamentários.

Outro ponto a ser lembrado é a extensão territorial do Estado brasileiro. Partindo-se do pressuposto que a unificação de uma interpretação pelo Supremo Tribunal Federal leva anos para ocorrer, quando ocorre, e que as posições do Poder Judiciário Ordinário são extremamente variadas, cria-se um descompasso entre os possíveis titulares da benesse assistencial em diferentes Estados e, conseqüentemente, uma flagrante violação ao princípio da isonomia.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BENTHAM, Jeremy. **The theory of legislation**. Bombay: Oceana Publications, 1975. p.57.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. Os Direitos Sociais e as Constituições Democráticas Brasileiras: Breve Ensaio Histórico. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de. **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., 17. reimpressão, Portugal: Almedina.

CHULVI, Cristina Pauner. **El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos público**. Castelló de la Plana: Jaume, 2001, Tese de doutorado apresentada na Facultad de Ciencias Jurídicas e Económicas da Universitat Jaume I.

COSTA NETO, João. Dignidade humana, assistência social e mínimo existencial: a decisão do bundesverfassungsgericht que declarou a inconstitucionalidade do valor do benefício pago aos estrangeiros aspirantes a asilo. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 01, n.1, p.173-197. p. 186. janeiro/junho, 2014.

COSTA, José Ricardo Caetano da. Os direitos sociais previdenciários no Estado Liliputista: 25 anos de retração e desconstituição. In: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; AGOSTINHO, Theodoro Vicente. **A seguridade social nos 25 anos da Constituição Federal**. São Paulo: LTR, 2014.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.



GNATA, Noa Piatã Bassfeld. A solidariedade social previdenciária nos 25 anos da constituição de 1988. In: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; AGOSTINHO, Theodoro Vicente. **A seguridade social nos 25 anos da Constituição Federal**. São Paulo: LTR, 2014.

HOLMES, Stephan; SUSTEIN Cass R. **The cost of rights: why libertys depends on taxes**. New York: W.W Norton & Company, 1999.

HORVATH, Júnior Miguel. A seguridade social nos 25 anos de vigência da constituição federal: algumas reflexões à luz da ordem social X ordem econômica. In: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; AGOSTINHO, Theodoro Vicente. **A seguridade social nos 25 anos da Constituição Federal**. São Paulo: LTR, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Glauco Costa de. **Meritocracia análise teórico-conceitual**. Disponível em: <http://www.funceb.org.br/images/revista/_REV_FUNCEB_5n3y.pdf>. Acesso em: 13 set. 2016.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e o custo dos Direitos**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Almedina: Coimbra, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Portugal: Coimbra, 2006.

PAMPLONA, Ana Helena Karnas Hoefel; DA SILVA, Thalita Lopes. **Benefício de prestação continuada: a (im)possibilidade de flexibilização dos requisitos para sua concessão**. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13187/2372>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisados à luz do exemplo do direito à proteção do Direito à Saúde. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre: HS EDITORA, ano 4, jan/mar 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.



TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

THOMÉ, Amanda Travincas; NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre: HS EDITORA, ano 4, abr/jun 2010. p. 209.

VON MISES, Ludwig. **Ação humana**: um tratado de economia. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil. 2010.

WHITTINGTON, Keith E. **Constitutional Interpretation**: textual meaning, original intent, and judicial review. Lawrence: University Press of Kansas, 1999.

WICKERT, Magali. Assistência Social: benefícios e previsão constitucional. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 25, ago. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao025/magali_wickert.html>. Acesso em: 28 fev. 2015.



A CONVENÇÃO DE HAIA, DE 19 DE MAIO DE 1993, RELATIVA À PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E À COOPERAÇÃO EM MATÉRIA DE ADOÇÃO INTERNACIONAL

Anabela Susana de Sousa Gonçalves¹

1 A ADOÇÃO INTERNACIONAL

Para falarmos em adoção internacional importa, em primeiro lugar, apurar o conceito de adoção. De acordo com o art. 1586º do Código Civil (CC) português, a adoção é um vínculo legal que se estabelece entre duas pessoas, equivalente à filiação natural. Encontramos a mesma equiparação da filiação adotiva à filiação natural no art. 1596º do Código Civil brasileiro. A adoção será internacional quando a situação em causa tem contacto com mais do que uma ordem jurídica quer em sede de constituição, quer em sede de reconhecimento. Na ordem jurídica portuguesa, o art. 2º, al. a), do Regime Jurídico do Processo de Adoção (RJPA), previsto na Lei nº 143/2015, de 8 de Setembro, define a adoção internacional como «processo de adoção, no âmbito do qual ocorre a transferência de uma criança do seu país de residência habitual para o país da residência habitual dos adotantes, com vista ou na sequência da sua adoção».

A adoção internacional é regulada pela *Convenção de Haia, de 19 de Maio de 1993, Relativa à Protecção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional* (Convenção de Haia), que entrou em vigor em Portugal em 1 de julho de 2004. Dela são contratantes 93 Estados, onde se inclui também o Brasil, país onde a Convenção se aplica desde 1 de julho de 1999. A Convenção aplica-se apenas em relação a adoções das quais resultem um vínculo da adoção (art. 2º, nº 1). Aplica-se sempre que uma criança que resida habitualmente num dos Estados contratantes da convenção (Estado de origem) seja deslocado para outro Estado contratante (Estado recetor), para ser adotado em um dos dois Estados ou, após a adoção no Estado de origem, por pessoa ou casal residente habitualmente no Estado recetor (art. 2º, nº 1).

Regulando esta Convenção de Haia as adoções internacionais tanto em Portugal, como no Brasil, propomos-nos, de forma breve, apurar os traços gerais em torno dos quais esta se estrutura, a partir da análise do seu regime jurídico, assim como assinalar a importância deste instrumento internacional como meio de proteção dos direitos fundamentais das crianças adotadas e das famílias adotantes: por um lado, protegendo as crianças alvo de adoção do tráfico e da venda; por outro, garantindo o reconhecimento dos vínculos de filiação adotiva constituídos em outros Estados.

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



2 O SISTEMA DA CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE ADOÇÃO INTERNACIONAL

2.1 Objectivos da Convenção de Haia sobre a adoção internacional

O preâmbulo da Convenção tem afirmações importantes para a compreensão do sistema instituído pela Convenção. Desde logo, o primeiro parágrafo acentua a importância da família para o desenvolvimento da criança, reconhecendo-se que esta «[...] deve crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão».

No segundo parágrafo encontramos a ideia da subsidiariedade da adoção, estabelecendo-se aí que os Estados contratantes devem criar condições para que a criança preferencialmente seja mantida na sua família biológica. Ainda assim, no terceiro parágrafo reconhece-se que a adoção internacional pode ser a única opção de dar uma família conveniente à criança, família que é um meio essencial para o seu desenvolvimento saudável, quando não é possível fazê-lo no seu Estado de origem.

O quarto parágrafo é particularmente importante, pois, em primeiro lugar, sujeita a adoção internacional ao superior interesse da criança e ao respeito dos seus direitos fundamentais. O princípio do superior interesse da criança tem raízes supranacionais que remontam à *Convenção sobre os Direitos da Criança*, adotada pelas Nações Unidas em 1989, sendo esta considerada um marco na defesa dos direitos das crianças.² Sendo o superior interesse da criança um dos princípios estruturantes da *Convenção sobre os Direitos da Criança* (constando do seu art. 3º), é um conceito indeterminado, que deve ser preenchido de acordo com as circunstâncias do caso concreto e das especificidades da situação da criança.³ Ainda assim, deve ser entendido no sentido de que as decisões referentes à criança devem garantir o desenvolvimento da sua integridade física, psicológica, moral e espiritual, de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana.⁴ Ora, é este princípio

2 Assim é porque consagra um estatuto de protecção da criança mais amplo e representa uma alteração da concepção da criança, não como um objecto de protecção, mas como um sujeito de protecção da criança. V. sobre, GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, «O princípio do superior interesse da criança no Regulamento Bruxelas II bis» In: **Autonomia e Heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões**, Coord. Helena Mota e Maria Raquel Guimarães, Almedina, Coimbra, 2016, p. 367-369.

3 Apesar de ser um conceito indeterminado, a Comissão sobre os Direitos da Criança criou uma lista não exaustiva de elementos que devem ser ponderados neste juízo e cuja importância varia em função de cada situação concreta. V., sobre, GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, «O princípio do superior interesse da criança no Regulamento Bruxelas II bis», Cit., p. 370-372.

4 De acordo com indicação do COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para. 1), 2013, p. 4, consultado em <http://docstore.ohchr.org/>, em 01.08.2014. Para outras definições, v. SOTTOMAYOR, Clara, «O Direito das Crianças – um novo ramo do direito» In: **Temas de Direito das Crianças**, Coimbra, Almedina, p. 50. Cfr. SOTTOMAYOR, Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais em casos de divórcio* (5. ed.), Coimbra, Almedina,



que deve nortear prioritariamente os processos de adoção, desde o início até ao fim. Em segundo lugar, o quarto parágrafo chama a atenção para um aspeto de enorme importância no âmbito da adoção internacional: a necessidade dos Estados adotarem medidas para prevenir o rapto, a venda ou o tráfico de crianças, ou seja, os Estados devem escolher procedimentos de adoção que evitem que sobre a capa de uma adoção se verifiquem reais situações de rapto, tráfico ou venda de crianças.

No quinto parágrafo assume-se que a Convenção Haia sobre Adoção Internacional parte dos princípios consagrados em outros instrumentos internacionais que são considerados referências no Direito das Crianças, nomeadamente a *Convenção sobre os Direitos da Criança* e a *Declaração das Nações Unidas sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Aplicáveis à Proteção e Bem-Estar das Crianças, com Especial Referência à Adoção e Colocação Familiar nos Planos Nacional e Internacional*. Isto significa que as normas da Convenção de Haia respeitam os direitos que emergem daqueles instrumentos internacionais, não existindo conflito entre estes e as normas daquela Convenção.

O disposto no preâmbulo Convenção de Haia, e que acabamos de analisar, tem reflexo nos objetivos da mesma, elencados no seu art. 1º. De acordo com esta disposição legal, um dos objetivos assumidos por esta Convenção é, em primeiro lugar, a salvaguarda do respeito do superior interesse da criança e dos direitos fundamentais da criança nas adoções internacionais, objetivo que, como referimos *supra*, deve guiar o processo de adoção internacional. O segundo objetivo é a instituição de um regime de cooperação entre os Estados, de forma a evitar a venda, o rapto e o tráfico de crianças, ou seja, na Convenção não encontraremos direito conflitual que resolva o problema da lei aplicável à adoção internacional, mas sim um sistema de cooperação entre autoridades nacionais, com o fim de acautelar que sob a capa de adoção sejam promovidas atividades internacionais de rapto, venda e tráfico de crianças. O terceiro objetivo será facilitar o reconhecimento nos Estados contratantes, das adoções internacionais realizadas em outros Estados aderentes, de acordo com o sistema da Convenção, permitindo que a criança, que não encontra uma família conveniente no seu país de origem, o possa fazer em outro Estado, sendo esta adoção facilmente reconhecida em nome do superior interesse da criança em crescer num ambiente familiar saudável.

2.2 O procedimento de adoção

O art. 4º e o art. 5º da Convenção de Haia enunciam quais as condições necessárias para que uma criança com residência habitual num Estado contratante (Estado de origem) possa ser transferida para outro Estado contratante (Estado recetor), após a sua adoção no Estado de origem por casal ou pessoa residente no

2011, p. 40 e segs; idem, “O direito das afetos e o direito das crianças” In: **Temas de Direito das Crianças**, Coimbra, Almedina, 2014, p. 313-319.



Estado recetor ou com o objetivo de ser adotada num ou noutro Estado (art. 2º, nº 1).

Desta forma, as autoridades do país de origem da criança devem certificar-se que criança está em condições de ser adotada [art. 4º, al. a)]. Também se devem assegurar que foram esgotadas as hipóteses de colocar a criança no Estado de origem e a adoção internacional é no seu superior interesse [art. 4º, al. b)], ou seja, encontramos neste ponto o princípio da subsidiariedade da adoção internacional face à adoção nacional: em primeiro lugar deve ser tentada a adoção nacional, avançando-se para uma solução internacional, apenas se aquela não se revelar possível. Mesmo nesta situação limite, a adoção internacional só deve ser viável caso se revele no superior interesse da criança, a razão nuclear subjacente à situação de adoção. A prioridade da adoção nacional compreende-se, pois esta permite uma maior garantia (ainda que nem sempre assim seja) da preservação da identidade cultural da criança, pois há uma manutenção da criança na realidade social e cultural do mesmo país.

As autoridades do país de origem devem também assegurar-se que existe o consentimento necessário de acordo com a lei nacional por parte de autoridades, instituições e pessoas cujo consentimento é necessário para a adoção [art. 4º, al. c)]. Esse consentimento deve obedecer a algumas exigências previstas nas normas. Em primeiro lugar, deve ser informado, no sentido de deverem ser prestadas informações sobre as consequências da adoção (nomeadamente sobre a rutura ou manutenção dos vínculos jurídicos com a família de origem). Em segundo lugar, o consentimento deve ser livre (no sentido de ausência de pressões externas) e por escrito. Este requisito de forma garante a prova de que o consentimento foi efetivamente prestado. Em terceiro lugar, o consentimento não pode ter por contrapartida qualquer pagamento e pode ser revogado. Esta proibição de pagamento visa evitar situações de rapto, venda ou tráfico de crianças, impedindo que as famílias tenham um ganho financeiro com a adoção e garantindo, desta forma, que apenas são adotadas as crianças que necessitam. Já a livre revogação do consentimento é um reflexo da ideia expressa no preâmbulo da Convenção no sentido da preferência da manutenção da criança na sua família biológica o que, presumivelmente, será no seu melhor interesse. Por fim, o consentimento da mãe, quando necessário, tem de ser expresso e apenas após o nascimento da criança, o que se justifica para proteger a liberdade de decisão da mãe evitando atos irrefletidos.

As autoridades do país de origem devem também garantir o direito de audição da criança, tendo em conta a sua idade e maturidade e, nesta medida, a sua opinião deve ser tida em consideração [art. 4º, al. d)]. O direito de participação da criança nas decisões que lhe dizem respeito é considerado um direito fundamental da criança, enquanto sujeito de direitos, estando previsto em várias convenções internacionais, como no art. 12º da *Convenção dos Direitos das Crianças*. De acordo com o art. 4º, al. d), o consentimento da criança, quando necessário, deve ser informado, no sentido de lhe serem explicadas as consequências da sua adoção, pois só assim se garante um consentimento consciente. Este consentimento deve ser livre, expresso e por escrito. Este consentimento não pode ter como contrapartida qualquer pagamento ou compensação, pelas razões *supra* referidas de evitar a venda ou tráfico de crianças.



Nos termos do art. 16º, nº 1, al. c), é a autoridade central do Estado de origem que se deverá assegurar que estes consentimentos foram obtidos e respeitaram as exigências do art. 4º. Note-se, ainda, que de acordo com o art. 28º, até ao cumprimento dos requisitos impostos pelo art. 4º, al. a) a c) não é permitido nenhum contacto entre os potenciais pais adotivos e os pais da criança ou de quem detenha a sua guarda, exceto nas situações excecionais elencadas na norma.⁵ Assim é, para proteger a liberdade de consentimento da família de origem, evitando pressões sobre a mesma e garantindo que apenas são adotáveis as crianças cuja situação real o aconselha.

As autoridades do Estado recetor também estão sujeitas a obrigações, descritas no art. 5º da Convenção: têm de atestar a idoneidade dos futuros pais para adotar; têm de se certificar que os futuros pais foram devidamente aconselhados; têm de se certificar que existe autorização de entrada e permanência da criança naquele Estado. De notar que, de acordo com o art. 18º, tanto o Estado de origem como o Estado recetor devem tomar medidas que garantam a saída legal da criança de um Estado e a entrada e permanência definitiva da mesma no Estado recetor.

O procedimento para a adoção internacional é descrito a partir do art. 14º da Convenção e é um procedimento que envolve algumas cautelas, em que: não são aceites adoções diretas ou privadas, que resultem de acordo entre os pais de origem e os potenciais pais adotivos; e não são aceites as adoções independentes, em que os eventuais pais adotivos têm autorização para adotar no Estado de origem e no Estado recetor sem intervenção das autoridades centrais. No sistema previsto nos arts. 14º e seguintes, as autoridades centrais aparecem como o garante da regularidade da adoção, num procedimento que se caracteriza como sendo de cooperação entre os Estados, e dentro dos Estados, com vista à proteção da criança. Esta cooperação assenta essencialmente no papel das autoridades centrais.

As autoridades centrais são instituídas em cada Estado contratante e têm como função dar cumprimento às obrigações previstas na Convenção (art. 6º, nº 1), colaborando entre si e assegurando a colaboração entre as autoridades dos seus Estados, com vista à proteção da criança e à concretização dos objetivos da Convenção (art. 7º, nº 1). Podemos destacar, como funções de maior relevo: prestar informações sobre a legislação do seu Estado em matéria de adoção internacional e outras informações gerais [art. 8º, nº 2, al. a)]; manterem-se mutuamente informadas sobre o funcionamento da Convenção e eliminarem os obstáculos que possam surgir [art. 8º, nº 2, al. b)]; impedirem práticas contrárias aos objetivos da Convenção (art. 8º). Compete-lhes, ainda, nos termos do art. 9º: diretamente ou juntamente com outras autoridades públicas, ou organismos acreditados no seu Estado, facilitar, acompanhar e expedir os procedimentos necessários para a adoção [al. a)]; facilitar, acompanhar e acelerar o processo de adoção [al. b)]; promover a existência de organismos de aconselhamento e de acompanhamento de adoções nos seus Estados [al. c)]; trocar relatórios gerais de avaliação sobre as experiências nestas matérias [al. e)]; responder

5 Quando a adoção seja efetuada no seio da mesma família ou desde que o contacto se encontre em conformidade com as condições fixadas pelas autoridade competente do Estado de origem.



a pedidos de informação justificados referentes a situações específicas de adoção providos de outras autoridades centrais ou públicas, desde que isso seja permitido pela lei do seu Estado [al. e)].

Os organismos acreditados para a adoção de que fala o art. 9º são também regulados na Convenção de Haia, assim como são estabelecidos padrões morais e técnicos para quem dirige, administra ou trabalha nos mesmos. Assim, só podem obter a acreditação e mantê-la, os organismos que demonstrem capacidades para o cumprimento das funções que lhes forem confiadas (art. 10º) e, nos termos do art. 11º: não devem prosseguir fins lucrativos e devem prosseguir as suas atividades nas condições e limites determinados pelo Estado que a acreditou [al. a)]; devem ser dirigidos por pessoas qualificadas pela sua integridade moral e formação ou experiência para trabalhar na área da adoção internacional [al. b)]; devem estar sujeitas ao controlo das autoridades do Estado que as acreditou, no que se refere à sua composição, funcionamento e situação financeira. De acordo com o art. 12º, um organismo acreditado num Estado contratante pode atuar noutro Estado contratante, se para tal for autorizado.

Quanto ao procedimento de adoção, este é feito sempre sob a direção das autoridades centrais. De acordo com o art. 14º da Convenção de Haia, alguém com residência habitual num Estado contratante que queira adotar uma criança que resida em outro Estado contratante deve manifestar essa vontade à autoridade central do seu Estado de residência. Esta autoridade central se considerar que os candidatos têm aptidão para proceder à adoção deve, nos termos do art. 15º da Convenção, elaborar um relatório para transmitir à entidade central do Estado de origem, com informações sobre: a identidade dos candidatos, a sua capacidade jurídica para adotar, a sua situação familiar, pessoal, médica, o meio social dos adotantes, a sua aptidão para fazer uma adoção internacional, os motivos da adoção, as características das crianças que eles têm condições para adotar.

Por sua vez, a autoridade central do Estado de origem da criança, face a uma criança que considere apta para ser adotada, também deve elaborar um relatório com informações sobre a criança, nomeadamente: a sua identidade, a sua aptidão para ser adotada, o seu meio social, a sua evolução familiar e pessoal, a sua história clínica, as suas necessidades específicas, segundo o art. 16º. Esta entidade deve ainda certificar-se que a adoção internacional corresponde ao superior interesse da criança, que os consentimentos necessários foram dados e considerar as condições de educação da criança, a sua origem ética, religiosa e cultural. Estas informações, inclusive a prova dos consentimentos, devem ser transmitidas à autoridade central do Estado recetor. De acordo com a mesma norma, podem ser tomadas precauções para ocultar a identidade dos progenitores da criança, se a lei do Estado de origem proibir a divulgação dessas informações (art. 16º).

Estabelece o art. 17º da Convenção de Haia que o Estado de origem pode decidir confiar a criança aos futuros pais adotivos, desde que: exista concordância dos futuros pais adotivos; a autoridade central do Estado recetor tenha aprovado



essa decisão; as autoridades centrais de ambos os países estejam de acordo quanto ao seguimento da adoção; tenha sido determinado pela autoridade do país recetor a idoneidade dos futuros pais para adotar e esteja assegurada a entrada e permanência da criança no país recetor.

A transferência da criança para o país recetor deve ser feita em segurança, nas condições mais apropriadas e, sempre que possível, já em companhia dos futuros pais adotivos (art. 19º, nº 2). Caso haja um período de pré-adoção, as autoridades centrais devem-se manter informadas sobre o decurso do mesmo (art. 20º).

Este processo é, todavia, norteado, desde o início até ao fim, pelo superior interesse da criança, pois segundo o art. 21º, quando a adoção se deva realizar após a transferência da criança para o Estado recetor e caso a autoridade central comprove que não é no superior interesse da criança permanecer com aqueles pais adotivos, após a audição da criança, a autoridade central deve providenciar medidas para proteger a criança, nomeadamente: afastar a criança dos potenciais pais adotivos e prestar-lhe cuidados temporários; após consulta com a autoridade central do Estado de origem, colocar a criança novamente para adoção (devendo a entidade de origem ser informada sobre os novos pais adotivos) ou outra alternativa de carácter duradouro; caso o superior interesse da criança o aconselhe, providenciar o seu retorno ao Estado de origem. Assim, temos a comprovação de que é o superior interesse da criança que guia o processo de adoção, podendo justificar, nas circunstâncias descritas, o fracasso da adoção internacional quando esta já está na etapa final.

2.3 O sistema de reconhecimento

A Convenção de Haia institui um sistema de reconhecimento automático das decisões de adoção internacional tomadas ao abrigo da Convenção, para que o reconhecimento das adoções internacionais seja mais célere e menos oneroso nos Estados contratantes. Para o efeito, basta ter uma decisão de adoção devidamente certificada por uma autoridade competente (art. 23º, nº 1), sendo esta reconhecida de pleno direito em todos os Estados contratantes. Isto significa que não é necessário um procedimento de reconhecimento ou de exequátur nos demais Estados contratantes. O reconhecimento da adoção só pode ser recusado se for manifestamente contrário à ordem pública, tendo em consideração o superior interesse da criança (art. 24º).

O reconhecimento da sentença significa o reconhecimento (art. 26º): da relação de filiação entre a criança e os novos pais adotivos; da responsabilidade parental dos pais adotivos face à criança; do termo da relação de filiação da criança com os pais de origem, se esse efeito se produzir no Estado em que foi constituída (e, assim, a criança goza no Estado em que a adoção seja reconhecida dos mesmos direitos que resultam das adoções que produzam esses efeitos no Estado de reconhecimento). Se não tiver este efeito de quebra do vínculo de filiação com a família de origem no Estado em que foi constituída, pode mais tarde ter esse efeito, nos termos do art. 27º,



no Estado recetor.

Como podemos observar, a Convenção de Haia estabelece um sistema de reconhecimento das adoções constituídas nos Estados contraentes simples e automático, com todas as vantagens que este sistema implica para a criança a adotar. Esta vê os seus laços de filiação adotivos reconhecidos de forma rápida, sem necessidade de arrastamento de processo de reconhecimento da adoção durante largos anos nos tribunais do Estado recetor, com prejuízo para a integração da criança no seu novo meio social e familiar.

2.4 Outras disposições

A Convenção tem ainda algumas salvaguardas importantes a garantir num processo de adoção internacional.

Desde logo, estabelece o dever dos Estados agirem com celeridade nos processos de adoção (art. 35º), para que o processo seja o menos traumático possível para a criança, sendo esta uma forma de concretização do princípio do superior interesse da criança.⁶

Também estabelece a proibição de alguém obter benefícios financeiros ou outros benefícios indevidos em resultado da adoção, determinando inclusive que apenas podem ser pagos custos e gastos de pessoas envolvidas na adoção, incluindo honorários razoáveis (art. 32º). Mesmo os diretores e funcionários dos organismos intervenientes na adoção, nos termos do art. 32º, nº 3, não podem receber remunerações excessivamente desproporcionadas em relação aos serviços prestados. Ou seja, tenta-se prevenir que a adoção gere ganhos financeiros injustificáveis, estabelecendo-se inclusive um limite às remunerações dos intervenientes na adoção. A Convenção não estabelece a consequência da violação desta norma, mas pela gravidade da violação da mesma o relatório explicativo admite a recusa do reconhecimento automático da adoção com base neste fundamento.⁷

A Convenção não altera as leis nacionais que exijam que as adoções de crianças residentes num Estado sejam realizadas nesse Estado ou que proíbam a transferência da criança para outro país antes da adoção (art. 28º), respeitando as opções dos legisladores nacionais dos Estado contratantes.

A Convenção proíbe, como já assinalámos anteriormente, qualquer tipo de

6 De facto, uma das concretizações processuais do princípio do superior interesse da criança é a de que os processos que dizem respeito à criança devem decorrer no menor período de tempo possível para diminuir o impacto negativo dos mesmos no desenvolvimento da criança. Com mais desenvolvimentos, v. GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, «O princípio do superior interesse da criança no Regulamento Bruxelas II bis», Cit., p. 371-372.

7 PARRA-ARANGUREN, G. **Explanatory report on the convention on protection of children and co-operation in respect of intercountry adoption**, Hague Conference, §529.



contactos, diretos ou indiretos,⁸ entre pais da criança (ou pessoa que tenha a guarda da criança) e os potenciais pais adotivos até estarem cumpridos os passos descritos no art. 4º, al. a), b) e c) (ou seja, até haver o consentimento da mãe e de outras pessoas cujo consentimento seja necessário) e a autoridade central do Estado recetor tenha constatado a idoneidade dos futuros pais adotivos [art. 5º, al. a)], salvo se o contacto for feito segundo as indicações da entidade central do Estado de origem ou a adoção se processe no âmbito de uma família (art. 29º). Esta proibição de contacto entre os pais da criança e os potenciais pais adotivos visa evitar a existência de pressões e até recompensas económicas como contrapartida para a adoção. Como assinala o relatório explicativo da Convenção, esta proibição não é absoluta, pois não proíbe o contacto com a criança a adotar antes de esta prestar o seu consentimento nos termos do art. 4º, al. d)⁹ e no caso adoção no âmbito da mesma família. Estas exceções podem ser justificáveis. No primeiro caso, o contacto da criança com os potenciais pais adotivos pode representar um elemento importante para a criança formar a sua opinião quanto a adoção, desde que não se verifiquem pressões indesejáveis. No caso de adoção no seio da mesma família, a proibição de contacto poderia revelar-se uma proibição vazia, pois certamente que antes de avançar formalmente para um processo de adoção, como esta se processará dentro da mesma família, já existirá contacto entre a criança a adotar e os potenciais pais adotivos.

Além disso, a Convenção estabelece a obrigação dos Estados protegerem as informações sobre a origem da criança, em especial aquelas relativas à identidade dos pais e a história clínica da criança e da sua família e, caso a lei desse Estado o permita e na medida em que o permita, os Estados devem assegurar o acesso a essas informações pela criança ou representante legal (art. 30º). Esta reserva de informações sobre a origem da criança justifica-se no seu superior interesse, limitando-se o acesso a essa informação a quem realmente tem um interesse legítimo: à criança ou ao seu representante legal.

A Convenção de Haia tem ainda normas sobre a aplicação da Convenção em ordenamentos jurídicos plurilegislativos. Perante ordenamentos plurilegislativos de base territorial, ou seja, aqueles que são compostos por diferentes ordens jurídicas aplicáveis a diferentes parcelas de território, o art. 36º determina que as alusões da Convenção à residência habitual nesse Estado implicam uma indicação direta ordem jurídica local onde se situa essa residência habitual [al. a)]. De igual modo, a referência à lei desse Estado significa uma remissão direta à ordem jurídica local [al. b)]. Por fim, as menções da Convenção às autoridades competentes ou públicas desse Estado são relativas às autoridades autorizadas a atuar naquela parcela de território [al. c)].

Já em relação a ordenamentos plurilegislativos de base pessoal, ou seja, aqueles que são compostos por diferentes ordens jurídicas aplicáveis a diversas categorias de pessoas, o art. 37º remete para o direito do ordenamento plurilegislativo como

8 Idem, ibidem, § 498.

9 Idem, ibidem, § 496.



forma de solucionar a questão, dizendo que será aplicada a lei indicada pelo direito do ordenamento plurilegislativo.

3 CONCLUSÕES

Chegados a este ponto, e após esta breve análise do sistema previsto na Convenção de Haia, importa enunciar os princípios nucleares em torno dos quais esta Convenção foi estruturada. Em primeiro lugar, a adoção internacional deve ser norteadada prioritariamente pelo princípio do superior interesse da criança, princípio que determina a opção pela adoção internacional, o decurso do processo de adoção, a exigência de celeridade do mesmo, a certificação da idoneidade da família adotiva, a reserva sobre as informações relativas às origens da criança... Este princípio desempenha um papel tão central no sistema da Convenção que pode justificar a retirada da criança dos potenciais pais adotivos, nos termos do art. 21º, como verificámos. Pelo seu papel nuclear, este princípio está identificado imediatamente no preâmbulo da Convenção como um dos seus princípios inspiradores, e é enumerado como um dos objetivos da Convenção no art. 1º.

Outro princípio fundamental é o princípio da subsidiariedade, na medida em que é dada preferência, em primeiro lugar, à manutenção da criança com a sua família de origem e, em segundo lugar, à adoção nacional. Ou seja, a adoção internacional será o último recurso que permite dar uma família conveniente à criança, permitindo-lhe desenvolver-se num ambiente familiar saudável, quando não existe uma solução viável no plano nacional. Ora, este princípio, além de resultar do preâmbulo, está claramente consagrado no art. 4º, al. a).

Outro princípio nuclear é a proteção da criança contra situações de rapto, venda ou tráfico. Sendo esta uma das grandes preocupações da Convenção, este princípio encontra-se concretizado em várias soluções nela previstas: na imposição de que os consentimentos necessários à adoção sejam livres; na exigência de que as famílias não sejam sujeitas a pressões; quando se impede que as famílias tenham ganhos financeiros com as adoções; quando se regula o procedimento de adoção através da intervenção das autoridades públicas, autoridades centrais e organismos acreditados; quando se estabelece as regras de funcionamento dos organismos acreditados, fixando padrões morais e técnicos para os dirigentes, administradores e funcionários destes organismos e até proibindo remunerações excessivas para os intervenientes na adoção...

Outro princípio é a cooperação entre os Estados contratantes, através da criação de entidades centrais em cada Estado, que colaboram entre si, e asseguram a colaboração entre as entidades dos seus próprios Estados que desempenham funções na área da adoção, com vista à proteção da criança. O procedimento de adoção, descrito nos art. 14º e seguintes, baseia-se neste sistema de cooperação entre Estados, e dentro dos Estados, sistema gerido pelas autoridades centrais, e sendo assumido como um dos objetivos da Convenção no art. 1º.



Por fim, e como último princípio identificado, a Convenção prevê um sistema de reconhecimento automático de decisões que provêm dos Estados contratantes, objetivo previsto no art. 1º da Convenção. É um reconhecimento de pleno direito da decisão de adoção, sem necessidade de reconhecimento ou exequátur nos demais Estados contratantes. De forma mais célere e menos onerosa, garante-se o reconhecimento dos vínculos de filiação adotiva constituídos em outros Estados contratantes, garantindo-se, desta forma, também, o superior interesse da criança no reconhecimento rápido dos novos vínculos familiares.



1 INTRODUÇÃO

A questão dos direitos humanos, apesar de se tratar de um fio condutor para reflexão profunda e séria nos dias de hoje, merece ser repensado e por conseguinte, não se esgota em meras definições académicas, políticas ou jurídicas.

Para o jurista Alemão Robert Alexy,¹ os Direitos Humanos são definidos por cinco características a saber: universais, fundamentais, abstratos, morais e prioritários.

- A sua universalidade sustenta-se na justa medida em que todo o ser humano e enquanto ser humano é portador ou possuidor dos direitos humanos;
- O carácter fundamental do seu objecto, resulta no facto de os Direitos Humanos não protegerem todas as fontes e condições imagináveis do bem-estar, mas somente interesses e necessidades fundamentais;
- A abstracção - segundo a formulação de Alexy, funda-se no facto de se poder rapidamente concordar que todos possuem um direito a saúde, mas sobre o que isso significa em caso concreto pode provocar uma longa disputa;

A quarta e quinta característica não dizem respeito aos portadores, aos destinatários e nem aos objectos dos Direitos Humanos, mas sim à sua validade. Os Direitos Humanos possuem, enquanto tais somente uma validade moral.

- Quer dizer que a quarta característica dos Direitos Humanos é assim o seu carácter moral, na justa medida em que um direito vale moralmente se ele pode ser justificado em relação a todo aquele que admite uma fundamentação racional;
- A quinta e última característica é a prioridade, já que os Direitos Humanos, enquanto direitos, não só não podem ter sua força invalidada por normas jurídico-positivas, mas são também o padrão com o qual se deve medir toda interpretação daquilo que está positivado.

Toda a construção dos Direitos Humanos foi pautada por conflitos, consensos e acordos, e, não devemos olvidar que a historicidade dos direitos humanos marcou uma das épocas mais rica da humanidade, mas também aquela que proporcionou a existência de problemas e levantou mais questões do fórum social e humano mais polémico.

1 ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito** (Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisono), Ed. Grupo Editorial Nacional, 2. ed., p. 110 e 111, 2015.



O Constitucionalista Brasileiro, Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho,² aponta três gerações dos Direitos Humanos ou Direitos Fundamentais que são a de “*liberdades públicas*”, “*direitos sociais*” e “*direitos de solidariedade*”. Estes últimos, de acordo com o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho,³ na falta de melhor expressão são chamados de direitos de solidariedade, ou fraternidade, direitos que na verdade vão completar o lema da Revolução Francesa: *liberdade, igualdade, fraternidade*.

Na formulação de Saulo Pivetta,⁴ os direitos de liberdade foram consagrados no final do Século XIX de maneira pioneira na “*Declaração de Direitos do povo da Virgínia*”, de 1776 e na “*Declaração do Direito do Homem e do Cidadão*” de 1789, encontravam na sua base de justificação a filosofia jusnaturalista e iluminista que reconhecia portanto direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescindíveis que pertenciam a todos homens, indistintamente. Por isso, tais direitos ficaram reconhecidos como *direitos de liberdades* ou *direitos de defesa*, de caráter iminentemente negativo, pois se destinavam a impor uma postura de abstenção do Estado em relação aos indivíduos, e estes poderiam dispor de sua autonomia com ampla liberdade.

Deste modo ganharam relevo o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade, à liberdade de expressão colectiva (liberdade de expressão, de imprensa, de manifestação, de reunião, de associação) e direitos de participação política (direito de voto, capacidade eleitoral passiva).

A segunda geração de direitos fundamentais é a *dos direitos sociais*, que teve como origem nos movimentos reivindicatórios do século XIX, tornando-se assim evidente a insuficiência das liberdades formais abstratas, e por isso complementadas por outros direitos que como dissemos vieram a receber a denominação de sociais, tais como a assistência social, a saúde, a educação, o trabalho, etc, que consubstanciam as condições necessárias para o efectivo gozo de liberdade materiais concretas.

Afastando as múltiplas definições se pode dizer que os Direitos Humanos são concebidos como princípios internacionalmente consagrados e reconhecidos para a proteção, garantia e respeito à pessoa humana, assegurando a qualquer indivíduo independentemente da raça, cor da pele, sexo, língua, nacionalidade, religião, opinião, estado civil, condição social, o direito à vida, à liberdade, ao trabalho, à propriedade, à saúde, moradia e à educação.

Em suma são Direitos Humanos e liberdades individuais de caráter civil e político: igualdade perante a lei, julgamentos justos, dar ou deixar de dar uma opinião, movimento, consciência, reunião, associação, votar e ser votado, filhar-se num ou outro partido político, igreja ou confissão religiosa, moradia, propriedade, trabalho,

2 FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais**. Ed. Saraiva, 15. ed., 2016, p. 22.

3 Idem

4 PIVETTA, Saulo Lindorfer. Direito Fundamental a Saúde (Regime Jurídico, políticas publicas e controle judicial), Ed. **Revista dos Tribunais**, S. Paulo, 2014, p. 26 e ssg.



saúde, educação e cultura.

Estes direitos e outros considerados fundamentais, derivam do lema da revolução francesa: *Liberdade, Igualdade e Fraternidade*.

Os direitos humanos dão garantias mínimas à pessoa humana para que tenha uma vida digna, mesmo que não estejam em preceitos legais (ordenamento jurídico) ou aceites por todos Estados, porquanto, são acoplados ao ser humano e sem os quais ele não passaria de um animal qualquer.

2 DESENVOLVIMENTO

A questão candente que se coloca é de saber se:

1. Nos Estados da lusofonia como se apresenta a abordagem e o respeito dos Direitos Humanos?
2. Está sendo observado o legado e o cumprimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos que se comemora no dia 10 de Dezembro de cada ano, proclamado em 1950 pela ONU como dia internacional dos Direitos Humanos?
3. Têm seguido a alerta da Comunidade Internacional para o seu cumprimento com objectivo de assegurar a igualdade de todos os cidadãos, o direito a uma vida condigna, a segurança etc. etc?

De acordo com Patrícia Jerónimo⁵ a primeira observação a fazer é a de que continua a existir um fosso muito significativo entre a retórica dos direitos humanos (assumida de forma mais ou menos sincera por todos os Estados) e a prática dos direitos humanos, que, apesar dos progressos inegáveis das últimas décadas, continua a ficar muito aquém dos padrões internacionais definidos sob a égide da Organização das Nações Unidas.

Esta discrepância entre os compromissos assumidos internacionalmente pelos Estados e a tutela que estes efetivamente asseguram às pessoas presentes nos respetivos territórios não é uma característica privativa do mundo lusófono, que, de resto, cobre quatro continentes distintos.

Todos os países do mundo, por mais desenvolvidas que sejam as suas sociedades e estáveis as suas democracias, têm alguns problemas na concretização dos padrões internacionais de direitos humanos. Estes problemas podem ter a ver com a proteção dos imigrantes, com a promoção da igualdade de género, com a garantia de uma justiça imparcial e célere, com o respeito pela liberdade de imprensa, com o combate à pobreza, etc., etc.

Os problemas variam consoante as circunstâncias específicas de cada país,

5 JERÓNIMO, Patrícia. Palestra por si apresentada em fórum académico em Braga-Portugal à 31 de outubro de 2013, p. 1.



mas para qualquer análise comparativa do estado dos direitos humanos no mundo mostra que, em todos os lugares, a proteção plena dos direitos humanos de todos os seres humanos continua a ser um objectivo a alcançar, com muitos desafios pelo caminho.

No esforço colectivo, à escala global, de levar a sério estes direitos, os Observatórios de Direitos Humanos desempenham um papel fundamental, pela vigilância crítica que mantêm sobre o estado da proteção dos direitos humanos no terreno e, em especial, sobre o desempenho dos Estados e dos seus agentes. Podem ser Observatórios de âmbito mundial, como a Amnistia Internacional ou a Human Rights Watch, ou de âmbito regional e nacional. Podem ser Organizações Não Governamentais (ONG) ou organismos de supervisão no quadro de organizações intergovernamentais internacionais, como os comités especializados das Nações Unidas ou a comissão de direitos humanos da União Africana. Podem até ser entidades estaduais com competências de supervisão específicas na área dos direitos humanos, desde que esteja assegurada a sua independência e conformidade com os *Princípios de Paris*.

Cada Estado toma de forma séria aquela declaração que *ab initio* nasceu em resposta à barbárie praticada pelo nazismo contra os judeus e os comunistas?

Em suma: como são vistos, considerados e respeitados os Direitos Humanos em Angola, Brasil, em Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, em Portugal, São Tome e Príncipe e em Timor Leste?

Cada um destes Estados da lusofonia é soberano, tem as suas especificidades e particularidades, emergiram em circunstâncias diferentes, impulsos de época e contextos diferentes. Mas o comum em todos eles são países que têm seres humanos, por isso se impendem neles os Direitos Humanos.

3 OS DIREITOS HUMANOS EM ANGOLA

3.1 Aspecto legislativo

Como refere Patrícia Jerónimo⁶ que vimos citando, Angola é parte nos mais importantes tratados internacionais de direitos regularmente aprovados ou ratificados.⁷

Contudo, apesar dos progressos inegáveis das últimas décadas, a prática dos direitos humanos continua aquém dos padrões internacionais definidos sob a égide da Organização das Nações Unidas, que na verdade é uma realidade transversal a todos os Estados.

6 Os Direitos Humanos no Mundo Lusófono. O Estado da Arte, 2015, p. 14.

7 Cfr. art. 13, nº 1 da CRA “O direito internacional geral ou comum, recebido nos termos da presente Constituição, faz parte integrante da ordem jurídica angolana”.



Mas, apesar desta constatação, a promoção e a protecção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais foram sempre uma constante da política do Governo angolano, tanto no plano interno, como externo, desde a sua ascensão à independência após uma longa luta de libertação nacional, cujo objectivo foi a conquista da liberdade e dignidade do seu povo.

Depois da conquista da independência, Angola viveu um longo período de conflito armado, cujas consequências são ainda sentidas, em vários domínios. Porém, nos últimos 14 anos de paz efectiva, a estabilidade política e a consolidação do processo democrático e do estado de direito, têm permitido ao País dar passos significativos na promoção e protecção dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos. Mesmo em conflito armado, Angola sempre participou e contribuiu nos esforços da comunidade internacional com vista ao reforço, à promoção e protecção dos direitos humanos com objectividade, sem selectividade e politização.

A título de exemplo a Constituição da República de Angola de 2010 no seu art. 59 proíbe expressamente a Pena de Morte.

Estudos⁸ revelam que a nível nacional, o enquadramento legal dos Direitos Humanos é caracterizado por um conjunto de Instrumentos Jurídicos, com destaque para a Constituição da República de Angola que consagra o direito internacional como parte integrante do ordenamento jurídico angolano (art. 13 da CRA).

Esta trajectória demonstra o particular interesse que a República de Angola atribui aos esforços conjugados da comunidade internacional para promover o pleno gozo dos direitos e liberdades fundamentais consagrados nos principais instrumentos internacionais, em particular a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os pactos internacionais sobre a matéria e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos.

Assim, em 2010, foi aprovada a Constituição da República de Angola que, tal como as anteriores leis constitucionais, reafirma os princípios fundamentais dos Direitos Humanos, da Democracia e do Estado de Direito, em conformidade com os principais instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos, oferecendo uma protecção alargada a estes direitos, como resulta, desde logo, da primazia dada ao princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º), do catálogo de direitos fundamentais (artigos 30 a 88), da cláusula aberta consagrada no artigo 26, n.º 1, e das garantias para a efectivação e a protecção dos direitos e liberdades fundamentais, previstas nos artigos 56 e seguintes, quanto à “Garantia dos Direitos e Liberdades Fundamentais”. A Constituição afirma reiteradamente, o respeito pelos direitos e liberdades fundamentais do homem como valores basilares da ordem jurídica angolana e que o respeito e a garantia dos direitos e liberdades fundamentais do ser humano figuram entre as “traves mestras que suportam e estruturam” a Constituição (cfr. § 12 do preâmbulo da CRA).

Nesta conformidade, nos termos do artigo 2º, n.º 2, CRA, a República de Angola

8 Os Direitos Humanos no Mundo Lusófono. O Estado da Arte, 2015.



promove e defende os direitos e liberdades fundamentais do Homem, quer como indivíduo quer como membro de grupos sociais organizados, e assegura o respeito e a garantia da sua efectivação pelos poderes legislativo, executivo e judicial, seus órgãos e instituições, bem como por todas as pessoas singulares e colectivas, reconhece como invioláveis os direitos e liberdades fundamentais constitucionalmente consagrados comprometendo-se a criar as condições políticas, económicas, sociais, culturais, de paz e estabilidade que garantam a sua efectivação e protecção, nos termos da Constituição e da lei (artigo 56, n.º 1, CRA), impondo a todas as autoridades públicas a obrigatoriedade de respeitar e de garantir o livre exercício dos direitos e das liberdades fundamentais e o cumprimento dos deveres constitucionais e legais (artigo 56, n.º 2, CRA).

Por força do *princípio da universalidade*, todos gozam dos direitos, das liberdades e das garantias constitucionalmente consagrados e estão sujeitos aos deveres estabelecidos na Constituição e na lei (artigo 22, n.º 1), o que inclui os cidadãos angolanos que se encontrem ou residam no estrangeiro (artigo 22, n.º 2) e os estrangeiros e apátridas sob jurisdição angolana (artigo 25, n.º 1).

Para materialização deste desiderato, está, actualmente, em execução uma profunda Reforma da Justiça e do Direito, que contribuirá para a melhoria na convivência social, política, no respeito pela diversidade e preservação das liberdades, garantias e direitos dos cidadãos, bem como criação de novos espaços de auscultação e diálogo com a sociedade civil.

A Assembleia Nacional aprovou recentemente, a Lei n.º. 2/15, de 2 de Fevereiro, “Lei Orgânica sobre a Organização e Funcionamento dos Tribunais de Jurisdição Comum” que prevê a criação de 60 Tribunais de Comarca e 5 Tribunais da Relação e que para além de reformular os mecanismos de coordenação e de gestão do sector, enfatiza a garantia de justiça e efectivação dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos, tornando-a mais célere, mais acessível e menos onerosa. A par disso, estão a ser implementados e refinados os mecanismos extrajudiciais de resolução de litígios, nomeadamente a conciliação e mediação, a arbitragem, a informação jurídica e defesa pública, que permitirão desafogar os Tribunais e tornar a justiça cada vez mais próxima do cidadão.

Ainda em 2015 foi aprovada a Lei n.º 25 de 18 de setembro, “Lei das Medidas Cautelares em Processo Penal”, que resultou da reforma constitucional operada desde 1992 porquanto a Lei Constitucional de 1992 potenciou e reforçou os direitos, as liberdades e as garantias dos cidadãos. A Constituição de 2010 veio consolidá-las tendo como eixo central as garantias das liberdades fundamentais, com um projecto social edificado e sustentado na dignidade da pessoa humana, confere art.º 30 e seguintes da CRA.

Por isso, os art. 63, 64 e 67 da CRA vêm estabelecer as limitações e em que circunstâncias se pode prender, quando é que um cidadão pode ser preso pela justiça e quais são as garantias da defesa.

A Constituição angolana organiza e cataloga os direitos fundamentais do



seguinte modo, distinguindo-os consoante se trate de:

1 - *Direitos, liberdades e garantias fundamentais* (capítulo II, artigos 30 a 75) - entre os quais figuram os direitos à vida; integridade pessoal; liberdade física e segurança pessoal; liberdade de expressão e de informação; liberdade de consciência, de religião e de culto; liberdade de imprensa, liberdade de reunião e de manifestação; liberdade de associação, etc. – que só podem ser objecto de restrição por via legislativa e nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário, proporcional e razoável, numa sociedade livre e democrática, para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (artigo 57, n.º 1). As leis restritivas destes direitos têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroactivo, nem diminuir a extensão nem o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (artigo 57, n.º 2). Em caso de guerra, estado de sítio ou de emergência, o exercício de *direitos, liberdades e garantias* pode ser pontualmente limitado ou suspenso (artigo 58, n.º 1), salvo os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, à liberdade de consciência e de religião, o direito de defesa dos arguidos e a garantia de não retroatividade da lei penal (artigo 58, n.º 5).

O estatuto privilegiado dos *direitos, liberdades e garantias* resulta ainda da circunstância de o “núcleo essencial” destes direitos constituir um limite material de revisão constitucional [artigo 236, alínea e), CRA], ou

2 - *Direitos e deveres económicos, sociais e culturais* (capítulo III, artigos 76 a 88). – Em relação a estes direitos, a Constituição apenas obriga o Estado a adoptar as iniciativas legislativas e outras medidas adequadas à sua concretização progressiva e efectiva, *de acordo com os recursos disponíveis* (artigo 28, n.º 2).

Tal como em todo o mundo e na lusofonia em particular, a protecção plena dos direitos humanos de todos os seres humanos continua a ser um objectivo a alcançar, com muitos desafios pelo caminho. Por isso, entre as violações de direitos humanos em Angola reportadas pelos Observatórios desde 2008 e ONG's avultam as restrições à liberdade de expressão e de imprensa, as restrições à liberdade de associação, de reunião e de manifestação, as irregularidades e a falta de supervisão independente nas eleições de 2008 e 2012, os abusos da Polícia e das forças de segurança, a negação das garantias processuais e as más condições de detenção, as expulsões colectivas de estrangeiros, os despejos e os realojamentos forçados, a especial vulnerabilidade de mulheres e crianças, a extrema pobreza e o acesso limitado aos direitos económicos e sociais.

Para fortalecer o sistema nacional de protecção dos direitos humanos, Angola deu passos concretos com a fusão do então Ministério da Justiça e com a Secretaria de Estado para os Direitos Humanos, em 2012, dando lugar ao Ministério da Justiça e dos Direitos Humanos e a criação de três órgãos consultivos de concertação social, acompanhamento e controlo da execução das políticas de promoção e defesa dos direitos da criança, família e mulher e pessoas com deficiência respectivamente: o Conselho Nacional da Família e o Conselho Nacional da Criança (CNAC), O Conselho



Nacional da Pessoa com Deficiência, bem como uma Comissão dos Direitos Humanos vocacionada a dar tratamento às Petições, Reclamações e Sugestões dos Cidadãos no Parlamento Nacional. Para além destes órgãos o Estado Angolano, para o reconhecimento e a protecção dos direitos humanos, tem as seguintes instituições: Tribunais, Procuradoria Geral da República, Provedoria de Justiça, Comitês Provinciais de Direitos Humanos, Ordem de Advogados, Comissão Intersectorial para a elaboração de Relatórios Nacionais de Direitos Humanos, Comissão Interministerial de combate ao Tráfico de seres humanos e organizações da Sociedade civil de Defesa e Promoção de Direitos Humanos e outros.

Assim, sem reservas podemos afirmar que Angola, desde a sua independência assumiu compromissos em matéria de Direitos Humanos e tem seguido as orientações e recomendações para o melhoramento dos aspectos negativos apontados pelos Observatórios desses direitos.

Todavia, deve-se reconhecer que é um dos poucos Estados da lusofonia que teve uma guerra fratricida prolongada e não é tão fácil uma mudança brusca de mentalidade, e, em que tudo ocorra como se preconiza na íntegra.

Os Direitos Humanos quanto a sua aplicação prática é uma meta que se visa atingir. Escusado será enfatizar com tristeza que até nos países que comumente se designam por “respeitadores dos Direitos Humanos”, há atropelos, quer institucionais como pessoais desses mesmos Direitos.

Exemplificando, alguns relatórios de Observadores apontam que os direitos abaixo mencionados não têm sido respeitados pelo estado angolano.

- a) Liberdade de Expressão e de Informação (art. 40 CRA);
- b) Liberdade de Imprensa (art. 44 CRA);
- c) Liberdade de Manifestação (art. 47 CRA);
- d) Garantias do Processo Criminal (art. 67 CRA);
- e) Habeas Corpus (art. 68 CRA).

Quanto aos Direitos inerentes aos art. 40 e 44 da Constituição, a questão mais conturbada em Angola é o uso daquelas liberdades para atingir a dignidade, a reputação e o bom nome de cidadãos angolanos que ocupam cargos de destaque na condução do destino do País.

E os atingidos fazendo valer os seus direitos em conformidade com a Lei n.º 7/06 de 15 de Maio, conjugado com o parágrafo 3º do art. 9º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, respondem socorrendo-se a um processo-crime por difamação, injúrias ou calúnia nos termos dos nºs 3 e 4 do art. 40 da Constituição e dos art. 407, 410 do Código Penal, e, é neste tipo de atuação que os seus detratores aparecem com o argumento baculino de falta de liberdade de expressão e imprensa em Angola. Esquecem-se de que não é uma questão institucional, mas pessoal, tanto que os ofendidos mesmo depois de apresentarem queixa se assim o quiserem e por



qualquer razão desistem e como corolário a desistência extingue o procedimento.

No que toca à Liberdade de Manifestação ela é permitida e não carece de autorização, só as públicas, porquanto, acautela-se o aproveitamento por parte de alguns mal-intencionados usarem esta oportunidade para atingirem fins inconfessos quebrando a tranquilidade e a segurança dos pacíficos cidadãos.

Aqui também os oportunistas com a capa de defensores dos Direitos Humanos não se coíbem em apresentarem o argumento ilógico de falta de liberdade de manifestação em Angola.

Não se escamoteia a verdade de que alguns agentes da ordem pública e da segurança tomem medidas menos aconselháveis para conterem os ânimos dos insurretos. Daí sai protelados os abusos da polícia e agentes da ordem pública.

No que tange aos julgamentos e emprego do famoso habeas-corpus os Tribunais angolanos e a justiça angolana reservam a plena liberdade de que aos Cidadãos se lhes assistam a plena liberdade de se dirigirem aos tribunais e poderem constituir os seus ilustres mandatários que os representem junto dos tribunais e outros órgãos de justiça.

Quanto aos outros direitos: direito à vida, à proibição da discriminação, à proibição da tortura e das penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, o direito a uma nacionalidade, saúde, educação, desenvolvimento, propriedade, o Estado angolano tem sido elogiado pelos grandes esforços que empreende para a sua plenitude.

O Estado angolano é um dos poucos da lusofonia onde as crianças e as mulheres têm um tratamento incomparável, pese embora os fatores de guerra que dão azo encontrar crianças na rua e praticando actividades próprias de adulto, muitas delas violadas (até pelos seus próprios progenitores ou tutores) e devido a factores culturais ancestrais algumas mulheres em idade adolescente serem oferecidas em casamentos precoces. Todavia, não se trata de uma questão institucional, é próprio de um ser humano que compõe o cidadão como pessoa com qualidades e defeitos.

Podemos afirmar que a justiça angolana tem sido implacável para manter em ordem estes desvios comportamentais.

3.2 Aspecto institucional

Conforme já frisamos, o Estado Angolano para o reconhecimento e a protecção dos Direitos Humanos tem as seguintes instituições:

- 1) Poder Judicial – Tribunais;
- 2) Procuradoria Geral da República;
- 3) Provedoria da Justiça;
- 4) Comitês Províncias de Direitos Humanos;



5) Ordem dos Advogados de Angola; X Comissão da Assembleia Nacional para os Direitos Humanos;

6) Comissão Inter-sectorial para a Elaboração de Relatórios Nacionais de Direitos Humanos;

7) Comissão Interministerial de combate ao Tráfico de Seres Humanos;

8) Organizações da Sociedade Civil de Defesa e Promoção de Direitos Humanos, e Outras.

O Estado angolano tendo assumido compromissos internacionais pelo respeito e efectivação dos Direitos Humanos procura a todo custo que este desiderato seja atingido pese embora o factor tempo e as dificuldades que certamente irá encontrar para sua materialização.

4 OS DIREITOS HUMANOS EM OUTROS ESTADOS DA LUSOFONIA

4.1 Brasil

Reconhecidamente todos sabem que dos estados da lusofonia é aquele que ratificou todos os tratados, convenções e outra matéria relacionada com os Direitos Humanos. A Constituição brasileira é considerada como a mais rica e opulenta em matéria do gênero.

Todavia, também é sobejamente sabido que existe grande fosso entre a teoria expressa nos vários diplomas e a prática quotidiana. Sem nenhuma pretensão de criar um juízo de condenação, necessário se torna fazer uma abordagem profunda e específica sobre os Direitos Humanos naquele Estado da lusofonia.

É de entender o facto relacionado com a extensão territorial daquele Estado e a capacidade de o mesmo resolver pontual e cabalmente os problemas relacionados com os Direitos Humanos tendo em conta a densidade populacional.

Uma das questões mais candentes prende-se com a má distribuição de terras, problema este que remonta desde o início da colonização no século XVI, séculos depois, trabalhadores sem terras e povos indígenas são constantemente intimidados e ameaçados com violência e expulsões.⁹

Para além da incipiente acção do Estado em demarcar as áreas indígenas, remanescentes quilombolas e sem terras e das violações cometidas pelos agentes da polícia através da violência, os conflitos agrários também envolvem outro tipo de violação Estatal: as remoções esforçadas por interesses públicos, como as que tiveram lugar para viabilizarem a construção da usina hidroelétrica de Belo Monte.¹⁰

Os povos indígenas não foram consultados pelo que a comissão internacional

9 Cfr. **Os Direitos Humanos no Mundo Lusófono**. O Estado da Arte, 2015, p. 58.

10 **Os Direitos Humanos no Mundo Lusófono**. O Estado da Arte, 2015, p. 60.



de Direitos Humanos (OEA) solicitou o Brasil que suspendesse o processo de licenciamento até que consultas livres, prévias, e informadas fossem realizadas com os grupos afetados e até que medidas fossem implementadas para proteger a saúde e a integridade física dos mesmos. Em resposta à notificação a OEA o Brasil retirou sua representação junto à OEA e suspendeu suas contribuições à comissão.¹¹

Há ainda camadas da sociedade que se encontram em condição de vulnerabilidade pela necessidade de subsistência e da pouca ou nenhuma instrução que lhes permita ingressar no mercado de trabalho, restando-lhes apenas trabalhos degradantes. O trabalho em condições análogas às da escravidão ainda persiste no Brasil, principalmente na agricultura, pecuária e no extrativismo.

O Estado Brasileiro tem se empenhado em tratar de políticas públicas com supedâneo no conceito de “trabalho decente”, formulando no âmbito da Organização Internacional do Trabalho. O principal esforço do País tem sido erradicar o trabalho em condições análogas às da escravidão, como refere o relatório do primeiro ciclo da revisão periódica Universal do ano de 2008.

Todavia a erradicação da pobreza, o cuidado com as minorias, a atenção aos princípios básicos de saúde, educação, trabalho, segurança e o cuidado com as populações marginalizadas e encarceradas foram os pontos considerados fundamentais para a plenitude da tutela dos Direitos Humanos no Brasil.

4.2 Cabo Verde

É notório ao longo destes anos o esforço que o Estado Cabo Verdiano tem vindo a empreender para fortalecer o seu regime democrático e proteger os Direitos Humanos no seu território, como referenciou o Dr. António Pinto de Mesquita no seu artigo inserido na publicação do livro do Observatório Lusófono dos Direitos Humanos (O.L.D.H.U.M.).¹²

Cabo Verde é também um dos Estados Lusófonos que assumiu compromissos internacionais, tanto a nível mundial ONU, como regional UA.

De entre estes instrumentos jurídicos são de destacar a nível Internacional o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais e a Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. E a nível Regional: A Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos. Todos estes instrumentos foram assinados e ratificados, fazendo parte agora do Ordenamento Jurídico interno do Estado de Cabo Verde,

11 Iben

12 Cfr. Texto da Constituição de Cabo Verde. <http://www.stj.pt/fpstiptlp/caboverde_constituicao.pdf>. (10.02.2015).



como refere o Dr. António Pinto de Mesquita no livro do (O.L.D.H.U.M).¹³

Na sua Constituição de 1992, revista em 2010, no seu portal do Governo Cabo verdiano se considera república soberana, unitária e democrática, garante o respeito pela dignidade da pessoa humana e reconhece a inviolabilidade dos Direitos do Homem como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça.

4.3 Guiné-Bissau

Todos os países enfrentam desafios ao nível do cumprimento dos direitos humanos. Nenhum país está isento de críticas porquanto todos apresentam aspetos suscetíveis de serem melhorados. Como o caso da Guiné-Bissau que não para de evidenciar esforço para o cumprimento da protecção dos direitos humanos em seu território, pese que essa protecção é ofuscada pela ainda existência pela pena de morte.¹⁴

Não obstante os desafios que tem vindo a enfrentar, o certo é que a Guiné-Bissau tem assumido internacionalmente e nacionalmente um compromisso com os direitos humanos, patente não só nos instrumentos jurídicos internacionais que ratifica, mas também nos direitos consagrados ao nível constitucional. Isso tem se verificado uma transformação da realidade social guineense. E já tem feito sentir os seus efeitos.

4.3.1 Compromissos internacionais em matéria de direitos humanos

A Guiné-Bissau tem desenvolvido esforços de forma a ratificar os principais instrumentos jurídicos de protecção de direitos humanos, tanto ao nível regional, como ao nível internacional. No que tange a conformar o seu ordenamento jurídico, em Agosto de 2013, foi aprovada a lei contra a violência doméstica e, em 2011 foram aprovadas as leis contra a mutilação genital feminina e contra o tráfico de seres humanos.¹⁵

Também a Guiné-Bissau tem criado instituições e comités com vista a promover e acautelar os direitos e interesses da população mais vulnerável, nomeadamente as mulheres e as crianças. Este propósito levou à criação, a 20 de outubro de 2008, da Comissão Nacional de Direitos Humanos, a fim de promover os Direitos Humanos em todos os níveis.

Todavia, os relatórios analisados dão a ênfase à história recente no país, que tem sido pautada pelo assassinato de diversos civis, militares e líderes políticos, como foi

¹³ **Os Direitos Humanos no Mundo Lusófono**. O Estado da Arte, 2015, p. 79.

¹⁴ **Os Direitos Humanos no Mundo Lusófono**. O Estado da Arte, 2015, p. 86

¹⁵ Cfr. UPR da Guiné-Bissau. **Os Direitos Humanos no Mundo Lusófono**. O Estado da Arte, 2015, p. 97.



o caso do então Presidente da República **Nino Vieira**.¹⁶

Apesar dos desafios que a Guiné-Bissau ainda enfrenta, o relatório UPR salienta o trabalho desenvolvido com vista a implementar um verdadeiro Estado democrático com base no Direito, na democracia multipartidária, na separação de poderes, no respeito pela dignidade da pessoa humana, no respeito pelos direitos humanos, na proibição de discriminação em função do gênero, religião, opinião política e situação econômica e social, através de alterações legislativas constitucionais e infraconstitucionais.

4.4 Moçambique

Moçambique é membro da ONU e da UA, desde 1975. No que tange às Nações Unidas, foram ratificados diversos acordos sobre direitos humanos. No quadro da União Africana, do mesmo modo foram ratificados diversos tratados de direitos humanos o principal dos quais é a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos,¹⁷ cujo cumprimento é supervisionado pela Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, com sede em Banjul (Gâmbia), e pelo Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos, com sede em Arusha, na Tanzânia.¹⁸

O Estado moçambicano é ainda membro, desde 1996, da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP), organização regida sobretudo pelos princípios da paz, da democracia, do Estado de Direito, dos direitos humanos e da justiça social. É também membro, desde 1992, da Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral (SADC), que viu instituído o seu Tribunal em novembro de 2005, em Windhoek, na Namíbia.¹⁹

4.4.1 Os Direitos Humanos na prática cotidiana em Moçambique

O Estado Moçambicano tem feito nos últimos anos um grande esforço no que toca ao respeito e proteção dos direitos humanos em seu território, no que podemos identificar como avanços positivos na proteção dos direitos humanos em Moçambique: v.g. A entrada em funções da nova Comissão Nacional dos Direitos Humanos, que conta com o apoio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), tem por missão elaborar propostas de programas sobre os direitos humanos; divulgar

16 AMNISTIA INTERNACIONAL, Amnesty International Report 2010: Guinea Bissau. **Os Direitos Humanos no Mundo Lusófono**. O Estado da Arte, 2015, p. 96.

17 Que tem como particularidade a atenção dada (em seis artigos e mesmo na própria denominação da carta) aos direitos dos povos, atendendo à multiétnicidade dos Estados africanos. **Os Direitos Humanos no Mundo Lusófono**. O Estado da Arte, 2015, p. 119.

18 **Direitos Humanos no Mundo Lusófono**. O Estado da Arte, 2015, p. 119.

19 Idem.



os direitos humanos; funcionar como o local a que os cidadãos devem dirigir-se para apresentarem queixas, caso os seus direitos sejam violados; e propor ao órgão estatal competente a adoção de legislação destinada a harmonizar a ordem jurídica interna com as normas regionais e internacionais sobre a matéria.

Ora numa análise aos compromissos internacionais de âmbito universal assumidos por Moçambique, nota-se que os líderes políticos moçambicanos têm a consciência da importância da protecção dos direitos humanos como fonte de legitimidade internacional. Como Estado Membro das Nações Unidas, Moçambique ratificou alguns dos mais importantes instrumentos jurídicos internacionais sobre direitos humanos, entre os quais a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime contra o Apartheid, Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, a Convenção dos Direitos da Criança, a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, e outros.

Como acabamos de ver, verificam-se esforços por parte do estado Moçambicano em ratificar os instrumentos internacionais de direitos humanos mais relevantes.

4.4.2 Polícia nacional e força de segurança

As forças policiais moçambicanas têm, antes de mais, o papel de garantir a lei e a ordem, garantir a segurança de pessoas e bens, a paz pública, o respeito pelo Estado de Direito Democrático e a estrita observância dos direitos e liberdades dos cidadãos (artigo 254).

4.5 Portugal

A Constituição da República Portuguesa identifica Portugal como um Estado de Direito Democrático, baseado no princípio da *dignidade da pessoa humana*, uma caracterização que nos dá as bases para a análise da situação dos direitos humanos em Portugal, até a presente data.

A dignidade humana constitui um “metaprincípio”, de onde decorrem os direitos fundamentais e os limites ao poder do Estado. É este princípio que confere unidade de sentido e valor ao sistema de direitos fundamentais. De referir que sendo um país territorialmente pequeno em relação a outros países lusófonos e estando inserido na União Europeia tem sido considerado o mais respeitador dos direitos humanos.²⁰

20 Cfr. Filipa Aragão Homem. **Os Direitos Humanos no Mundo Lusófono**. O Estado da Arte, 2015, p. 149.



4.5.1 Liberdade de expressão

O direito à liberdade de expressão está consagrado nos artigos 37 e 38 da CRP, este último relativo à imprensa e aos meios de comunicação social.²¹

4.6 São Tomé e Príncipe

O arquipélago de São Tomé e Príncipe localiza-se no Golfo da Guiné. É constituído por duas ilhas principais, a ilha de São Tomé e a ilha do Príncipe e vários outros ilhéus, sendo o mais conhecido o ilhéu das Rolas, que é atravessado pela linha do Equador. Como país insular que é, naturalmente, não tem fronteiras terrestres, mas tem como países vizinhos a Guiné-Equatorial, a Nigéria, os Camarões, o Gabão entre outros. A República Democrática de São Tomé e Príncipe, a 12 de julho de 1975, adquiriu, unilateralmente, a sua independência de Portugal.

No que diz respeito à proteção dos direitos humanos, a Constituição são-tomense oferece uma proteção muito mais completa do que aquela conferida pela Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (CADHP), como pretendemos agora demonstrar de forma sucinta.²²

No entanto, a CADHP é um instrumento jurídico consideravelmente inovador, uma vez que contempla a “especificidade africana do significado dos direitos humanos. A Carta Africana faz referência ao direito à liberdade de expressão simplesmente afirmando que “toda a pessoa tem direito de exprimir as suas opiniões no quadro das leis e dos regulamentos” (artigo 9º, nº 2, CADHP).

De um modo geral, podemos afirmar que São Tomé e Príncipe não apresenta problemas graves ao nível da proteção destes direitos. O país não é referenciado nos relatórios das principais ONG em matéria de proteção de direitos humanos.

4.7 Timor-Leste

Nos diversos relatórios sobre direitos humanos apresentados por várias organizações internacionais intergovernamentais e não governamentais, vários são os problemas assinalados relativamente a Timor-Leste.²³ Algumas das problemáticas, no entanto, assumem um carácter transitório, não se verificando a sua constância ou reincidência.²⁴

²¹ Iben

²² Cfr. **Os Direitos Humanos no Mundo Lusófono**. O Estado da Arte, 2015, p. 183. MARIA JOSÉ MORAIS PIRES, “Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos”, op. cit., p. 336.

²³ **Os Direitos Humanos no Mundo Lusófono**. O Estado da Arte, 2015, p. 211.

²⁴ Cfr. BAPTISTA, Rute e RODRIGUES, Ana de Maria. **Os Direitos Humanos no Mundo Lusófono**. O Estado da Arte, 2015, p. 209.



A justiça de transição e a impunidade sentida relativamente aos crimes cometidos no período da ocupação indonésia e durante e após o referendo de 1999, os abusos cometidos pelas forças de segurança, as violações dos direitos das mulheres e a fragilidade e o difícil acesso ao sistema de justiça são as maiores preocupações apresentadas pelas organizações internacionais intergovernamentais e não governamentais no que toca ao respeito pelos direitos humanos no país.

Segundo um relatório de uma organização internacional de direitos humanos, em 2011 e 2012, continuaram os relatos de abusos das forças de segurança, resultando, em alguns casos, de morte.

5 CONCLUSÃO

A questão é candente quando se fala dos direitos humanos, continua a existir um fosso enorme entre o que se diz, ou seja, a retórica dita com sinceridade por todos os Estados e a prática, que pese, embora alguns progressos que, em abono da verdade, não se devem negar nestes últimos anos e década fica muitas vezes aquém dos padrões internacionalmente definidos pelas Nações Unidas. E esta discrepância entre a retórica e a prática não coloca como epitafio dos países Lusófonos é uma constatação de todos os Estados do mundo e até os ditos como mais desenvolvidos, com democracias tidas como estáveis.

Nos Estados da Lusofonia a questão dos direitos humanos é estanque; varia de um país a outro consoante às circunstâncias específicas de cada um deles. É ponto assente que os direitos humanos na Lusofonia são uma meta e ainda apresentam muitos desafios pelo caminho a percorrer.

Tem sido gratificante o esforço do coletivo levado a cabo para o acompanhamento das questões atinentes aos direitos humanos, os observatórios dos direitos humanos que podem ser de âmbito internacional, por exemplo, a Amnistia internacional, as ONG, as Organizações Intergovernamentais, os comitês especializados das Nações Unidas, a comissão dos direitos humanos da UA; as Universidades etc. Criticando a falta de proteção, o desempenho de cada um dos Estados e dos seus agentes. É com base dos relatórios desses observatórios que se pode avaliar os esforços e as insuficiências de cada Estado da Lusofonia bem como os progressos que cada um deles tem feito ao longo destas últimas décadas.

REFERÊNCIAS

Constituição da Republica de Angola – 2010

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, revista em 1994.

Constituição da República de Cabo Verde de 1992, revista em 2010



Constituição da República de Moçambique de 2015

Constituição da República Portuguesa de 2005

Constituição da Guiné Bissau de 2014

Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe – 2003

Constituição da República do Timor Leste de 2002

Publicação do Observatório dos Direitos Humanos da Universidade do Minho (2013)

IIª Conferência Nacional sobre os Direitos Humanos realizado em Angola (Luanda – 2011)

Manual da III Conferência Nacional sobre os Direitos Humanos – Suzana Peres, Colaboradora da Agência Espanhola de Cooperação Internacional em Angola.

Manual de Formação Básica em Direitos Humanos – Ministério da Justiça e dos Direitos Humanos da República de Angola

Direitos, Inclusão e Participação convenção sobre Direitos Humanos – Ministério da Justiça e dos Direitos Humanos da República de Angola

INAC, relatório sobre a implementação da CDC, Luanda

Tráfico de seres humanos: Prevenção, Proteção, e Assistência às vítimas – 2016 – Ministério da Justiça e dos Direitos Humanos da República de Angola

Apontamentos do Dr. CARVALHO, Paulo, Sociólogo

Apontamentos do Dr. JUNIOR, Gilberto Roberto de Lima, Advogado.



TUTELA DAS MINORIAS: UM OLHAR SOB O VIÉS COLETIVO PARA UM NOVO PARADIGMA NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À EDUCAÇÃO E INCLUSÃO SOCIAL DOS PORTADORES DO TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA COMO MECANISMO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL

Bárbara Michele Morais Kunde¹

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como cerne a análise da relevância da promoção do direito humano – e fundamental – à educação e inclusão social das pessoas com transtorno do espectro autista – TEA, e sua contribuição no desenvolvimento do processo de tolerância para com as minorias, alcançando-se, assim, a harmonização das relações sociais.

Como todo o grupo social em minoria, por se tratar de uma parcela diferenciada da população, a falta de informações, aliada à indiferença quanto à aquisição da dignidade na vida destas pessoas, o preconceito e a ausência de responsabilidade social compõem um quadro desafiador na concretização do direito à igualdade de oportunidades de desenvolvimento individual, atingíveis somente através de uma educação adequada.

O Brasil, seguindo os movimentos internacionais garantidores dos direitos das pessoas com deficiência, instituiu em 27 de dezembro de 2012 a política nacional de proteção dos direitos das pessoas portadoras de TEA, regulamentando-a através da Lei nº 12.764, unindo tanto o Poder Público quanto a sociedade civil no desiderato de assegurar a observância àqueles direitos.

Nesse contexto do ordenamento jurídico brasileiro, o presente artigo demonstrará que a defesa dos direitos dos portadores de TEA é de relevante papel no cumprimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil voltados à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, passando pela promoção do bem estar de todos, sem qualquer forma de discriminação.

Nesse sentido, a inclusão social do portador de TEA apresenta-se como alternativa para a concretização dos direitos humanos, comprovando-se, por via de consequência, que a cooperação da sociedade não se trata apenas de um

1 Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, com bolsa Capes Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Luterana do Brasil – Ulbra. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio do Sinos - Unisinos. Advogada. Professora no curso de graduação e pós-graduação “latu sensu” na Unisc. Integrante do Grupo de Pesquisas “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, vinculado ao PPGD da Unisc, coordenado pela Prof. Dra. Marli Marlene da Costa. E-mail: <barbarakunde1@mx2.unisc.br>.



sentimento de respeito às minorias, mas sim, respeito a toda a coletividade, composta por cidadãos mais conscientes, evitando-se relações conturbadas ou agressivas, atuando como vetor inibidor, inclusive, da prática do *bullying* escolar.

Assim, tratando-se de relações envolvendo minorias, somente a incorporação da essência da solidariedade conduzirá a sociedade brasileira rumo ao Estado Democrático de Direito em que a igualdade substancial é promovida, consagrando-se substancialmente os direitos fundamentais à educação e inclusão social como direito humano.

2 O TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA E A CONFORMAÇÃO DA ESTRUTURA EDUCACIONAL BRASILEIRA COMO CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO SEM DISCRIMINAÇÃO

O diagnóstico do transtorno do espectro autista – TEA, é baseado em um conjunto de condições psiquiátricas do desenvolvimento neurológico em que se destacam, comumente, as significativas dificuldades de comunicação, comportamento e relacionamento, redundando, em casos mais graves, no comprometimento severo dos relacionamentos interpessoais porque afeta a habilidade social, assim como a comunicação verbal e não verbal, e, finalmente, a área comportamental.

São três os principais sintomas dos transtornos invasivos do desenvolvimento, dentre os quais se encontra o TEA: repertório limitado de atividades, interesses e comportamentos; comprometimento do desenvolvimento da linguagem verbal e não verbal; e parca ou nenhuma interação social, incluindo contato visual (GRILLO, SILVA, 2004).

A incidência do transtorno, segundo Baptista (2002, p. 42) é de “quatro a cinco casos a cada dez mil crianças da população em geral”, independentemente do nível econômico.

O grande desafio enfrentado pelos educadores são as dificuldades de compreensão e de comunicação, sempre presentes no cotidiano da criança autista. Por esse motivo o ambiente interpessoal é fundamental no desenvolvimento do interesse da criança em desenvolver habilidades comunicativas, uma vez que, sensível às necessidades específicas, o adulto poderá adequar e direcionar suas contribuições às capacidades do portador de TEA.

Carlos Roberto Baptista (2002, p. 47) realça que os principais objetivos do tratamento “são reduzir os comportamentos mal-adaptativos e promover o aprendizado”.

Por esse motivo, em face das particularidades, faz-se necessário um ambiente educacional especializado, composto por professores devidamente preparados, além de atendimento por equipe multidisciplinar.

Muito embora a estrutura ideal seja de difícil construção, além de ser bastante



onerosa, não se pode olvidar que o atendimento diferenciado busca garantir o direito de igualdade de essas crianças terem acesso à educação, pois o tratamento adequado aumenta consideravelmente as suas probabilidades de viver independentemente.

O Brasil, através de políticas públicas e legislações protecionistas, vem tentando garantir esses direitos. Mas é evidente a necessidade de que sejam realizadas transformações no sistema educacional para que realmente seja efetivado o acesso universal à educação, que deve ser precedido da consciência da sociedade quanto à relevância da proteção deste grupo considerado como minoria.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM NECESSIDADES ESPECIAIS: FINALMENTE O TRIUNFO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À EDUCAÇÃO?

Ao se realizar, em 1994, a Conferência Mundial de Educação Especial, na qual se proclamou a Declaração de Salamanca pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que se fortaleceu a política da educação inclusiva, já que seu objetivo maior foi inserir, preferencialmente, as crianças com deficiência nas escolas de ensino regular, rompendo com o paradigma de segregação social, fruto das características diferenciadas que possuem.

Posteriormente, em 1999, foi elaborada a Declaração de Guatemala ou Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Preconceito contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, atribuindo aos Estados a incumbência de tratar de forma igual tais menores e as demais pessoas.

Em terras brasileiras, a política nacional de proteção dos direitos das pessoas portadoras de TEA foi regulamentada pela Lei Berenice Piana,² Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012, indo ao encontro do espírito constitucional, notadamente a igualdade entre todos os cidadãos, sem qualquer discriminação.

A partir deste marco, houve um significativo aumento na procura do ensino regular para as crianças autistas, rompendo-se, assim, o preconceito, facilitando a sua inserção no sistema educacional, já que a negativa de matricular aluno autista é vedada pela lei.

Por outro lado, as peculiaridades do tratamento implicam grande investimento por parte das escolas, seja em infraestrutura, seja em capital humano, pois como esta espécie de transtorno manifesta-se em diferentes graus, torna-se imprescindível a observação da individualidade do aluno para conduzir o ensino de forma eficaz.

Inegável que a inclusão social e educacional vem ganhando força desde a Constituição Federal, mas ainda é necessária a conscientização de todos para que

2 Berenice Piana lutou por anos por um diagnóstico e tratamento de seu filho autista, e, reconhecendo a necessidade de políticas públicas, engajou-se na realização de um projeto de lei que redundou na respectiva lei no ano de 2012.



se fortaleça a luta pelo respeito à diversidade, respeitando-se, assim, os direitos fundamentais.

4 A SOLIDARIEDADE E O NOVO PARADIGMA NA TUTELA DAS MINORIAS EM UMA SOCIEDADE FRATERNA

É inquestionável que os tempos pós-modernos, compostos por uma sociedade complexa e pluralista, eleva a altos patamares os direitos fundamentais. Dessa forma, por tudo quanto discorremos até aqui, a proteção dos indivíduos é primordial, além de constituir dever do Estado, modificando o pensamento originário do Estado social.

A constitucionalização do direito privado, pois, apresenta-se como uma resposta a esta evocação da Constituição Federal no sentido de fazer incidir sobre as relações privadas os princípios constitucionais, destacando-se a dignidade da pessoa humana que é denominada como “relevância constitucional das relações privadas” (FACCHINI NETO, 2006, p. 37).

Em que pese no Brasil a discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais na seara privada não seja novidade, a partir da Constituição Cidadã percebeu-se que o direito privado não poderia ser interpretado somente a partir de si próprio.

Nesse sentido, Eugênio Facchini Neto (2006, p. 39) propõe sua releitura:

[...] implica analisar as consequências, no âmbito do direito privado, de determinados princípios constitucionais, especialmente na área dos direitos fundamentais, individuais e sociais. Assim, o fenômeno pode ser compreendido sob determinada ótica hermenêutica, aquela da interpretação conforme a Constituição.

Assim, não basta a criação de uma lei para que as mudanças se operem, o que deve ocorrer é o atendimento, por parte dos jurisdicionados, dos princípios da integridade física e psíquica, da igualdade substancial e da solidariedade social, em comunhão com o princípio da liberdade privada.

Nesta linha de raciocínio, o foco especial e prioritário é a dignidade da pessoa humana, no sentido de se respeitar a individualidade, a fim de se alcançar efetivamente a igualdade material, porém, sem abandonar o pensamento coletivo.

Quando o indivíduo chama para si a iniciativa de defender direitos coletivos, agrega valores de solidariedade e fraternidade ao grupo social, resgata a ideia de união na defesa de direitos comuns, bem como alerta os demais de que é possível agir, e que este agir alcança resultados positivos para todos.

Todo ser humano almeja o bem estar, o bem viver, por isso consagrou-se a filosofia kantiana de que o ser existe em si mesmo, e não como um meio do qual esta ou aquela vontade pode se servir a seu talento.



O homem, portanto, assume papel central nas relações sociais e jurídicas, do que se conclui que somente a sua autoconsciência é que permitirá lutar por um sentido pessoal com autonomia. Porém, é de se ressaltar que nesta jornada deve o ser, também, transcender a si próprio, no sentido de também se reconhecer no outro.

Nesse norte, constituindo-se a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, a ideia de solidariedade emerge como relevante laço de conexão a desempenhar duplo papel: estabilizar e mobilizar a sociedade (FARIAS, 1998).

Com base nesta concepção de fraternidade tisnada por valores éticos coletivos, o interesse individual é suplantado, justificando o fato de que certas pessoas precisam receber as mesmas oportunidades de acesso à satisfação dos direitos fundamentais a que outras, a grande maioria, têm. Importa dizer que a igualdade substancial está na oferta dos mesmos meios de alcance e não da obtenção do resultado em si, pois a concepção de desigualdade integra o princípio de que devem ser tratados de forma desigual, os desiguais.

Este tratamento é o instrumento através do qual o sentido pessoal do ser humano pode ser buscado por ele mesmo, com autonomia.

Nesse norte, embora os objetivos individuais tenham grande relevância na construção da dignidade da pessoa humana, não se pode perder de vista que há uma certa inviolabilidade individual que não está disponível à negociação, mesmo diante da maioria, que não pode superar o objetivo primordial de construir uma sociedade que cumpra os objetivos fundamentais estampados na Constituição.

A conjugação desta diversidade passa, necessariamente, pelo conhecimento das necessidades alheias como pontos de partida para a busca da promoção dos direitos. Significa, pois, que a inclusão dos portadores do TEA migra do plano abstrato para se concretizar na sociedade que anseia por novas respostas.

Considerando-se que o transtorno do espectro autista não impede o convívio social, mas sim que este fator é determinante na obtenção de diferentes e mais amplas respostas, os desafios que se lhes apresentam interferem em seu desenvolvimento individual. É preciso que se compreenda que estes desafios são enfrentados na vivência com todos os demais membros do grupo social, e não somente entre os autistas, rompendo-se a ideia de segregação, cultuada pela concepção errônea de inviabilidade de desenvolvimento.

Não se trata de traçar metas e obter resultados, mas sim de respeitar as diferenças e permitir que estas pautem o desenvolvimento individual conforme a capacidade de cada um.

Por esse motivo, não se está a defender um privilégio às crianças portadoras de TEA, mas sim de lhes propiciar o acesso às oportunidades, para que, a partir daí, possam, por si (mas com apoio), superar os seus próprios limites.

No plano concreto, as disparidades na mesma classe de alunos serão mediadas pelos professores, propiciando o desenvolvimento de habilidades que agregarão



democraticamente todos os envolvidos, integrando-os.

Por este caminho, paulatinamente os valores deixam de se contrapor, reduzindo os conflitos que das divergências poderiam emergir. Na medida em que diferentes comportamentos e pontos de vistas são manifestados, desenvolve-se a tolerância para com a diversidade, pois as relações humanas serão alimentadas pelo diálogo, pela busca do entendimento e pela pacificação das inquietações coletivas.

Portanto, a restrição da liberdade em prol de uma convivência comum é premissa da qual se deve partir, pois somente assim, segundo Carcará (2014, p. 58-59), o convívio será pacífico:

O alcance da convivência humana pacífica teria que desprezar o desejo individual em prol da maioria pela condição democrática pura. Mas, com a existência de direitos individuais homogêneos e difusos que representam não mais um desejo individual, e sim de uma parcela da população, a necessidade de coexistência de liberdades passa a ser uma realidade para o convívio pacífico.

Tendo a solidariedade como norte neste compromisso de assegurar acesso à educação, sem discriminação, a todas as pessoas, é que se viabilizará o desenvolvimento de uma comunicação mais rica e mais motivada pela multiplicidade de escolhas manifestadas pelos diferentes grupos que se expressam no meio social.

Logo, o direito fundamental à educação do portador do transtorno do espectro autista é um dos corolários da sua vivência digna, respeitando-se suas limitações.

Por outro lado, os demais indivíduos estarão recebendo estímulos saudáveis para a sua autoformação responsável, contribuindo para o amadurecimento intelectual da classe escolar, desenvolvendo, desde tenra idade, o respeito à diversidade, possibilitando avanços democráticos na convivência em comunidade.

As agressões, tão comuns na ambiente escolar, tendem a diminuir, pois a divergência é minimizada, dia a dia, pelo respeito às diferenças, que somente é fomentado pela convivência.

Por esse motivo, a partir da promoção dessa inclusão social, pode-se afirmar que os conflitos escolares são amenizados, estendendo seus efeitos benéficos não somente para os portadores do transtorno autista, com também àqueles que aprendem a conviver com estes indivíduos diferenciados.

Por via de consequência, o *bullying*³ escolar, agressividade em sua

3 Segundo a Wikipédia, o termo *bullying* foi proposto após o Massacre de Columbine, ocorrido nos Estados Unidos no ano de 1999, pelo pesquisador Dan Olweus, a partir do gerúndio do verbo *to bully* (que tem acepção de “tiranizar, oprimir, ameaçar ou amedrontar”) para definir aqueles que, nas escolas, procuram intimidar os colegas que tratam como inferiores. A definição pode ser dada como atos de violência física ou psicológica intencionais e repetidos, praticados por um indivíduo ou grupo de indivíduos, causando dor e angústia e sendo executadas dentro de



forma de manifestação mais complexa, também tende a diminuir, pois a intenção de prejudicar e humilhar os pares nesta relação de imposição de força e poder é diretamente influenciada pela busca do entendimento, tão caro à rotina social.

Importante ressaltar que o *bullying*, por se tratar de um fenômeno no qual a relação entre agressores e vítimas é bastante extensa no tempo e no espaço, traz como consequência prejuízos pessoais, institucionais e sociais.

A inclusão estimula o indivíduo a desempenhar um papel construtivista de um ambiente harmônico, em que integrados todos os participantes. Os direitos fundamentais, pois, trazem em seu bojo a responsabilidade moral que, segundo Dworkin (2006, p. 320) caracteriza-se:

Para muita gente, a responsabilidade moral tem um outro aspecto, um aspecto mais ativo: seria a responsabilidade não só de constituir suas convicções próprias, mas também de expressá-las para os outros, sendo essa expressão movida pelo respeito para com as outras pessoas e pelo desejo ardente de que a verdade seja conhecida, a justiça seja feita e o bem triunfe.

Então, o acesso à educação garantido às minorias, é importante fator no desenvolvimento de uma sociedade cooperativa, desprovida de um único olhar, mas ao contrário, multifacetada. Em sentido oposto, a verdade seria irrefutável e incólume, a ser propagada por indivíduos que têm o seu ponto de vista como o único axioma real e possível.

Em vista disso, percebe-se o quão perniciosa é a segregação dos portadores de TEA, pois não permite aparar as arestas das divergências, atingível somente por meio do diálogo, ferramenta poderosa na construção da tolerância, ampliando o horizonte no sentido de que parte da realidade pode estar além do ponto de vista íntimo, e que esta parcela da verdade deve ser buscada para que o conceito seja construído.

Que possa haver verdade fora do nosso meio é premissa composta pela conjugação do diálogo e a busca pela verdade, desaguando, conseqüentemente, na tolerância.

Tendo em vista que a convivência representa o exercício limitado de direitos, a escola, em ação conjunta com os pais, desempenha importante papel no equilíbrio das diferenças que devem ser ressaltadas, porém com o intuito pedagógico de se respeitar aspectos singulares constitutivos da identidade dos cidadãos, exercitando-se a contemporização de valores.

Outrossim, a exclusão do gozo de direitos é outra nuance de violação a direitos

uma relação desigual de poder. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Bullying>>. Acesso em: 13 dez. 2016.



fundamentais porque se está obstaculizando a oportunidade de o portador do TEA desenvolver suas habilidades mediante a influência de um meio diferente, que lhe apresentará desafio, e oportunizará cooperar com a sociedade, já que as diferenças serão canalizadas em benefício de todos.

Em resumo, tratamentos desiguais são necessários na medida em que as condições individuais conduzam o indivíduo a uma situação em condições inferiores, o que o mantém em desvantagem.

Por todas estas razões é que se espera do Poder Público uma atuação efetiva na concreção dos direitos fundamentais dos portadores de TEA, sendo um dos caminhos o acesso à educação, que será ministrada segundo a singularidade de cada um, o que justifica a necessidade da cooperação entre o Estado, as instituições de ensino e a sociedade.

Logo, o direito à educação não se resume apenas ao direito fundamental, mas sim a um direito que perpassa todo um viés coletivo porque reverte em benefício de toda a sociedade, promovendo a convivência harmônica entre os ideais de vida e, consequentemente, paz social. Nesse contexto em que o comprometimento com o bem estar e o desenvolvimento da igualdade e justiça são valores inafastáveis, é que deve ser analisado o direito à inclusão social das crianças portadoras de transtorno do espectro autista, franqueando-lhes acesso o mais amplo possível à educação, permitindo a convivência com as demais crianças, sejam elas portadoras do TEA ou qualquer outra necessidade especial, assim como com crianças que não têm deficiência alguma.

A sociedade cultiva, erroneamente, a ideia de que a pessoa deficiente é aquela em que há uma falta, falha ou carência, como, por exemplo, a ausência de algum membro ou parcial desenvolvimento de inteligência. Esta concepção errônea apenas estimula a ideia de que outra espécie de deficiência é de difícil reparação, senão irreversível, justificando, assim, a omissão não apenas do Estado, mas de toda a sociedade.

Como já realçado, a TEA manifesta-se em diferentes níveis, devendo ser bem analisada para que a criança seja atendida adequadamente e estimulada a desenvolver os potenciais que traz consigo.

Assim, se o meio social ao qual integrada for simples, não exigindo decisões complexas, pode-se afirmar que neste contexto, como se relaciona bem na sociedade, esta criança não seria deficiente. Entretanto, se a deslocarmos para um contexto mais complexo socialmente, então sim, o nível de exigência aumentará e ela passará a merecer um tratamento ainda mais específico.⁴

Saliente-se que naquela primeira hipótese, diante da falta de estímulo adequado,

4 Se considerarmos uma colônia de hansenianos, o modo como todos ali são abrigados, tendo constituído família e estarem totalmente integrados entre si, não se pode afirmar que sejam portadores de alguma deficiência. Porém, se os deslocarmos dali, então a diferença será patente, e a condição passará a merecer tratamento específico.



a criança estará fadada a permanecer no mesmo nível de desenvolvimento em que se encontra, quando poderia, mediante atendimento eficaz, acrescer novas qualidades e aptidões.

No entanto, como já evidenciado, nem sempre o portador de necessidades especiais terá a garantia de tratamentos específicos, estes se justificam na medida em que se mostrem fundamentais no exercício do seu direito. Isto porque, atualmente, o direito a um tratamento diferenciado dos portadores do espectro autista calca-se nas particularidades e não mais no fato de se enquadrarem no conceito genérico de portadores de deficiência.

Assim, a ideia de se garantir tratamento diferenciado somente pelo fato de serem considerados especiais é ultrapassada, pois as características próprias de cada um é que condicionarão os meios a serem postos em prática, o que garantirá que, na sua diferença, recebam a mesma oportunidade dispensada aos que nenhuma deficiência possuem.

Verifica-se, portanto, a necessidade da ponderação entre as pessoas de modo que haja a renúncia aos interesses individuais que levem ao bem estar particular, em prol de interesses coletivos, utilizando-se como fundamento a dignidade na eleição dos valores morais e éticos mais adequados aos anseios sociais.

Somente assim o direito à dignidade deixa de ser fundamental para ser fundamento da República Federativa do Brasil.

5 CONCLUSÃO

O Brasil, atendendo aos documentos internacionais dos quais foi signatário, passou a dispensar especial proteção às pessoas portadoras de deficiência, cuja regulamentação foi cristalina no sentido de esta proteção ser um dever não somente do Estado, mas de toda a sociedade civil.

Para estas minorias, a busca pela igualdade de opções e a facilitação de acesso às mesmas, têm contribuído decisivamente para o desenvolvimento da dignidade, uma vez que o ser humano passou a ser considerado o eixo central do ordenamento jurídico, e o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Logo, a autorrealização, com amplas possibilidades de exercer poder de escolha passou a ser uma das mais relevantes garantias individuais, uma vez que somente através dele é que o ser humano encontra sentido existencial, desenvolvendo a coragem de lutar por seus objetivos na busca de seu sentido pessoal.

Logo, eventuais disparidades entre as pessoas, notadamente as mais profundas que levam à caracterização das denominadas “minorias”, devem ser compensadas pela cooperação de todos aqueles que estão em situação de mais vantagem.

Nessa linha de raciocínio, em que o homem aponta para uma visão além de si



mesmo, o bem estar da maioria não se compatibiliza com a defesa das minorias, pois que, sob esta óptica, pouco ou nada teriam para contribuir para a vida em sociedade, e, nesta escala de valoração, não integrariam o interesse da maioria, permanecendo, por isso, fadados à segregação.

Por essa razão, mister que os diferentes interesses concorrentes sejam harmonizados para que as minorias recebam a mesma oportunidade de desenvolvimento de suas capacidades pessoais, cujo resultado reverterá em benefício de todo o grupo social.

Especificamente no caso dos portadores do transtorno do espectro autista, a educação inclusiva mostra-se como meio de acesso e promoção do desenvolvimento pessoal, que não se dará em tão larga escala se não exercitado no grupo, ou seja, a diversidade da maioria representa o grande desafio aos autistas, pois deslocados de seu ambiente, tendem a apresentar respostas diferentes em virtude de estímulos específicos.

Além disso, a educação pautada pela convivência entre todos estimula o diálogo, promove o entendimento e a tolerância para com as diversidades, alcançando-se a paz social pelo exercício da solidariedade.

A educação, portanto, mostra-se terapêutica, uma vez que transcende um ensino meramente basilar, pois desempenha importante função social ao trabalhar valores com as crianças autistas.

Esta salutar convivência diversificada promove a diminuição dos conflitos no ambiente escolar, integra a família, os professores e a comunidade, identificando-se todos com um ideal comum que é o respeito a valores que fazem parte da integridade de cada um.

Como reflexo, tem-se, ainda, a sua positiva influência na prática de uma violência mais complexa que é o *bullying*, onde as relações de poder são confrontadas, geralmente levando um dos envolvidos à humilhação, causando-lhe traumas que remanesçam com profundas cicatrizes.

Por tudo isso é que se conclui que a inclusão social para o efetivo acesso à educação, é tarefa comunitária, dependente de um esforço conjunto dos setores públicos, da família e da sociedade, cujos laços de conexão são a responsabilidade social, permitindo ao portador do TEA o alcance da verdadeira dignidade, justaposta à realidade que integra, o que o direciona no encontro de si mesmo.

REFERÊNCIAS

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais**. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.



Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 14 set. 2016.

BAPTISTA, Claudio Roberto. **Autismo e educação**: reflexões e propostas de intervenção. Porto Alegre: Artmed, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

_____. Lei n. 12.764, de 27 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa** (Por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por repolitização da legitimidade). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MACHADO. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, [19--].

CARCARÁ, Thiago Anastácio. **O discurso do ódio no Brasil**: elementos do ódio na sociedade e sua compreensão jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 13-62.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GRILLO, Eugênio; SILVA, Ronaldo J. M. da. Manifestações precoces dos transtornos do comportamento na criança e no adolescente. **Jornal de Pediatria**, v. 80, n. 2 (supl), 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEIXEIRA, Larissa Xavier; SALEH, Sheila Martignago. **Direitos humanos, fraternidade & bullying**: momentos de reflexão e caminhos dialógicos. Disponível em: <[http://www.unesc.net/portal/resources/files/48/DireitosHumanosFraternidade%26Bullying_ebook%2003%2012\(2\).pdf](http://www.unesc.net/portal/resources/files/48/DireitosHumanosFraternidade%26Bullying_ebook%2003%2012(2).pdf)>. Acesso em: 11 dez. 2016.

WEBER, Thadeu. **Ética e filosofia do direito**: autonomia e dignidade da pessoa humana. Petrópolis: Vozes, 2013.

ZAINE, Isabela; REIS, Maria de Jesus Dutra dos; PADOVANI, Ricardo da Costa. Comportamentos de *bullying* e conflito com a lei. **Estudos de Psicologia**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2010000300009>. Acesso em: 10 dez. 2016.



O DIREITO À ASSISTÊNCIA CRIMINAL NOS PAÍSES LUSÓFONOS

Cláudia Aguiar S. Britto¹

1 INTRODUÇÃO

Na proporção em que os direitos processuais são considerados fundamentais para o desenvolvimento da justiça criminal, tais direitos, não só contidos no código de processo penal, mas também e, sobretudo, estabelecidos em contexto internacional de proteção aos direitos humanos, representam garantias não apenas gerais, mas, especialmente, “universais” (AGUIAR BRITTO, 2016). E isso, inevitavelmente passa pela maneira com que as pessoas estão sendo (ou não) defendidas e protegidas, seja nos episódios dos conflitos armados, como, e especialmente, na cotidianidade do estado de paz.

Os sistemas continentais e anglo-americanos estão sujeitos a princípios que têm por premissa garantir uma administração justa da justiça. Esses princípios têm a intenção de fortalecer a proteção legal dos acusados. Portugal e Brasil são signatários em diversos Tratados e Convenções Internacionais os quais preservam e garantem ao imputado inúmeros direitos, sobretudo processuais. Todavia, no caso especificamente do Brasil o país ainda mantém um sistema penal com feições inquisitoriais e visivelmente opressivo e assimétrico. É preciso, por isso mesmo, uma clara compreensão do alcance das obrigações estabelecidas, não só nas respectivas Constituições, bem como os deveres convencionados nos Acordos internacionais dos quais o Brasil se obrigou a cumprir, mormente, aqueles referentes à proteção aos direitos de defesa. E neste contexto, enfatiza-se o direito dos réus e condenados à plena e efetiva assistência jurídica.

Em outra perspectiva, o sistema jurídico africano lusófono, descreve princípios que têm por objetivo reguardar os direitos, as liberdades e as garantias individuais das pessoas. Desde o final da década de 80 e início de 90, as Nações de Angola, Cabo Verde, Moçambique e São Tomé e Príncipe integram, por adesão e ratificação, a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos. E os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais, contidos em seus respectivos Diplomas, devem ser interpretados e integrados harmonicamente com a Carta Africana, bem como com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, conforme expressamente estabelecem. A garantia à assistência jurídica e demais direitos processuais, como se verá adiante, não ficaram de fora das suas Constituições, as quais integram a Unidade Africana.

As categorias dos direitos humanos conforme se reconhece continuam sendo

1 Pós-doutora Democracia e Direitos Humanos. *Ius gentum Conimbrigae*. Universidade de Coimbra. Doutora em Direito Público Mestre em Ciências Penais.



discutidas, o campo não é finito. A dimensão humanista da justiça estabelecida ao longo do tempo impôs uma nova concepção de direitos. Disso resultará uma enormidade de estudos e pesquisas em torno dos pilares que fundam os direitos das pessoas. Os discursos sobre os direitos humanos apoiados em argumentos normativos, de todo modo, seguem acompanhados de dúvidas. Vários instrumentos internacionais dispuseram em seus corpos normativos referências ao direito processual penal e ao direito penal.

A imprescindibilidade da assistência jurídica alcançou sua plenitude quando os Estados-Partes passaram a manifestar aceite à Carta Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas, incorporando os postulados do direito de defesa nos seus instrumentos legais. A Convenção Europeia (1950), a Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (1969) e a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (1981) são exemplos de adesões às convicções contidas na Declaração das Nações Unidas (1948), e, por conseguinte, obrigação dos Governos darem ampla efetividade às garantias ali dispostas.

1.1 Objetivos

O objetivo central do presente artigo é identificar quais são os fundamentos normativos que abarcam o direito à assistência criminal nos países lusófonos e discutir, ainda que em apertada síntese, sobre a sua real efetividade. Para tal desiderato, estipula-se como anelo, trazer uma reflexão em torno da normatividade internacional relativa à defesa técnica e a assistência jurídica no contexto do Estado de Direito.

Brasil, Portugal, Angola, Cabo Verde, Moçambique e São Tome e Príncipe foram retratados sucintamente neste ensaio, numa atitude reflexiva comparativa, porque, fazem parte da nossa linha de estudo e pesquisa acadêmica, e porque são representantes lusófonos.

1.2 Metodologia

Quanto aos métodos empregados para consecução dos objetivos, elegeu-se a pesquisa exploratória, pois a despeito desse tipo de estudo ainda ser, de certa forma, escasso no Brasil, o ensaio tem por objetivo proporcionar vivamente uma discussão mais abrangente sobre a efetividade do sistema de garantias no contexto do direito à assistência criminal. A base metodológica, portanto, é eminentemente bibliográfica, e as matrizes interdisciplinares eleitas para o artigo proposto estão especialmente fluidas no Direito, na Filosofia e na Sociologia.



2 O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E SEU ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Uma primeira reflexão com o objetivo de definir direitos humanos poderia invocar os estatutos jurídicos que germinaram e germinam pela esfera terrestre. Merecem especial atenção os surgidos nos séculos XIX e XX, muito embora, em termos de penalização, o século XVIII tenha representado significativa mudança no que se relaciona à aplicação punitiva, bem como no âmbito das garantias processuais.

Os princípios políticos e filosóficos protetivos dos direitos humanos expressos em regras jurídicas tidas, geralmente, como principiológicas, foram introduzidos pelas normas constitucionais em grande parte dos países do Ocidente em fins do século XIX e início do século XX. Mas a literatura humanista mais ardente foi sedimentada no século XVIII a partir dos trabalhos do filósofo italiano Cesare Beccaria (1764), seguida pela Declaração de Independência Estadunidense (1776), que acenou com gritos de repúdio ao absolutismo despótico e, logo depois, pela *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789), proclamada pelos revolucionários franceses. O Art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ressalva que a lei deve ser a mesma para todos; sendo iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades.

O significado preciso da Declaração francesa é avaliado por Habermas através da comparação com a Declaração americana de independência, que poderia somente ter o significado de reafirmar o que era, em qualquer caso, uma convicção comum viva. Por isso, a Declaração americana estabelece uma convicção, enquanto a francesa cria um sistema de direitos. Guibentif² assinalara que há duas principais razões para essa diferença: primeiro, porque a Declaração americana foi influenciada pelo pensamento liberal (Locke), desenvolvido no contexto no qual o problema a ser resolvido é a relação entre um monarca e a rede de relações comerciais efetivamente funcionais. Segundo, porque a situação concreta dos dois países é diferente: na América, um novo Estado teve que ser institucionalizado num território que então tinha se tornado recentemente independente. Os cidadãos desse novo Estado já começaram a viver de acordo com seus projetos institucionais e a Declaração teve apenas que formulá-los. Na França, a nova República teve que ser construída e, simultaneamente, o antigo regime teve que ser desmembrado, enquanto o contexto concreto permaneceu o mesmo. A ruptura teve que ser marcada simbolicamente pela Declaração, através da qual se criou uma nova ordem social. Os direitos do homem expressamente declarados foram traduzidos como aqueles direitos subjetivos naturais: [...] *les droits de l'homme sont précisément les droits subjectifs naturels*, como descreveu Villey.³ O objetivo de toda associação política, descrita no *Bill of Rights* de 1789 (Art. 2º), é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do indivíduo: “*Le but de toute association politique, dit la Déclaration des droits de 1789,*

2 GUIBENTIF, 1996, p. 53.

3 VILLEY, 1975, p. 160.



est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'individu (Art. 2º).

A promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, quase dois séculos depois, em 10 de dezembro de 1948, integrou e completou a formação da relva jurídica e também política que viabilizou os povos a sonhar com propostas e atitudes pela defesa dos direitos humanos, contra a pena de morte, a tortura, as condenações excessivas e o direito a um processo justo. Esse processo de positivação - já iniciado de certa maneira com a Declaração de Virgínia (*Virginia Bill of Rights*), em 1776,⁴ foi de especial importância para estruturar, em corpos normativos, os dispositivos jurídicos atinentes a tais direitos, transformados em direitos fundamentais estabelecidos nas convenções regionais - Convenção Europeia de Direitos do Homem e Convenção Americana de Direitos Humanos -, seguidos, então, da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (1981, que entrou em vigor em 1986).

No dia 22 de novembro de 1976, Portugal aderiu à Convenção Europeia, que veio a ser aprovada em 1978 por ratificação. O Brasil, em 06 de setembro de 1992, promulgou o Decreto nº 678,⁵ aderindo aos termos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (22 de novembro de 1969),⁶ confirmando sua adesão em 07 de setembro de 1992, assumindo o compromisso de cumpri-lo integralmente.

Quanto aos países lusófonos situados no continente africano, o compromisso com a Declaração Africana foi ratificado pela Guiné-Bissau (1985), São Tomé e Príncipe (1986), Cabo Verde (1987), Moçambique (1989) e Angola (1990).⁷

A Carta de Banjul inaugurou, em 02 de novembro de 1987, uma Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Em relação à ratificação do Protocolo sobre o Estatuto do Tribunal Africano de Direitos Humanos, Cabo Verde e São Tomé e Príncipe ainda não esboçaram seu reconhecimento à Corte. Diferente situação ocorreu nos demais países componentes do grupo mencionado: Angola assinou o Protocolo em 22/01/2007 e Moçambique subscreveu-o em 2003, ratificando-o em

4 Section 8. *That in all capital or criminal prosecutions a man has a right to demand the cause and nature of his accusation, to be confronted with the accusers and witnesses, to call for evidence in his favor, and to a speedy trial by an impartial jury of twelve men of his vicinage, without whose unanimous consent he cannot be found guilty; nor can he be compelled to give evidence against himself; that no man be deprived of his liberty except by the law of the land or the judgment of his peers.*

5 Ratificação: 07.09.1992; depósito: 25.09.1992; aceitação da competência da Corte: 12.10.1998. www.cidh.oas.org

6 Em vigor internacional em 18 de julho de 1978.

7 <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>



17/07/2004;⁸ a Guiné-Bissau assinou-o em 09/ 06/1998.⁹

Em termos práticos no campo do processo penal, o trabalho que a Corte Europeia dos Direitos Humanos tem feito em relação às violações dos direitos humanos pode ser um indicativo de mudanças no plano procedimental, no desenvolvimento da instrução criminal. De contorno jus-fundamentalista de âmbito regional europeu, com organização e estrutura diferenciadas, a Corte vem se afirmando como supedâneo de referência mundial e garantindo o apego aos princípios e valores comuns da Europa. A Corte Interamericana de Direitos Humanos também tem formado um capítulo importante da história proferindo significativos julgados que fortalecem os direitos fundamentais, dentre eles, o direito de defesa.

As normas processuais contidas em ambas as convenções (americana e europeia) são de natureza predominantemente formal. Elas procuram oferecer condições para um julgamento justo e têm como objetivo possibilitar ao réu uma chance igual de participação. A existência e a prevalência das normas processuais especiais estabelecidas nas convenções com o fim de garantir o devido processo legal e a igualdade de “armas” funcionam como um contrapeso para as políticas criminais instrumentais e expansionistas destinadas principalmente à repressão do crime.

Essa concepção de direito a um processo justo, a despeito de figurar nos instrumentos internacionais, também constitui o núcleo essencial do Estado Democrático afirmado nas constituições nacionais dos países que têm por pressuposto garantir a democracia e a continuidade dela. O direito a um processo equitativo de inspiração humanística e fundado e positivado originalmente por correntes liberais advindas dos séculos remotos, constitui, portanto, o pressuposto dos direitos humanos. Assim, processo justo só pode ser aquele realmente revestido de práticas que respeitem essa inspiração jus- fundamentalista, cuja atividade central é a igualdade das partes, o direito à amplitude de defesa e o livre contraditório, á assistência criminal, pondo em exercício efetivo a via comunicacional no cenário processual criminal.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950) estabelece como premissa o direito de todas as pessoas a um processo equitativo e público, examinado em um prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos direitos e obrigações de caráter civil das pessoas, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra elas. Além disso, como prevê a Corte Europeia de Direitos Humanos, a convenção deve ser interpretada de forma a assegurar os direitos concretos e eficazes em oposição “ao teórico e ilusório”, de modo a se aplicar os direitos consagrados no art. 6º, § 2, mormente aqueles destinados a garantir que: “Qualquer pessoa

8 União Africana - 03/02/2014. <<http://www.africancourtcoalition.org/index>>
<<http://www.achpr.org/pt/instruments/court-establishment/ratification/...>>

9 <<http://www.achpr.org/pt/instruments/court-establishment/ratification/>>



acusada de uma infração será considerada presumidamente inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.

O tribunal europeu tem declarado reiteradamente que o princípio da presunção de inocência não se limita a uma garantia procedimental em matéria penal: o seu alcance é mais amplo e exige que nenhum representante do Estado declare alguém culpado de uma infração antes que a sua culpabilidade tenha sido estabelecida por um tribunal.¹⁰ Assim, tem-se reconhecido que o Art. 6º, § 2 é uma exigência para um julgamento justo nos termos do Art. 6º, § 1. A Corte tem considerado que uma violação ao princípio da presunção de inocência previsto no Art. 6º, § 2 configura ferimento naquilo que se compreende por processo justo.¹¹ No entanto, não pode haver derrogação ao direito a um julgamento justo e aos direitos de defesa sem comprometer o princípio fundamental que lhe está subjacente: o da presunção de inocência. Em última análise, cada um dos direitos de defesa referidos no Art. 6º está inevitavelmente calcado no pressuposto de que um decreto condenatório só poderá atingir alguém quando a culpabilidade do réu estiver formada e comprovada.

Ainda em sede jurisprudencial, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos também tem destacado que a convenção não proíbe presunções de fato ou de direito em matéria penal. Não obstante, este princípio não pode e não deve ser ultrapassado, porquanto seus limites são os da razoabilidade, tendo em conta a gravidade do problema, mas preservando de todo modo os direitos da defesa: [...] *ils doivent les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense*.¹²

Além disso, aos olhos do tribunal, a presunção de inocência restará violada se houver declaração de culpabilidade sem que o acusado tenha tido a oportunidade de exercer os direitos de defesa. Em outra vertente, mas no mesmo contexto, todo acusado tem direito a ser informado - no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa - da natureza e da causa da acusação contra ele formulada, bem como dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa.

Insere-se no bojo do procedimento equitativo o direito ao acusado de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação, bem como fazer-se assistir gratuitamente por intérprete. Adite-se, sobretudo no contexto do Art. 6º, o direito de o acusado se autodefender ou de ter a assistência de um defensor da sua escolha, cujo amparo lhe deve ser outorgado quando não

10 (Allenet de Ribemont c. France, 10 février 1995, §§ 35-36, série A n° 308 p. 16, § 35).

11 Article 6§ 2 de la Convention: “Toute personne accusée d’une infraction est présumée innocente jusqu’à ce que sa culpabilité ait été légalement établie”. <<http://www.fbis.net/6-3.htm#63b>>.

12 Por livre tradução da autora. Cf. Radio-France contre France du 30 mars 2004 Hudoc 4987 requête 53984/00. Les requérants reprochent que le principe de fixation préalable de l’article 93-3 de la loi 82- 652 est une présomption légale qui porte atteinte à l’article 6§ 2 de la Convention < <http://www.fbis.net/6-3.htm#63b>>.



dispuser de recursos para remunerar um advogado.

Em outra janela, a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), ao ditar e incorporar os direitos civis e políticos concernentes à comunidade interamericana, dispôs, nos artigos 7º e 8º, garantias que delineiam o respeito concreto aos direitos fundamentais no âmbito penal e processual. Esse esforço empreendido para concentrar num mesmo estamento jurídico as premissas relativas à liberdade pessoal e às garantias judiciais que refletissem os anseios e as necessidades jurídicas do continente interamericano foi benfazejo para o sistema de justiça criminal. Conquanto toda pessoa tenha o direito de ser ouvida, dentro de um prazo razoável, por um juiz ou um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, também tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto a culpabilidade não tiver sido legalmente provada, devendo o réu ser considerado inocente.

Na liturgia do Pacto de San José da Costa Rica, os demais atos processuais no âmbito do procedimento criminal se mostram entrelaçados ao direito fundamental de defesa: o direito do acusado de não se ver obrigado a depor contra si mesmo nem a confessar-se culpado, o direito de pedir um reexame da decisão proferida por um juiz ou tribunal, o direito da defesa de inquirir as testemunhas, peritos ou fazer com que qualquer pessoa compareça perante um tribunal para dizer sobre fatos que poderão auxiliar a versão da defesa. A validade da confissão - apenas se realizada sem coação de qualquer natureza - e a garantia de que o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos representam avanços pujantes e indiscutíveis instrumentos de proteção processual.

Toda essa construção normativa de cunhagem internacional proporcionou um corpo de jurisprudência de especial relevo. A ascendente produção jurisprudencial emanada da Corte Interamericana ao longo dos últimos anos logrou alcançar um importante controle da arbitrariedade de governos e tribunais nacionais.

No tocante ao sistema africano constituído pelos Estados Partes, membros da Organização para a Unidade Africana, os direitos fundamentais expressamente reconhecidos e garantidos pelas demais convenções internacionais encontram guarida na Carta Africana. E o postulado de maior envergadura para o processo penal assenta-se no Art. 7º, que reafirma a importância de se promover um procedimento justo, de se garantir que toda e qualquer pessoa possa ter a sua causa apreciada. Essa garantia compreende o seu direito de buscar amparo nos tribunais nacionais competentes para defender-se da prática de qualquer ato que viole as normas legais internas, assegurar à presunção de sua inocência, até que a sua culpabilidade seja estabelecida por um tribunal competente, além do direito de ser julgada num prazo razoável por um tribunal imparcial. Aliam-se ainda, textualmente, à Carta Africana, os princípios, também universais, da legalidade e da anterioridade, garantindo assim que ninguém poderá ser processado ou condenado sem que exista uma lei anterior que defina o fato como infração penal.

Em termos práticos no campo do processo penal, o trabalho que a Corte



Europeia dos Direitos Humanos tem feito em relação a violações dos direitos humanos pode ser um indicativo de mudanças no plano procedimental, no desenvolvimento da instrução criminal. De contorno jusfundamentalista de âmbito regional europeu, com uma organização e estrutura diferenciadas, a Corte vem se afirmando como supedâneo de referência mundial e garantindo o apego aos princípios e valores comuns da Europa. A Corte Interamericana de Direitos Humanos também tem formado um capítulo importante da história proferindo significativos julgados os quais fortalecem os direitos fundamentais, dentre eles, o direito de defesa.

As normas processuais contidas em ambas as Convenções (Americana e Europeia) são de natureza predominantemente formal. Elas procuram oferecer condições para um julgamento justo e têm como objetivo possibilitar ao réu uma chance igual de participação. A existência e a prevalência das normas processuais especiais estabelecidas na Convenção, com o fim de garantir o devido processo legal, e a igualdade de “armas” funcionam como um contrapeso para as políticas criminais instrumentais e expansionistas destinadas principalmente à repressão do crime.

3 OS DIREITOS HUMANOS E O SISTEMA UNIVERSAL DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA CRIMINAL

Ainda jogando luzes sobre o processo criminal alienígena, os sistemas continentais e anglo-americanos estão sujeitos a princípios que têm por premissa garantir uma administração justa da justiça. Esses princípios têm a intenção de fortalecer a proteção legal dos acusados. As garantias epistemológicas do processo desenhadas por Ferrajoli - *nullum iudicium sine accusatione, nullum accusatio sine probatione, nulla probatio sine defensione* - denotam a veemência ao trígono fundamental de todo e qualquer procedimento criminal que se deseja ver alinhado às perspectivas descritas nos documentos internacionais. Essas garantias *primárias* tradicionais dão conta do que é essencialmente necessário para a formação de uma estrutura cognitiva do processo penal. A comunicação prévia e pormenorizada ao acusado do delito é condição indispensável, cuja ausência acarreta uma mácula processual intransponível, assim como a obrigação da acusação de sustentar-se em provas robustas para desafiar um processo criminal contra qualquer pessoa. Todos esses atos, quando bem realizados, têm o condão de evitar os sobressaltos, as surpresas que podem advir das diversas e diferentes atividades processuais, violadoras do devido processo legal.

Pari passu, um processo sem defesa ou sem assistência jurídica condizente também acarreta o rompimento desse laço jus-humanístico entremeado aos textos universais vigentes. A redação uníssona das normas internacionais quanto aos direitos de defesa e o direito à assistência jurídica revelam a dimensão e a firmeza sobre a necessidade do amparo jurídico aos investigados, aos acusados e aos condenados em geral.



A capacidade processual de reivindicar os direitos fundamentais, tanto no plano interno como no aspecto internacional, consolidou os direitos humanos. E isso adveio substancialmente da atividade desenvolvida pelos defensores dos acusados. Isso porque, na medida em que os advogados oferecem suas melhores razões baseadas na ideia epistemológica dos direitos humanos, eles notadamente recorrem aos direitos procedimentais, considerados fundamentais, reivindicando assim sua observância e efetiva aplicação. Esse direcionamento por parte da defesa possibilita assegurar aos réus seus direitos formais. Ainda que se discuta, muitas vezes, no cenário processual, a prática de crimes notadamente graves, o fato é que cada caso jurídico-penal está inserido numa justiça criminal de humanos que foi criada para deliberar sobre condutas praticadas por criaturas humanas. O direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor, bem como o direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, são disposições expressas no Art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No mesmo sentido, declara a Convenção europeia o direito que toda pessoa tem de se autodefender ou de ter a assistência de um defensor da sua escolha, devendo lhe ser assegurado o tempo disponível e os instrumentos necessários para a preparação da sua defesa. O documento ainda garante ao acusado, quando este não dispuser de recursos para remunerar um advogado, o direito à assistência jurídica gratuita. Consoante o que dispõe o seu Art. 6º, subjacente à perspectiva de um processo equitativo, o tribunal europeu tem se manifestado em inúmeras demandas relacionadas à violação ao direito a uma assistência presente e efetiva de um advogado. No caso (*arrêt Czekalla contre Portugal du 10 novembre 2002 Hudoc 3881 requête 38830/97*), a Corte entendeu que o arguido não se beneficiou do direito de ter uma “defesa concreta e efetiva” como exige o Art. 6º, § 3º, c, considerando, assim, violação ao citado dispositivo legal.¹³ A participação da defesa técnica - em todos e quaisquer atos jurídicos que impliquem em supressão ou restrição na liberdade do sujeito - é de notória robustez, não se podendo admitir, nem mesmo em sede de interrogatório policial, que o arguido se veja desamparado da assistência jurídica.

A exigência ao cumprimento do Art. 6, § 3, c, da Convenção europeia tem sido levada a sério pela Corte de Direitos Humanos, notadamente sobre a necessidade de se proteger o acusado contra qualquer pressão indevida por parte das autoridades. Em última análise, restarão irremediavelmente prejudicados os direitos de defesa quando as declarações incriminadoras forem feitas durante o interrogatório policial sem a presença de um advogado; sobretudo, se tais declarações servirem de base

13 Violation de l'article 6-1 et 6-3. Sobre tudo em relação à ausência de advogado na audiência para defesa do assistido e seu cliente. *De la Convention, l'avocat commis d'office ne se presente pas à l'audience pour défendre son client. Arrêt Czekalla contre Portugal du 10 novembre 2002 Hudoc 3881 requête 38830/97.* Livre tradução da autora



para uma condenação. A Corte tem considerado, portanto, violação ao que dispõe a Convenção: a oitiva do preso sem a participação ativa da assistência jurídica no procedimento (*Partant, il y a violation de l'article 6§3/c de la Convention*).

Também se entendeu como prejudicial à defesa e, portanto, também uma violação ao direito à assistência jurídica constante no Art. 6º, § 3, c, da Convenção, o aproveitamento das declarações de um arguido feitas ao serviço de investigação sem a presença de um advogado (*Brusco v. France, nº 1466-1407, § 54, 14 de outubro de 2010*). Isso porque, segundo o julgado, ainda que o arguido tenha sido informado de que suas declarações poderiam ser utilizadas em sede judicial e que tenha até mesmo concordado em prestá-las ao serviço de investigação, elas foram feitas sem a presença de um advogado e contribuíram para sua autoincriminação. Assim, para além de qualquer direito de permanecer calado, na visão do tribunal europeu, o investigado tomou uma decisão sem a assistência de um advogado, prejudicando, irremediavelmente, a sua defesa.¹⁴

Desde a Convenção de Havana, como observou Anyar,¹⁵ a livre atuação de defensores e advogados é condição necessária aos direitos humanos. Esse dado é agregado ao fato de que a Relatoria Especial da Organização das Nações Unidas (ONU) tem por pressuposto garantir a autonomia do Poder Judiciário, do magistrado, mas também a independência dos advogados, sendo essa autonomia um verdadeiro direito humano, válida na prática da democracia.

O anelo de proteção contra posturas arbitrárias do Poder Público, notadamente, enseja a presença efetiva e a permanência da assistência jurídica aos investigados e acusados em geral. E nesse contexto, o defensor cumpre duas tarefas básicas: de um lado, cumpre uma tarefa pública compreendida no contexto fático, onde a presunção de inocência e demais direitos a favor do acusado devem prevalecer; por outro, o defensor também se torna um garante e vigilante, no sentido jurídico, da legalidade formal do processo (Roxin). E o Estado deve ter interesse em ambas as tarefas, se pretende ver-se reconhecido como um Estado de Direito, porque o defensor serve a esses interesses e o faz harmonicamente baseado nesses fundamentos, conforme já destacou o jurista alemão.

A Carta Africana não podia ser diferente. Seguindo as influências das antecedentes convenções, ela abarcou os postulados relacionados aos direitos fundamentais de defesa. O Art. 7º confere firmemente às pessoas, dentre os demais direitos de luzente envergadura, o imprescindível direito de ser assistido por um defensor de sua escolha.

¹⁴ Brusco v. France, Nº 1466-1407, § 54, 14 de outubro de 2010.

¹⁵ ANYAR, L., 2007, p. 193.



4 O REGIME DE ASSISTÊNCIA CRIMINAL NOS ÂMBITOS REGIONAIS LUSÓFONOS

Ainda que em rapidíssima análise penal-constitucional, seguem alguns aspectos relacionados ao direito fundamental de defesa e à assistência jurídica nos países lusófonos, sobretudo quanto aos regimes adotados pelas nações representantes de língua portuguesa do continente africano e seu sistema jurídico: Brasil, Portugal, Angola, Cabo Verde, Moçambique, São Tomé e Príncipe, Guiné-Bissau e Timor-Leste.

4.1 Brasil

No Brasil, a Constituição da República, de 1988, reposicionou os artigos¹⁶ concernentes aos direitos e garantias (declarados como fundamentais), conduzindo-os ao Título II e descrevendo um a um, no corpo do Art. 5º, os direitos e deveres individuais e coletivos. Quanto ao defensor, sua indispensabilidade à administração da justiça no Brasil é afirmada em texto constitucional (Art. 133 da Constituição da República Federativa do Brasil), a despeito do que expressa a lei federal nº 8.906/94, que dispõe sobre o estatuto da advocacia. A Constituinte brasileira deu traços de timidez ao descrever, parcamente, no inciso LXIII, o direito à assistência jurídica: “O preso deverá ser informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. E mais não disse e nem declarou. E a pouca atenção conferida aos acordos e tratados internacionais (sobre a obrigatoriedade da defesa técnica em todos os atos relativos aos investigados, às pessoas detidas, aos condenados e aos acusados em geral, os quais se vejam tolhidos, limitados ou impedidos de certos direitos, sobretudo aqueles concernentes à liberdade) ficou em estado de espera.

Sem embargo de o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) conferir o acesso aos autos de inquérito policial aos advogados, os muitos delegados e alguns juízes vinham negando acesso às investigações e ao material colhido desses procedimentos. Em sessão plenária de 2009, acolhendo a proposta da edição de Súmula Vinculante pelo Conselho Federal da OAB, o Supremo Tribunal Federal (STF) editou a Súmula nº 14, na qual declara ser “direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

No dia 13 de janeiro de 2016, foi publicada a Lei nº 13.245, que alterou o Art. 7º

¹⁶ A Constituição brasileira, de 1967, sob a égide da dominação militar, e muito antes de se tornar democrática, em 1988, embora prevendo alguns poucos direitos e garantias individuais, os recolhia agora topograficamente nos últimos dispositivos. Em seu artigo 150, resumia os direitos de todos os cidadãos em não mais do que trinta e cinco parágrafos. Com a Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969, o capítulo destinado aos Direitos e Garantias Individuais foi transplantado para o Art. 153, cujo texto relativo à “ampla defesa” e à “instrução criminal contraditória” foi preservado.



da Lei nº 8.906/1994, cujo texto permite ao advogado a possibilidade de ter acesso a todos os documentos (físicos ou digitais) de uma investigação desempenhada não somente por autoridade policial, mas também por “qualquer instituição responsável por conduzir a investigação”, mesmo que a diligência ainda esteja em trâmite. Outra alteração significativa está contida no inciso XXI do mencionado Art. 7º, o qual confere ao advogado o direito de assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações. Segundo a nova redação, a ausência do defensor no interrogatório ou no depoimento prestado nos procedimentos investigatórios poderá causar nulidade do ato e, “subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente”. Por fim, a nova redação do Estatuto da OAB ainda prevê responsabilidade criminal e funcional por abuso de autoridade à pessoa responsável pela investigação que deixar de observar os direitos e procedimentos constantes no inciso XIV do Art. 7º.

Não obstante, a Lei nº 13.245 deve ser interpretada de forma a assegurar os direitos concretos e eficazes consagrados pela Constituição brasileira e em consonância com o que dispõem os textos internacionais de direitos humanos. Portanto, a ampliação do direito ao advogado surge no cenário jurídico para confirmar o que os tribunais internacionais de direitos humanos vêm decidindo. Mesmo porque a livre atuação de defensores e advogados é condição necessária aos direitos humanos, como já declarou a Relatoria da ONU em seu oitavo congresso realizado em Havana.

No Brasil, o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, conforme texto constitucional (art. 5º LXVII). A Defensoria Pública, organizada em 1950,¹⁷ mas de abrangência nacional, a partir da Constituinte de 1988, é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado (art. 134 CRFB/88).¹⁸

Quanto aos aspectos relacionados ao sistema carcerário, a prestação jurídica em 63% dos estabelecimentos prisionais é realizada pela Defensoria Pública, enquanto 11% das unidades são socorridas juridicamente pela advocacia privada e por advogados conveniados/dativos. O irrisório quantitativo de 1% recebe ajuda de advocacia privada prestada por ONGs ou outras entidades sem fins lucrativos (DEPEN/INFOPEN). A OAB possui, em seus âmbitos regionais, pequenos centros de atendimento jurídico à população carente. Contudo, a demanda de necessitados na seara penal é extremamente alta, sobretudo, como descrito alhures, no contexto

17 Lei nº 1.060/1950: “Os poderes públicos federal e estadual concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei” (art. 4º).

18 O Modelo brasileiro de assistência jurídica exercida pela Defensoria Pública tem merecido destaque no âmbito internacional, Segundo IPEA: “Em 2011 e 2012, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovou por unanimidade duas resoluções – AG/RES. 2714 (XLII-O/12) e AG/RES 2656 (XLI-O/11) – recomendando a todos os países-membros a adoção do modelo público de Defensoria Pública, com autonomia e independência funcional. <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/a-defensoria-publica>>



do sistema prisional. A entidade brasileira ainda não logrou alçar voos relevantes na execução e na efetividade de projetos em torno do voluntariado jurídico para os presos miseráveis do sistema penal nacional.

4.2 Portugal

No âmbito dos constitucionalismos regionais, a Carta Magna portuguesa declara que os direitos fundamentais nela consagrados não excluem quaisquer outros constantes das leis aplicáveis de direito internacional, os quais devem ser interpretados e integrados com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. As garantias processuais estatuídas no Art. 32 reafirmam o direito do arguido à presunção de inocência e o de ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa. O referido artigo também declara ter o processo criminal estrutura acusatória, cujos atos instrutórios estão subordinados ao princípio do contraditório, além de outros direitos expressamente assumidos.¹⁹ Nesse diapasão, o direito à assistência jurídica é condição indispensável a toda essa inspiração jus-humanista da constituinte portuguesa, a qual preserva ao acusado o direito de escolher um defensor e de ser por ele assistido em todos os atos do processo, devendo a lei especificar os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória.

A Constituição portuguesa dedica espaço textual ao patrocínio forense no Art. 208. Ao mesmo tempo que assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato, também destaca a atividade como essencial à administração da justiça. O regime jurídico de criação, organização e funcionamento dos profissionais da advocacia está estabelecido no Estatuto da Ordem dos Advogados portugueses pela Lei nº 145/2015 de 9 de setembro. Em Portugal, o modelo adotado de assistência jurídica baseia-se primordialmente na atividade desenvolvida por advogados nomeados pela Ordem dos Advogados, segundo a Lei nº 47/2007, que dispõe que o Estado deve compensar o trabalho dos profissionais forenses que participam no sistema de acesso ao direito e aos tribunais.

4.3 Angola

Com a adoção de um modelo avançado em relação à Constituição brasileira de 1988, a Constituição da República de Angola, de 2010, inovou quando conferiu expressamente aos detidos e aos presos o direito de só prestar declarações (quaisquer que sejam elas) após consultar um advogado. O direito ao silêncio ou de somente prestar declarações na presença de um advogado de sua escolha também não foram esquecidos pela Assembleia Constituinte Angolana.²⁰

¹⁹ **Constituição da República Portuguesa.** Art. 32.

²⁰ **Constituição da República de Angola.** Artigo 63 (Direitos dos detidos e presos): “Toda a pessoa privada da liberdade deve ser informada, no momento da sua prisão ou detenção,



Destarte, seja ressaltada a história de luta do povo angolano para alcançar a sua emancipação. Angola viveu 27 anos de conflitos armados, tendo alcançado a paz em 2002. O país vem procurando reconstruir suas instituições públicas e culminou por redesenhar uma constituição republicana democrática a partir dos anseios de liberdade e igualdade. A questão dos direitos fundamentais, sobretudo em relação aos direitos conferidos aos presos e detidos recebeu um tratamento todo especial. É perceptível a quadratura democrática em torno do instituto da prisão provisória, destacando o direito de toda e qualquer pessoa à assistência de um advogado de sua escolha antes mesmo de prestar quaisquer declarações (GORRILHAS; AGUIAR BRITTO, 2016). Observe-se, nesse contexto, a intenção do legislador de conferir o máximo de efetividade aos direitos fundamentais, possibilitando até mesmo que o sujeito preso em flagrante, ou o indiciado, tenha o direito de aguardar a presença de seu defensor antes da lavratura do Auto de Prisão em Flagrante.²¹

Em 15 de novembro de 2017, o Plenário do Tribunal Constitucional em Luanda declarou inconstitucional o nº 1 do art. 3 e os artigos relacionados que atribuíam ao Ministério Público a competência para ordenar a prisão preventiva ou domiciliar. De acordo com o acórdão proferido e nos termos da Constituição, a prerrogativa para determinar a custódia preventiva é exclusiva de um magistrado judicial (juiz de garantias – art. 186 CRA).²² Como se percebe, andou bem a Corte Angolana ao reafirmar a opção política do texto constitucional pelo moderno modelo acusatório para o sistema processual penal, distribuindo nitidamente as funções do Juiz, do Ministério Público e da Defesa.

Seguindo o ritmo das declarações americanas e da Carta Africana,²³ a constituição angolana também destacou em seu corpo legal uma série de direitos, muito em razão da necessidade histórica de convivência com os textos normativos internacionais que tratam dos conflitos armados. Também inovou quando decidiu reservar na seção IV - “das instituições essenciais à justiça” - um espaço todo especial ao exercício da advocacia e aos direitos do advogado, consolidando o pensamento mundial quanto ao fortalecimento do direito à assistência jurídica a todas as pessoas que se acharem, de uma forma geral, privadas de sua liberdade. Para o povo angolano, a advocacia é uma instituição essencial à administração da justiça e o advogado é um servidor da justiça e do direito, competindo-lhe praticar, em todo o território nacional, atos profissionais de consultoria e representação jurídicas,

das respectivas razões e dos seus direitos, nomeadamente: d) escolher defensor que acompanhe as diligências policiais e judiciais; e) consultar advogado antes de prestar quaisquer declarações; f) ficar calada e não prestar declarações ou de o fazer apenas na presença de advogado de sua escolha.

21 Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica) Art. 7º, 5.

22 A Ordem dos Advogados de Angola apresentou ao Tribunal Constitucional um pedido de apreciação da constitucionalidade do art. 3º da Lei 25/15 de 18 de setembro que conferia ao MP a prerrogativa de determinar prisão preventiva e domiciliar.

23 Artigo 12 (Relações internacionais).



bem como exercer o patrocínio judiciário nos termos da lei. Por conseguinte, não deixou de fora e deu tratamento destacado quanto ao direito à assistência jurídica, ao acesso a esse direito e ao patrocínio forense, condicionando o Estado a encontrar meios financeiros para dar efetividade ao que dispõe a Constituinte. Por fim, também merece relevo a intenção do legislador de procurar assegurar em texto normativo de índole constitucional uma defesa pública a todos que não dispuserem de recursos para arcar com as despesas concernentes à assistência jurídica privada, conforme se observa no Art. 196.

Por outro lado, a Ordem de Advogados de Angola, vem se dedicando ao atendimento voluntário e gratuito às muitas pessoas que precisam de um aconselhamento no tocante à área criminal, mormente nos feitos relacionados ao âmbito prisional. No projeto designado “Direito para todos”,²⁴ os advogados voluntários têm prestado assistência jurídica aos presos pobres, firmando o pensamento que mudar a vida dos outros pode ter sim uma enorme diferença na sua vida e na vida em comunidade.

Conforme o Art. 29 da Constituição angolana, “o Tribunal não pode negar fazer Justiça mesmo se a pessoa não tiver meios financeiros”. Assim, qualquer pessoa que não dispuser de capacidade financeira, terá direito à assistência judiciária gratuita, devendo, contudo, provar sua insubsistência financeira. O Decreto-Lei nº 15/1.995 de 10 de novembro delega à Ordem dos Advogados a tarefa de regular e organizar o funcionamento da assistência judiciária. Assim, em Angola, o cidadão pode recorrer a ela ou diretamente ao Juiz, embora se tenha declarado que, na prática, as pessoas têm procurado diretamente a Ordem.²⁵ Pelo que se observa, seguindo a tradição dos demais países lusófonos (exceto o Brasil), a Ordem dos Advogados tem por função gerir e coordenar a assistência jurídica às pessoas sem recursos financeiros, listando periodicamente os profissionais da advocacia que deverão atender a população carente. É obrigação do Estado prestar a assistência jurídica; todavia, o faz delegando à Ordem dos Advogados a função de administrar o atendimento jurídico. A verba do Estado destinada à assistência jurídica é entregue à Ordem, que a repassa em forma de remuneração aos advogados participantes.

4.4 Cabo Verde

Após lograr sua independência, a primeira constituição da nação caboverdiana, aprovada em 1980, constituída de 96 artigos e revisada um ano depois, anunciava a intenção do legislador de trazer um novo modelo de organização política mais condizente com a nova envergadura de democracia pluralista. Os direitos

24 Além dos causídicos cadastrados na Ordem dos Advogados de Angola os quais recebem simbólica remuneração, paga pelo Estado pelas causas patrocinadas, há também advogados que exercem a advocacia voluntária e gratuita. < <http://www.oaang.org/content/aconselhamento-juridico-gratuito> >.

25 Cidadania. NDI. Edição 02, abril e maio de 2011. Angola. Cidadania e o acesso à justiça.



fundamentais já declarados na primeira carta constitucional foram enaltecidos com a Constituinte de 1992. Dentre eles destacam-se, no âmbito do processo penal, o “direito ao acesso à justiça”, conferido especificamente nos artigos 21 e 29, § 4º, e os direitos referentes “à liberdade e à segurança pessoal”. Não obstante, a Constituição da República de Cabo Verde também definiu expressamente, ainda que de forma comedida, os direitos de defesa. E declarou, dentre outras garantias de especial importância, o direito à assistência jurídica: “todos têm direito, nos termos da lei, à defesa, à informação jurídica, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade” (Art. 21, § 3º).

O acesso à justiça como garantia para o exercício dos direitos humanos tem sido igualmente uma preocupação de Cabo Verde, cujo atendimento é realizado por advogados constantes no quadro da entidade advocatícia. A pretensão de adotar um modelo que atenda jurídica e gratuitamente os cidadãos tem sido pauta nas agendas de discussão dos países de língua portuguesa. Um acordo de assistência jurídica gratuita entre os Estados- Membros lusófonos vem sendo desenvolvido, com especial ênfase nos meios alternativos de resolução de litígios. No âmbito da liberdade e da segurança pessoal, a constituição caboverdiana elencou uma série de regramentos em torno da prisão em flagrante, bem como da custódia preventiva, enfatizando, no Art. 30, a necessidade de decisão judicial motivada e da presença do advogado no ato do interrogatório decorrente da prisão preventiva. Como se pode observar em ambos os textos constitucionais, a Constituição de Cabo Verde - ainda que possua, nitidamente, envergadura de proteção às garantias processuais - limitou-se a assegurar ao acusado, ao preso preventivo ou em flagrante, o direito de contatar imediatamente um advogado e, no caso de audiência de custódia preventiva, a presença da assistência jurídica. Diferente caminho tomou a Constituição de Angola, que expressamente concede a todos o direito de só prestar declarações - quaisquer que sejam elas - na presença de um advogado. De qualquer sorte, o asseguramento expresso no texto constitucional quanto ao direito do preso provisório à assistência jurídica é notadamente um importante avanço do povo caboverdiano.

4.5 Moçambique

A Constituição da República de Moçambique destaca que a interpretação dos direitos fundamentais deve ser realizada de forma harmônica e integrada com os princípios consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Carta Africana. No tocante à assistência jurídica, o diploma constitucional moçambicano garante o exercício das funções da advocacia, inclusive, considerando expressamente a inviolabilidade de documentos, correspondência e outros objetos que tenham sido confiados ao advogado pelo seu constituinte, que tenham sido obtidos para defesa deste ou que respeitem a sua profissão. Assim, também inovou a Constituição quando decidiu proteger textualmente a inviolabilidade do escritório do advogado, em cujas dependências, eventuais buscas, apreensões ou outras diligências só podem ser realizadas por decisão judicial, devendo ser efetuadas na presença do juiz que



as autorizou, além do advogado e de um representante da Ordem dos Advogados nomeado para este fim. Ainda dispõe que tal procedimento invasivo de busca só poderá ocorrer se estiver em causa a prática de fato ilícito punível com prisão superior a dois anos e cujos indícios imputem ao advogado a sua participação. Outra importante garantia diz respeito ao direito do advogado de se comunicar pessoal e reservadamente com o seu patrocinado, mesmo quando este se encontra preso ou detido em estabelecimento civil ou militar (Art. 63).

O patrocínio forense, como elemento essencial à administração da justiça, está previsto no Art. 63 da Constituição de Moçambique. E embora seja obrigação do Estado garantir a prestação da assistência jurídica, o sistema legal moçambicano não dispõe sobre a exclusividade de atribuições quanto à assistência jurídica gratuita. Desse modo, diferentes organizações - públicas e privadas - prestam atendimento jurídico às pessoas carentes. O Estatuto da Ordem dos Advogados de Moçambique (Lei nº 28/2007, de 29 de setembro) atribui à entidade a função de promoção do acesso à justiça, devendo os respectivos membros prestar serviço público não só na fase do estágio, mas também no âmbito do exercício da advocacia. Por esse aspecto, a Ordem dos Advogados criou um projeto denominado “Caravana da Justiça” para atender a população pobre.²⁶

4.6 São Tomé e Príncipe

No caso da Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe, o modelo segue bem a estrutura portuguesa. Dispõe que os direitos nela consagrados não excluem quaisquer outros que sejam previstos nas leis ou em regras de direitos internacionais. O Art. 20 reconhece o direito de todo cidadão recorrer aos tribunais, não podendo se negar a ele a justiça por insuficiência de meios econômicos. As garantias do processo criminal estão estatuídas no Art. 40, o qual declara que: “1. O processo criminal assegurará todas as garantias de defesa; 2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa; 3. O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os atos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que essa assistência é obrigatória”.

A Assembleia Nacional Popular da República da Guiné-Bissau promulgou, em 16 de maio de 1984, sua Constituição democrática, inserindo em seu Título II os direitos, liberdades, garantias e deveres fundamentais. As revisões constitucionais se sucederam (1991, 1993, 1995 e 1996), mas o cerne dos direitos fundamentais quanto às garantias de defesa permaneceu. Destarte, o acesso à justiça é um direito constitucionalmente assegurado, como dispõem os artigos 32 e 34. As Leis nº 3/2002, de 20 de novembro (Art. 4º) e a Lei Orgânica dos Tribunais também

26 <<http://www.oam.org.mz/novidades/caravana-da-justica-assistencia-juridica-gratuita/>>



consagram o direito de acesso à justiça e aos tribunais.²⁷ Do Art. 35 ao Art. 40, o diploma constitucional da Guiné-Bissau disciplina os direitos referentes ao processo criminal, cuja estrutura é acusatória, sendo que a instrução criminal e a audiência de julgamento estão subordinadas ao princípio do contraditório. Precisamente no Art. 42, a Carta Magna descreveu os direitos relativos ao direito de defesa e à assistência jurídica, assegurando a todos a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo o fato ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa. Nesse diapasão, a nação guineense também estabeleceu o direito de todo arguido a escolher seu defensor e ser por ele assistido em todos os atos do processo, especificando a lei, os casos e as fases em que essa assistência é obrigatória. Entretanto, não se imiscuiu nos direitos concernentes ao advogado e sua inviolabilidade profissional, como fizeram as nações de Moçambique e Timor-Leste. Também não cuidou de dar tratamento específico às pessoas detidas e ao direito delas de só prestarem declarações na presença de um advogado, como fez a Constituição de Angola. Entretanto, estabeleceu importante garantia quando declarou que a prisão sem culpa formada será submetida à decisão judicial de validação ou manutenção no prazo máximo de quarenta e oito horas, determinando que o magistrado conheça as causas da detenção e as comunique ao detido, interrogando-lhe e oferecendo-lhe o direito de defesa (Art. 40). No que diz respeito ao quantitativo da assistência jurídica, segundo a *United Nations Development Programme*,²⁸ em algumas regiões existem 92 advogados no exercício das suas funções. Dentre eles há apenas duas mulheres. A Ordem dos Advogados da Guiné-Bissau foi criada por escritura em 8 de agosto de 1991 e publicada no Boletim Oficial da República da Guiné-Bissau, nº 52, de 28 de dezembro de 1992.²⁹ O Estatuto da Ordem dos Advogados da Guiné-Bissau foi promulgado em 7 de novembro de 1991, prevendo, dentre outras prerrogativas e direitos, o patrocínio judiciário gratuito. O texto ainda dispõe que a entidade “deverá organizar e manter, logo que as circunstâncias o permitam, um serviço regular e gratuito de informação judiciária ao público” (Art. 64).

4.8 Timor-Leste

A Constituição da República Democrática de Timor-Leste foi aprovada em sessão plenária de 22 de março de 2002. O Art. 23 expressa que os direitos fundamentais nela consagrados não excluem quaisquer outros constantes da lei, devendo ser interpretados de acordo com o que dispõe a Declaração Universal de Direitos Humanos. O novo diploma constitucional, dentre outros direitos, assegura aos seus cidadãos o acesso aos tribunais para defesa dos seus interesses e declara que a justiça não pode ser denegada por insuficiência de meios econômicos. Quanto

²⁷ <<http://www.undp.org/com>>

²⁸ UNDP, 2011

²⁹ <<http://www.guinebissau.ao.pt/>>



às garantias inerentes ao processo criminal, o Art. 34 prevê que todo o arguido se presume inocente até a condenação judicial definitiva, além do direito de escolher defensor e de ser assistido por ele em todos os atos do processo, determinando a lei os casos em que a sua presença é obrigatória. Por fim, o asseguramento a qualquer indivíduo do direito inviolável de audiência e defesa em processo criminal também está expressamente declinado no texto legal.

Para a concretização do direito de acesso aos tribunais, a Constituição do Timor-Leste trouxe a figura de um órgão bastante peculiar denominado “Provedor de Direitos Humanos e Justiça”. A disposição contida no Art. 26 declara que ele é um órgão independente que tem por função apreciar e procurar satisfazer os reclames dos cidadãos contra os poderes públicos. Cabe ainda ao órgão verificar a legitimidade e legalidade dos atos, bem como “prevenir e iniciar todo o processo para a reparação das injustiças, encaminhando às instituições competentes as recomendações necessárias”. A sua atividade é independente “dos meios graciosos e contenciosos previstos na constituição e nas leis”. O responsável pelo órgão não tem poder decisório e é eleito pelo Parlamento Nacional para um mandato de quatro anos.

Em capítulo destacado, a Constituição do Timor-Leste dedica-se a garantir o exercício da assistência jurídica e judiciária (Art. 135) e recomenda que os advogados devem nortear-se pelo princípio do interesse social. Declara ainda que “os advogados e defensores têm por função principal contribuir para a boa administração da justiça e a salvaguarda dos direitos e legítimos interesses dos cidadãos”.

Também de modo avançado e seguindo as diretrizes da Constituição de Moçambique, o Timor-Leste prevê garantias para o regular exercício da advocacia (Art. 136), dispondo que “O Estado deve garantir, nos termos da lei, a inviolabilidade dos documentos respeitantes ao exercício da profissão de advogado, não sendo admissíveis buscas, apreensões, arrolamentos e outras diligências judiciais sem a presença do magistrado judicial competente e, sempre que possível, do advogado em questão”. Também assegura a todos os advogados “o direito de comunicar-se pessoalmente e com garantias de confidencialidade com os seus clientes, especialmente se estes se encontrarem detidos ou presos em estabelecimentos civis ou militares”.

5 RESULTADOS

Resulta evidente que os países lusófonos acima estudados possuem robusto arcabouço Constitucional e legal. Entretanto, denota-se baixa efetividade dos Estados no cumprimento das diretrizes assumidas e dispostas nos textos normativos. As raízes fundamentais do regime jurídico constitucional atinente às garantias processuais do Timor-Leste, por ser uma recente nação do grupo de países de língua portuguesa, também servem de boa fonte de estudo para a obtenção de resultados práticos. A atenção dedicada a esse grupo lusófono, sobretudo em relação a Angola e Cabo Verde



se justifica na medida em que ambos possuem um sistema jurídico constitucional extremamente rico - embora pouco explorado -, especialmente no campo do processo penal. Os direitos fundamentais relacionados à prisão e à liberdade estabelecidos em ambos os textos constitucionais nos permitem debruçar sobre alguns desses instrumentos de especial relevância.

6 CONCLUSÃO

Existem duas tarefas intelectuais a serem empreendidas no mundo moderno e na totalidade internacional, e permitam basear-me nas inspirações de Chomsky para isso. Primeiro, as nações devem se esforçar para procurar (re)criar uma visão de uma sociedade futura justa, fraterna, solidária, conquanto o fortalecimento de uma teoria social humanitária bem fundamentada, estruturada sobre um conceito sólido da essência da natureza humana, se faça necessário. Em segundo plano, as pessoas precisam compreender claramente a natureza do poder, da opressão, do terror e da destruição em nossa própria sociedade. É preciso que a comunidade universal compreenda que mudar a vida dos outros pode ter, de fato, uma importância estrondosa para o meio no qual vivemos. E isso passa irremediavelmente pelo sistema prisional e, sobretudo, pelo regime jurídico do direito de defesa e da assistência jurídica. Uma nação não pode pretensamente se arrogar como baluarte da democracia se os canais indispensáveis à administração da justiça estiverem turbados, restringidos ou sufocados. A ausência de defensor ou da defesa técnica efetiva nos ambientes em que são travadas as lutas entre a liberdade e a prisão tende a reafirmar a ideologia do poder arbitrário em detrimento da segurança jurídica. Não é sem razão que as cartas mundiais de direitos humanos e os diplomas humanitários guarnecem e laureiam a presença do advogado e da assistência jurídica qualificada. Por outro lado, é preciso que novas formas de transmissão do conhecimento cheguem até os bolsões das populações vulneráveis. É inspirador para o penalismo, obsecado pelo exercício do poder (ZAFFARONI, 2003), muitas vezes arbitrário, conduzir uma investigação, um processo, uma execução, um sistema prisional, sem a assistência jurídica efetiva, presente e devidamente qualificada. Conquanto seja preciso, por isso mesmo, uma clara compreensão nos países do alcance das obrigações estabelecidas, não só nas constituições nacionais, bem como os deveres convencionados nos tratados e convenções internacionais dos quais as nações de democracia pluralista são signatários, sobretudo, naqueles referentes à proteção dos direitos humanos.

Por esse motivo, é necessário explicitar publicamente o compromisso dos Estados com a “ideologia dos direitos humanos”, um compromisso firmado onde não se pode tergiversar e que não se pode perder de vista. O que precisa ser posto e sempre renovado e reafirmado nesse paradigma é a sua essência, isto é, a garantia dos direitos fundamentais, seja em tempo de paz ou nos conflitos armados; e isso implica na imprescindibilidade da assistência jurídica.



REFERÊNCIAS

AGUIAR BRITTO, Cláudia S. **Processo penal comunicativo**. Comunicação processual à luz da filosofia de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2014.

ANYAR de C., Lola. Direitos humanos: delinquente e vítimas, todos vítimas. In: **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Revan, Ano 11, n. 15- 16, 2007. p. 187-202.

DE LA RED REGIONAL PARA LA JUSTICIA PREVIA AL JUICIO - América Latina. De justicia. Bogotá D.C., Colombia.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BINDER, Alberto M. **O descumprimento das formas processuais**: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Tradução de Ângela Nogueira Pessoa. Revisão de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____; CAPE, Ed.; NAMORADZE, Zaza. **Defensa penal efectiva en América Latina**. Colombia: Ediciones Antropos, junho de 2015.

BRUNKHORST, Hauke. Constitucionalização sem democracia? In: BIGONHA, Antônio Carlos (Org.); MOREIRA, Luiz. **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Tradução: Adauto Villela e Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Coleção ANPR de direito e democracia, p. 65-91.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2011.

_____; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ESER, Albin. "Humane" criminal Justice in the age of Europeanisation and globalisation. Sonderdruck aus der Albert – Ludwigs- universität Original beitragschienen in: ferecirk Hrsg.): the third Germani-Hugarian colloquium on penal law and criminology: systems and development of penal sanctions in Western and Central Europe. Bibor Kaiadó: Miskolc, 2005, 5 (107-131). Translation into English was undertaken by Emily Silverman, J.D., L.L.M.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 2010.

_____. _____. Passado y futuro del estado de derecho. In: **Neoconstitucionalismo**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003. p. 13-30

FOUCAULT, Michel. **Um problema que me interessa há muito tempo é o do sistema penal**. Entrevista com J. Hafsia. L'apresse de Tunisie, 12 agosto de 1971 p. 3 in Michel Foucault. In: MOTTA, Manoel Barros (Org.). **Estratégia, poder-saber**. Tradução Vera Lúcia A. Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense, 2003. (Coleção ditos e escritos IV).

GARAPON, Antoine. **Le gardien des promesses**: justice et démocratie. Paris/France: Odile Jacob, 1996.

GORRILHAS, Luciano; AGUIAR BRITTO, Cláudia. **Polícia Judiciária Militar e seus desafios**. Aspectos teóricos e práticos. RS: Nuria Fabris, 2016.

GUIBENTIF, Pierre. Approaching the production of law through Habermas's concept



of communicative action. In: HABERMAS, Jürgen. **Modernity and law**. London: Mathieu Deflen, 1996. p. 45-70.

HABERMAS, J. **A inclusão do outro**: estudo de Teoria Política. Tradução de Sperber G.; Soethe, P. A.; Mota, M. C. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

_____. **O ocidente dividido**. Tradução de Luciana Villas Boas. Rio de Janeiro: BTU, 2006.

HASSEMER, Winfried. **Human Dignity the criminal process**: the example of truth-finding. v. 44: 185, 1998. p. 185-198.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 4 ed, Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2009. p. 26.

CONSEIL DE L'EUROPE/COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Guide Sur L' article 6. **Droit a um processe quitable**. (volet civil3.Le Guidepeutêtrételechargé à l'adressesuivante: www.echr.coe.int (Jurisprudence – Analyse jurisprudentielle). Le Guide a été préparé par la Division de la Recherche et ne lie pas la Cour. Le manuscrit a été parachevé début 2013. Les références de jurisprudences ontmises à jourau 1er mai. 2013.

MACHADO, Jónatas E. M. **Direito da União Europeia**. 1. ed. Wolters Kluwer: Coimbra Editora, 2010.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SIEBER, Ulrich. **Blurring the categories of criminal law and the law of war** – efforts and effects in the pursuit of internal and external security. Report presented at the XVth International Congress of Social Defense on «Criminal Law between War and Peace» in Toledo, 22 sept. 2007. (p. 35-69).

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O direito internacional em um mundo de transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VILLEY, Michel. **Philosophie du droit**: definition set fins du droit. Paris: Dalloz, 1975.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.



REFUGIADOS NA EUROPA: AVANÇOS E RECUOS NA PERSPECTIVA PORTUGUESA

Elizabeth Accioly¹

Não há poesia numa crise humanitária. Nem música que embale esta desgraça humana. A casa comum da Europa virou um condomínio fechado cercado por muros. A utopia universalista transformada na exclusão do outro. Armas em vez de política. Ideais virados do avesso. Cidadania europeia é habitar numa fortaleza e impedir que entrem. Pluralismo entre iguais. Moral no lado de cá. Mural para lá da fronteira.²

1 INTRODUÇÃO

A Europa vive um dos seus maiores dramas desde a II Guerra Mundial. Assistem-se a cenas impensáveis desde o início do século XXI, que prometia ser de esperança e paz, na perspectiva dos decantados “objetivos do milénio”. Do cenário vivido com o ataque às Torres Gémeas, em 2001, ao conflito na Síria, iniciado em 2011 e ainda sem solução; com a invasão do Iraque, em 2003, comandada por George Bush, aos mísseis que cruzam os céus para destruir o regime sírio e o DAESH, por ordem do presidente Donald Trump, ataques em violação ao Direito Internacional; com os barcos ilegais que chegam superlotados à Europa, provenientes do Médio Oriente e África, de sobreviventes da guerra, do terror e da fome, em busca do *El Dorado*; com as barreiras que se erguem na Europa unida, para travar a entrada de refugiados e imigrantes económicos ao Acordo UE – Turquia, para reciclar o que eles consideram de lixo humano, tendo a Turquia a missão de entregar para a Europa somente o “lixo seleccionado”. Tudo isso traz uma era de incertezas e de ingentes preocupações e o maior desafio social para a União Europeia. Pretendemos analisar o tema dos refugiados no seio da Europa e de Portugal, e avaliar os avanços e falhanços sobre o assunto.

¹ Professora da Universidade Europeia de Lisboa. Professora visitante do Curso de Mestrado do Centro Universitário de Curitiba-UNICURITIBA.

² Sérgio Figueiredo. *In* Refugiados. Factos e argumentos para desfazer medos e mitos. Plataforma de Apoio aos Refugiados, p. 28.



2 A REINSTALAÇÃO E A RECOLOCAÇÃO DE REFUGIADOS NA UE

Diante deste *torbellino*, a Europa busca encontrar equilíbrio e consenso entre os seus pares. A legislação comunitária criou programas de reinstalação e recolocação de refugiados e migrantes, oriundos do Médio Oriente e da África, que chegam ao velho continente, na sua grande maioria, em embarcações clandestinas e superlotam centros de acolhimento despetrechados, sem condições de dar vazão à demanda. Grécia e Itália, pela sua localização estratégica, são os Estados que mais tem sofrido com estes problemas e dependem dos cofres da UE, mas acima de tudo, da solidariedade, da cooperação leal, da tolerância, da justiça, do respeito aos Direitos Humanos. É nesse ponto que as coisas não estão a correr bem.

A reinstalação visa a admissão no território dos Estados-Membros de nacionais de países terceiros que carecem de proteção internacional e tenham sido deslocados para fora, ou no interior, do seu país de origem, a fim de lhes conceder guarida³. As reinstalações acordadas no âmbito deste programa têm-se centrado em pessoas que se encontram na Turquia, Jordânia e Líbano.

António Guterres, então Alto Comissário das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), atualmente Secretário-geral da ONU, pronunciou-se quanto ao programa de reinstalação da UE:

estima-se que o número de pessoas a reinstalar em 2017 irá ultrapassar 1,19 milhões em todo o mundo, ao passo que apenas cerca de 80 000 pessoas foram reinstaladas em todo o mundo em 2015. O ACNUR tem vindo, ao longo dos últimos anos, a exortar a União Europeia e os seus Estados-Membros a aumentarem compromissos de acolhimento de refugiados através de programas de reinstalação sustentável, entre outros dando o seu aval à campanha de 2012 da Organização Internacional para as Migrações (OIM) e de cinco organizações não-governamentais ativas no domínio da proteção dos refugiados para a reinstalação de 20 000 pessoas por ano até 2020⁴.

O Comissário da União Europeia para Migração, Assuntos Internos e Cidadania, Dimitris Avramopoulos, declarou, no 9º relatório sobre a aplicação dos regimes de recolocação e reinstalação, realizadas desde 8 de dezembro de 2016.:

3 REGULAMENTO DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO que institui o Quadro de Reinstalação da União e altera o Regulamento (UE) n.º 516/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho.

4 Comunicação sobre a Agenda Europeia da Migração, em 13 de maio de 2015. A Comissão referia a necessidade de se adotar uma abordagem comum para conceder proteção, mediante a reinstalação, a pessoas deslocadas com necessidade de proteção.



Nos últimos meses assistimos a progressos, tanto a nível da recolocação como da reinstalação. No entanto, para estar à altura do desafio, tanto nos Estados-Membros da primeira linha como na nossa vizinhança, é preciso fazer mais e mais rapidamente. É possível recolocar todos os migrantes elegíveis que se encontram em Itália e na Grécia, mas todos os Estados-Membros têm de mostrar vontade política, empenho e perseverança para concretizar este objetivo.

O regime de recolocação foi criado por decisão do Conselho,⁵ que deliberou sobre o compromisso por parte dos Estados-membros, de receber pessoas sob a protecção internacional, que já se encontram em território europeu, nomeadamente Itália e Grécia.⁶ Cento e vinte mil pessoas estão abrangidas no programa de recolocação e devem ser distribuídas entre os Estados membros, a partir de quotas, levando em consideração fatores como população e a riqueza do país. A divergência

5 DECISÃO (UE) 2015/1601 DO CONSELHO, de 22 de setembro de 2015, que estabelece medidas provisórias no domínio da proteção internacional a favor da Itália e da Grécia.

6 Artigo 4º da Decisão 2015/1601. Recolocação de 120 000 requerentes nos Estados-Membros.

1. São recolocados nos outros Estados-Membros 120 000 requerentes, do seguinte modo:

a) 15.600 requerentes que se encontram em Itália são recolocados no território de outros Estados-Membros nos termos do quadro constante do anexo I;

b) 50.400 requerentes que se encontram na Grécia são recolocados no território de outros Estados-Membros nos termos do quadro constante do anexo II;

c) 54.000 requerentes são recolocados no território de Estados-Membros proporcionalmente aos valores estabelecidos nos anexos I e II, quer nos termos do n. 2 do presente artigo, quer através da alteração da presente decisão, conforme referido no artigo 1º, n. 2, e no n. 3 do presente artigo. A Comissão apresenta uma proposta ao Conselho relativa aos valores a atribuir por Estado-Membro. 2. A partir de 26 de setembro de 2016, são recolocados 54 000 requerentes, tal como referido no n. 1, alínea c), a partir da Itália e da Grécia, na proporção resultante do n. 1, alíneas a) e b), no território de outros Estados-Membros, proporcionalmente aos valores estabelecidos nos anexos I e II.

3. Se até 26 de setembro de 2016, a Comissão considerar que se justifica uma adaptação do mecanismo de recolocação devido à evolução da situação no terreno ou que um Estado-Membro se encontra confrontado com uma situação de emergência caracterizada por um súbito influxo de nacionais de países terceiros em virtude de uma forte mudança dos fluxos migratórios, e tendo em conta a opinião do provável Estado-Membro beneficiário, pode apresentar, se necessário, propostas ao Conselho, conforme referido no artigo 1º, n. 2.

Da mesma forma, um Estado-Membro pode, apresentando razões devidamente justificadas, notificar o Conselho e a Comissão de que se encontra confrontado com uma situação de emergência similar. A Comissão avalia as razões invocadas e, se adequado, apresenta propostas ao Conselho, conforme referido no art. 1º, n. 2.

4. Caso, na sequência de uma notificação efetuada nos termos do artigo 4º do Protocolo n. 21 por um Estado-Membro abrangido pelo referido Protocolo, a Comissão confirme, nos termos do artigo 331º, n. 1, do TFUE, a participação desse Estado-Membro na presente decisão, o Conselho, sob proposta da Comissão, fixa o número de requerentes a recolocar nesse Estado-Membro. Na mesma decisão de execução, o Conselho adapta também em conformidade os contingentes atribuídos aos outros Estados-Membros, reduzindo-os proporcionalmente.



mais visível quanto à realocação de refugiados coube ao Grupo de Visegrado⁷ - República Tcheca, Eslováquia, Hungria e Polónia – somado à Roménia e Bulgária, pese embora estes Estados devam obedecê-la, por força da supranacionalidade, que obriga e impõe decisões que sejam aprovadas por maioria qualificada.

Na esteira da revisão da Convenção de Dublin, de junho de 1997⁸, que rege a política de asilo na UE, a Comissão Europeia propôs, em maio de 2016, a imposição de pesadas multas para os países que rejeitem receber quem precisa de proteção internacional, no valor aproximado a 250 mil euros. Este dinheiro deverá então ser repassado aos Estados que aceitarem receber aqueles refugiados. Mas a proposta ainda depende de aprovação no seio das Instituições comunitárias e, mesmo que consiga a anuência da maioria, duvida-se que alguma vez conseguirá ser executada.

Na prática, a política de recolocação de refugiados ainda reflete a pouca concertação entre os sócios europeus, até porque alguns deles se escoram em legislações nacionais para, de forma subliminar, afastá-los. É o caso do parlamento dinamarquês, que aprovou, no início de 2016, reforma em sua lei nacional de asilo, permitindo o confisco de valores dos refugiados, aquando estes se submetem à revista pela polícia. Esta pode confiscar bens com valor superior a 1340,00 euros, desde que estes bens não sejam de valor sentimental, como por exemplo, as alianças, que foi batizada como a “lei das jóias”. A obrigatoriedade de incluir carne de porco na ementa das escolas públicas e a proibição de frequentar piscinas públicas são outras das medidas polémicas. Trata-se de medida de todo condenável, não apenas no plano jurídico, mas em relação à moral pública internacional. É curioso constatar tais atitudes num país considerado dos mais igualitários e tolerantes, não só em questões atinentes ao direito do estrangeiro e suas vertentes de nacionalidade.

A Europa de Leste também desafia os sócios europeus, com políticas anti-imigratórias impensáveis para os países do Tratado de Roma, que almejaram uma Europa sem fronteiras, objetivo dos mais caros de todo o projecto de construção da Europa de instituições comuns.

7 O Grupo de Visegrado, também conhecido como Pacto de Visegrado ou V4, é uma aliança composta por quatro países localizados na região central da Europa: Hungria, Eslováquia, Polónia e República Tcheca.

O bloco nasceu Cimeira realizada em Visegrado, Hungria, em 15 de fevereiro de 1991. A Eslováquia aderiu ao bloco em 1993.

Os principais objectivos são: Possibilitar, através de integração e definição de estratégias comuns, a inserção dos países membros na comunidade europeia; criar mecanismos para possibilitar a cooperação económica entre os Estados membros; estabelecer estratégias e ações voltadas para a cooperação no campo energético; incentivar a cooperação militar e científica entre os sócios.

8 O Regulamento de Dublin estabelece uma hierarquia de critérios para identificar o Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de asilo na Europa. Este é predominantemente com base em laços familiares, seguido de responsabilidade atribuída com base no Estado através do qual o requerente de asilo entrou primeiro, ou do Estado responsável pela sua entrada no território dos Estados-Membros da UE, Noruega, Islândia, Liechtenstein e Suíça. *In* Conselho Europeu para os Refugiados e Exilados (CERE), junho 1997.



A Hungria está a provocar reacções das mais contundentes dentre os sócios de Bruxelas, pela forma como o seu Presidente, Viktor Órban tem conduzido o país. A repulsa aos imigrantes chegou ao ápice com a recente aprovação da lei de asilo, pelo parlamento húngaro, que colide frontalmente com as normas da UE, ao prever a detenção automática de requerentes de asilo em campos de acolhimento nas suas fronteiras.

A Polónia está a seguir os passos da Hungria, e já trabalha na elaboração de projeto de lei que permita deter candidatos a asilo em campos fronteiriços. Na Eslováquia, o governo também se recusa a aceitar qualquer "posição" da União Europeia no que concerne ao acolhimento de refugiado, preferindo violar as regras do bloco quanto às quotas obrigatórias. Na Roménia, há milícias, muitas vezes com a colaboração da polícia, que se dedicam à caça de refugiados, usando de grande violência. Muros e cercas erguem-se nesses países, sem pudor e sem vergonha, numa violação sem precedentes aos valores do pluralismo, liberdade e solidariedade, consagrados no artigo 2º do Tratado da União Europeia, revisto pelo Tratado de Lisboa⁹.

Daí a concluir-se que, ao contrário dos seis Estados fundadores das Comunidades Europeias – Alemanha, França, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo, cuja participação no projeto estava acima da soberania nacionalista de Vestefália e da identidade nacional, o alargamento da União Europeia à Europa Oriental, em 2004, deu considerável guinada de rumo quanto à identidade daqueles países, sem estarem suficientemente preparados para tal, como estamos a constatar à exaustão.

Tanto o programa de reinstalação quanto o de recolocação na Europa comunitária não tem evoluído a contento, sendo que o primeiro está muito mais atrasado do que o segundo. Lembre-se que a reinstalação trata de receber pessoas que se encontram em Estados terceiros e foram acolhidas por Estados vizinhos, como o Líbano, a Turquia e a Jordânia, na esteira da guerra da Síria, ao passo que a recolocação visa distribuir, por meio do regime de quotas, os migrantes e refugiados que conseguiram pisar o solo europeu, nomeadamente a Grécia e a Itália.

Em termos absolutos, segundo o 11º Relatório divulgado pela Comissão Europeia, em 12 de abril de 2017,

a Alemanha é o Estado-membro que mais refugiados recolocados recebeu (3.511), seguindo-se a França (3.157) e a Holanda (1.636), enquanto Malta e a Finlândia estão perto de cumprir com o número de pessoas que lhes foram atribuídos. A nível da União Europeia (UE), o número total de recolocações ascendia, até dia 10 de abril, a 16.340,

9 Artigo 2º. A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres.



das quais 5 001 a partir de Itália e 11 339 a partir da Grécia, tendo sido recebidas mais 2.465 pessoas desde 02 de março. Em matéria de reinstalação, os Estados-membros receberam 15.492 pessoas até à data¹⁰.

3 A REINSTALAÇÃO E A RECOLOCAÇÃO DE REFUGIADOS EM PORTUGAL

Ao abrigo do programa de reinstalação de pessoas que estão em campos situados em países terceiros, Portugal assumiu o compromisso de receber 191 deles. Quanto à recolocação, que abrange refugiados que se encontram em solo europeu, coube a Portugal receber 1173 provenientes de Itália e 1778 da Grécia.

O 11.º relatório da Comissão Europeia, publicado em 12 de abril de 2017, dá conta de que foram reinstalados até o momento apenas doze pessoas em Portugal. No entanto, se por um lado o país caminha a passos lentos, por outro tem sido apontado como um dos Estados que está na linha de frente no programa da recolocação¹¹. Os números apontam para um total de 1228 acolhimentos. Destes, 929 são oriundos da Grécia, apresentando uma taxa de cumprimento de 52% e 299 de Itália, uma taxa de 25% de cumprimento das normas comunitárias. Os 1228 refugiados recolocados, de um total de 2951, representam uma taxa de execução de 42%, muito acima dos 17% da média da UE.

Portugal é identificado por Bruxelas como um dos Estados-membros que “*estão a respeitar de forma consistente as suas obrigações para com a Grécia e Itália*”, segundo o 11.º relatório que ainda recomenda que Lisboa “*aumente a capacidade para recolocar todos os candidatos já aceites*”, salientando que “*alguns estão à espera de serem transferidos desde novembro de 2016*”.¹² Diante disso, Portugal assumiu o compromisso de aumentar o número de refugiados para 4274 pessoas.

Pese embora os notórios esforços de Portugal para tentar cumprir as metas estabelecidas por Bruxelas, o país tem se deparado com dificuldades quanto à recolocação, que vão desde a falta de infra-estruturas básicas, como habitação, postos de trabalho, reconhecimento de habilitações académicas, inserção de menores em escolas e de jovens nas universidades, do ensino da língua portuguesa, até a falta

10 In <<http://www.tvi24.iol.pt/sociedade/uniao-europeia/refugiados-bruxelas-quer-que-portugal-aumente-capacidade-de-rececao>>. Pesquisa em 15-04-2017.

11 In absolute terms, Germany is now the country that has relocated the largest number of applicants (3,511) so far, followed by France(3,157) and the Netherlands (1,636). Right now, Malta and Finland are the only two Member States so far on track to meet their obligations in time for both Italy and Greece. Luxembourg, the Netherlands and **Portugal** are also steadily progressing on their obligations for Greece and Italy. Norway is about to relocate its commitments. 11º report on relocation and resettlement. In <https://ec.europa.eu/elevanth_report_on_relocation_and_resettlement_en.pdf>. p. 3

12 <https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20170412_elevanth_report_on_relocation_and_resettlement_en.pdf>



de controle da segurança dos refugiados. Exemplo dessa falta de controle pode ser constatada em denúncia noticiada na imprensa portuguesa¹³ de que Portugal perdeu o rasto a 15 menores, entre 15 e 17 anos, que chegaram desacompanhados, em 2016, e desapareceram da Casa de Acolhimento para Crianças Refugiadas, com fortes suspeitas de terem sido vítimas de tráfico humano. Para além disso, mais de três centenas de refugiados que foram acolhidos em Portugal deixaram o país pelos próprios pés, para tentarem a sorte em outros Estados da Europa.

A partir do momento que esses refugiados abandonam o país de acolhimento, de livre e de espontânea vontade, perdem o estatuto e a protecção internacional, prevista na Convenção de Dublin, tornando-se ilegais. Ficam, por consequência, impedidos de residir ou trabalhar noutro país que não seja o de acolhimento. Em outro sentido, o Estado deve, de imediato, comunicar a Comissão Europeia da fuga de refugiados que estão sob sua protecção. Porém, constata-se que se a Europa já está de mãos atadas devido a limites que impedem a consecução de regras que levem os Estados a cumprir as regras de acolhimento, mas difícil ainda será controlar e rastrear aqueles que se servem do mecanismo de acolhimento, para tentarem a sorte na ilegalidade. Trata-se de mais um problema sem solução a curto prazo.

Os depoimentos de alguns refugiados mostram pontos frágeis de Portugal, no que tange ao programa de recolocação, um alerta que deve ser discutido no seio da União Europeia:

Hayder, 45 anos, lamenta que Portugal es un país con muchas promesas pero pocas posibilidades de cumplirlas. Cuando me enviaron a Portugal me dijeron que aquí tendría trabajo. Necesito dinero para poder traer a mi mujer a mi cuatro hijos, que siguen amenazados. Me dan lecciones de portugués pero yo soy cocinero, no necesito hablar el idioma para poder trabajar”.

Rehase, de 30 anos, queixa-se do mesmo: “Soy mecánico y llevo tres meses aquí perdiendo el tiempo. No quiero depender del Estado, quiero poder trabajar para ahorrar, tener una casa, vivir mi vida. Tengo amigos que fueron para Alemania y Suecia y que ya tienen trabajo”.

Mustafa, 32 anos, ciente de que ficará ilegal se deixar o país, argumenta: “Ya he vivido como refugiado en Siria, en Turquía, en Grecia. Sé que si me voy corro el riesgo de que la Policía me pare y me vuelva a mandar para Portugal, pero no tengo otra opción. Yo sé que los portugueses quieren ayudar, sólo que el país ya tiene problemas propios y realmente no pueden. Me gusta este país, pero si no hay trabajo no hay nada más que hablar.”¹⁴

13 Jornal Diário de Notícias-Lisboa: “15 refugiados menores desapareceram em Portugal em 2016”, publicado em 17 de março de 2017.

14 <http://www.elespanol.com/mundo/20160617/133237280_0.html>



A justificativa do Ministério da Administração Interna português (MAI) quanto à debandada de refugiados para outras plagas é a de que esses fogem para se juntar às famílias que foram recolocadas em Estados-membros, sendo o alvo preferido, o norte da Europa. O governo português encara de forma muito superficial e simplista estas fugas: *“os refugiados não são prisioneiros e têm liberdade de circulação”*.¹⁵ Opinião completamente oposta tem o filósofo franco-argelino, Sami Nair: *“Os refugiados são nossos prisioneiros. Deixaram os seus países, fugiram da morte, para entrar nas prisões europeias. Nenhum país da União Europeia está a aplicar as Convenções de Genebra (1951), que estabelecem que há que acolher o refugiado, protegê-lo e dar-lhe direitos iguais aos cidadãos do país de acolhimento. A Europa tem mostrado uma face totalmente inesperada, impensável, e uma incapacidade em assumir os seus valores.”*¹⁶

Como dilema de dimensões infinitas, o drama dos refugiados se repete em nova e lamentável versão, não sendo possível vislumbrar soluções unilaterais por parte dos Estados, como parece ser a tendência que se verifica. Desde o Antigo Testamento, em que as penúrias de multidões itinerantes compõem o elenco de passagens trágicas da humanidade, as respostas parecem limitar-se ao rol das boas intenções, com a paralisia do poder e o colapso das instituições. *Nihil nuovo sub sole*.

4 CONCLUSÃO

A Europa vive a mais profunda das suas crises, colocando em xeque a solidariedade, a cooperação leal, o estado de Direito e o respeito aos Direitos Humanos. Entre avanços e retrocessos, entre a coragem e o medo de acolher, o Velho Continente segue preocupado com os destinos políticos do bloco económico, com a tentativa de sobreviver ao Brexit, com as incertezas de eleições na França, na Alemanha e na Itália, que podem mudar o seu destino. Enquanto isso, os refugiados esperam, resilientes e sem opções, em busca de pouso seguro. Há Estados, como Portugal, que demonstram generosidade em receber, mas não tem apoios suficientes para manter aqueles que por ele são acolhidos. Há outros Estados que, tendo capacidade para tal, estão mais preocupados em legislar internamente para afugentar aqueles que tencionam lá chegar. Há ainda Estados que erguem muros e cercas. Poucos são os Estados que tem feito a sua parte, conforme os acordos celebrados no plano multilateral e da UE.

É urgente encontrar soluções para um futuro coletivo, que exige coragem para enfrentar a realidade, para que os historiadores do futuro lembrem da Europa como uma construção de valores e não de interesses. Um bloco coerente com seus

¹⁵ Constança Urbano, Ministra da Administração Interna. In Jornal Diário de Notícias - Lisboa, “Porque fogem os refugiados de Portugal?” edição de 11.12.2016

¹⁶ In “Refugiados são prisioneiros da Europa”. <<https://www.noticiasaminuto.com/mundo/688663/refugiados-sao-prisioneiros-da-europa>>



princípios basilares, consagrados em seus tratados institutivos.

O Papa Francisco recordou que, devido à

maior crise humana, desde a Segunda Guerra Mundial, hoje existem 65 milhões de pessoas - homens e mulheres, jovens e crianças - no mundo que são obrigadas a abandonar seus países e familiares e têm o direito de viver em paz e querer um futuro para seus filhos. Este número sem precedentes está para além de toda imaginação. A população deslocada do mundo hoje é agora maior do que a população da Itália. Se nos mexermos para além de meras estatísticas vamos descobrir que os refugiados são mulheres e homens, meninos e meninas que não são diferentes do que os nossos próprios membros da família e amigos¹⁷.

Esta é uma verdade perturbadora que precisa de ser encarada pela Europa e pelo mundo.



17 <<http://www.agencia.ecclesia.pt/noticias/vaticano/refugiados-papa-francisco-pede-coragem-compaixao-e-generosidade-a-antigos-alunos-jesuitas/>>

REFLEXÕES EPISTEMOLÓGICAS SOBRE OS PRINCÍPIOS DA NECESSIDADE E DA PROPORCIONALIDADE DO DIREITO PENAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

Fernando Conde Monteiro¹

1 INTRODUÇÃO

O presente texto reflete em essência sobre os princípios da necessidade e proporcionalidade, enquanto princípios legitimadores dos modernos direitos penais presentes no texto constitucional português. Parte-se antes de mais de um enquadramento epistemológico desta questão para depois nos debruçarmos sobre o plano do direito positivado português.

2 PONTO DE PARTIDA: O CONCEITO DE CIÊNCIA NO ÂMBITO DAS CIÊNCIAS EMPÍRICAS

Já na Grécia antiga se distinguia a ciência da mera *doxa*.² Deste modo, convirá traçar desde já a fronteira entre estas duas realidades.

Efetivamente o conceito moderno de ciência empírica parte de certos pressupostos considerados como sua realidade legitimadora. Antes de mais, o conhecimento cientificamente relevante não é constituído por amontoados de afirmações mais ou menos díspares e, portanto, não constituindo um corpo coerente de proposições, onde tudo possa ser mais ou menos proferido e assim tudo possa mais ou menos valer e consequentemente nada efetivamente valha (em termos epistemológicos).³ Em verdade, as afirmações devem valer, não para meros factos individuais, mas para conjuntos de factos identificáveis, explicando-os enquanto tais e nas suas interações. Por outras palavras, deveremos encontrar-nos perante leis ou teorias que traduzam racionalmente relações entre fenómenos, também as suas características intrínsecas. Tal implica como é óbvio generalizações logicamente consistentes, mas não só. O mundo do senso comum está carregado de generalizações, muitas vezes consistentes em termos lógicos. Para se alcançar

1 Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho.

2 Sobre o conceito de *doxa*, BLACKBURN, Simon. **Dicionário de filosofia**, MURCHO, D. (Coord.). Tradução de Desidério Murcho et. al. Lisboa: Gradiva, 1997, p. 120. Sobre a noção de epistemologia, cf. AUROUX, S.; WEIL, Y. **Dicionário de filosofia**: temas e autores. Tradução de Miguel Serras Pereira. Porto: ASA, 1997, p. 106-112.

3 O que corresponde à noção de *doxa*, *supra* n. 1.



o domínio do cientificamente relevante é preciso para além do mais que as proposições sejam comprovadas no plano empírico. Tal significa que a observação e a experimentação são indispensáveis para validar qualquer afirmação feita nos termos aqui expostos. O que, por sua vez, implica que estejamos perante realidades que possam ser precisadas, quantificáveis, testáveis, repetíveis e logo refutáveis.⁴

Os mundos da física, química, biologia, nomeadamente, expressam em larga medida este tipo de atitude.

2.1 Crítica do modelo em causa

2.1.1 O lado bom da ciência: considerações genéricas

Sem dúvida que o aparecimento da ciência moderna a partir do séc. XVI no ocidente com as citadas características revolucionou por completo a nossa existência e continua a fazê-lo de forma radical e mesmo em larga medida imprevisível. Efetivamente o crescente desenvolvimento das diferentes ciências empíricas e também a sua aplicação prática (tecnologia) romperam com a mundovisão medieval, povoada de mitos e superstições, e colocaram o ser humano num plano de uma racionalidade sem paralelo na história da humanidade. A realidade deste modo deixou largamente de ser pensada a partir de um mundo a se, comandado pela divindade ou divindades (aspeto transcendental), para ser perspectivada em si mesma (imanência). Noutros termos, proclamou-se a *morte de deus*, colocando-se em sua substituição o *novo ser humano*, que deste modo usurpou (ou se julgou usurpar) a anterior condição divina, agora declarada extinta.⁵ Por outro lado, estes avanços científicos produziram um bem-estar à humanidade sem precedentes, que seria ocioso aqui referir dado ser do conhecimento de todos. Epistemologicamente os seus resultados são, portanto, indesmentíveis (aspeto social da ciência).⁶

2.1.2 O lado mau da ciência: aspetos gerais

Se, de facto, os aspetos positivos da ciência são óbvios e irreversíveis, também não é menos verdade que a ciência nos trouxe igualmente um lado mau, tão ou pior que o seu lado bom. Efetivamente, desde a destruição de múltiplos objetos físicos e

4 Sobre desde logo a refutabilidade como condição de demarcabilidade entre o conhecimento científico e o não científico, POPPER, K. **Conjectures and Refutations**. London: Routledge and Keagan Paul, 1963, p. 33-39.

5 Lembremos entre outros as figuras de Prometeu ou de Fausto (este nas versões literatas) nas suas ânsias de se substituírem ao divino.

6 Para uma discussão de alguns aspetos neste âmbito, BLY, Adam (Coord.). **Science is Culture: Conversations at the New Intersection of Science + Society**. USA: Harper Perennial, 2010, 386 p.



anímicos até ao risco puro e simples de desaparecimento da humanidade e passando por um enorme sofrimento físico, psíquico, a par de um sem-número de mortes, tudo isto teve lugar até aos nossos dias e continua a ter lugar ou a poder efetivar-se, sendo consequência (direta ou indireta) da ciência e do seu desenvolvimento prático (tecnologia),⁷ constituindo deste modo um desvalor axiológico e por esta via podendo de certo modo relevar no âmbito epistemológico (lado ético da ciência).⁸

2.1.3 As limitações epistemológicas do modelo standard de ciência que expusemos

Um modelo como o que deixámos traçado, apesar dos seus muitos méritos, apresenta também algumas fragilidades epistemológicas. Antes de mais, a conceção da realidade como um complexo mecanismo de relógio, em que os diferentes fenómenos se connexionassem segundo um férreo determinismo, surge como simplesmente indemonstrável.⁹ Algo desde logo constatável na própria física clássica, onde efetivamente nunca poderemos ter a certeza de que uma qualquer teoria não possa soçobrar face a novas provas em sentido contrário à mesma (provisoriedade do conhecimento científico).¹⁰ Por outro lado, também nada nos garante que as formulações das teorias existentes ou leis não possam ser ditas de forma diferente.¹¹ Por outro lado ainda, a física quântica, para além de funcionar num plano de

7 Sobre isto, cf. MONTEIRO, C. Algumas reflexões sobre o direito penal a partir da psicanálise. **Revista Jurídica da Universidade Portucalense**, v. 15, p. 70-72, 2012.

8 Sobre as relações entre ética e ciência, vide, por exemplo, BRIGGLE, A.; MITCHAM, C. **Ethics and Science**. Cambridge: Cambridge University Press, (Kindle Edition), 2012, 1899 KB.

9 Notemos neste âmbito a conhecida passagem de LAPLACE, onde afirma: “Uma inteligência que num dado momento conhecesse todas as forças da natureza e a respectiva situação dos elementos que a compõem e fosse ainda tão vasta que pudesse submeter esses dados à análise englobaria numa mesma fórmula os movimentos dos corpos maiores do universo e os do mais diminuto átomo: nada seria incerto para tal inteligência e o futuro tal como o passado, encontrasse-se-lhe perante os seus olhos.” (LAPLACE, P. S. **Éssai philosophique sur les probabilités**. Paris: Christian Bourgois, 1986, p. 32-33). De notar que esta afirmação surge como hipotética e no âmbito de um trabalho sobre as probabilidades, ou seja, tendo em conta, na linha laplaciana, um conhecimento parcial da realidade. Sobre isto, MONTEIRO, C. Reflexões epistemológicas sobre a liberdade enquanto possível pressuposto do agir humano e sua (ir)relevância para a construção do jurídico. In: **Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho – Responsabilidade e Cidadania**. Tomo I. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2012, n. 34, p. 53.

10 Lembremos desde logo POPPER ao afirmar: “Enquanto da Ciência não peço qualquer certeza final (e consequentemente não chego a ela).” (POPPER, K. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Silveira da Mota. 17. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2010, p.84); neste mesmo sentido, FEYNMANN, R. P. **O que é uma lei física**. Tradução de Carlos Fiolhais. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 2000, p. 201-203.

11 Assim, FEYNMANN, ao afirmar: “Todo o bom físico teórico conhece seis ou sete diferentes representações teóricas para a mesma física. Sabe que são todas equivalentes e que ninguém será jamais capaz de decidir, a um certo nível, qual está correta.” (FEYNMANN. Idem, p. 296).



probabilidade,¹² apresenta toda uma série de inconsequências,¹³ relativamente às quais o modelo standard não pode obviamente responder. De resto, à medida que se sobe na complexidade dos fenómenos a estudar cresce o relativismo do saber em causa.¹⁴ Se, ainda a isto juntarmos as nossas próprias limitações sensitivas¹⁵ e cognitivas,¹⁶ a relativização dos conceitos em ciência,¹⁷ mais o problema se densifica, naturalmente. Já no âmbito das ciências sociais, não podendo nestas, dada a sua complexidade, decompor-se a realidade nos seus aspetos mais simples (atomismo) e fazer experiências laboratoriais, encontramos aqui perante uma óbvia incapacidade de utilizar a metodologia das ciências mais básicas. Portanto nestes domínios o modelo em causa não funciona pura e simplesmente.¹⁸ E tal impossibilidade torna-se ainda mais clara no plano axiológico, ético. Os julgamentos de valor, a atitude ética efetivamente não se reconduzem a meras relações de facto.¹⁹ Algo de comum à arte, também.²⁰

12 Cf. neste sentido HAWKING, S. **Breve história do tempo**: do big bang aos buracos negros. Tradução de Ribeiro da Fonseca. Revisão, adaptação do texto e notas de José Félix da Costa. 4. ed., 1996, p. 86.

13 Basta pensar em casos como o do famoso “gato de Schrödinger”, da dupla fenda de Young, do carácter bidimensional do tempo quântico, da comunicabilidade entre partículas, etc. Sobre as características do mundo quântico, BISWAS, T. **Quantum Mechanics**: Concepts and Application. New Paltz, New York: Physics Department, State University of New York at New Paltz, 2003, 194 p.

14 Pensemos antes de mais na teoria da evolução das espécies que de tão vasta que é nunca poderá ser cabalmente provada, para uma visão provocante desta, BEHE, M. J. **Darwin's Black Box**: The Biochemical Challenge to Evolution. New York: Free Press, 2006, 352 p.

15 Lembremos antes de mais, KANT, I. **Kritik der reinen Vernunft**. German. [S.l.] CreateSpace Independent Publishing Platform, 2016, 236 p.; também o contributo da Gestalt neste âmbito, cf., por exemplo, KOFFKA, K. **Perception**: An Introduction To The Gestalt Theory: A Classic Article in the History of Psychology. ed. WEBB, David (Kindle Editon). 2014, 1671 KB.

16 Sobre as relações entre os seres humanos e máquinas, também neste plano, cf. **Thinking about Android Epistemology**. ed. FORD, K. M.; Glymour, C.; HAYES, P. J. Massachusetts: MIT Press, 2006, 384 p.

17 HANSON, N. R. **Patrones de descubrimiento**. Observación y explicación. Madrid: Alianza, 1977, p. 151.

18 Neste sentido, MONTEIRO, C. Algumas reflexões epistemológicas sobre o Direito Penal, ANDRADE, C., et al. (Org.). **Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias**, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 759-760. 18

19 Idem, p. 763.

20 Idem, n. 10, p. 760.



3 A CIÊNCIA JURÍDICO-PENAL. PERSPETIVA EPISTEMOLOGICAMENTE FUNDADA

3.1 O lado axiológico-normativo

A ciência jurídico-penal apresenta antes de mais um aspeto essencial a considerar. Ela estabelece regras de conduta, alicerçadas em valores axiologicamente significativos (dimensão ético-jurídico-penal).²¹ Estas normas refletem, por seu turno, uma grande complexidade. Efetivamente não se trata apenas de estabelecer simples comandos negativos ou positivos. Na normatividade em causa encontramos igualmente espaços de autorização ou mesmo de obrigações em sentido contrário aos iniciais comandos jurídicos (causas de justificação).²² Tal deriva antes de mais do carácter axiologicamente fundamentador que subjaz a estas mesmas normas, que de resto se estende para além da pura dimensão de ilicitude para se alargar a outros domínios: culpa, política criminal, etc. A esta complexidade axiológica junta-se, por outro lado, uma outra complexidade derivada dos próprios destinatários das normas em causa. Estes vão de simples cidadãos humanos até entes coletivos ou para-coletivos, abrangendo de forma mediata animais e coisas. Tal complexidade densifica-se a partir do inter-relacionamento entre cidadãos, entre estes e entes coletivos e para-coletivos, entre estes últimos entre si e finalmente entre indivíduos e entes de natureza coletiva (em sentido amplo) relativamente a animais ou coisas.²³

O problema desde logo a colocar aqui em termos epistemológicos é o de saber da existência de efetivos critérios de legitimação de quaisquer preposições que neste âmbito possam ter lugar. Noutros termos, para se poder em princípio dar um cunho de cientificidade, a partir da herança das ciências empíricas, as asserções em causa teriam de ter, por princípio ao menos, uma validade objetiva e universal, impondo-se deste modo a quaisquer tentativas de subversão das mesmas. Tal pressuporia, por sua vez, a definição de uma metodologia que garantisse tal efetividade. Ora, como é óbvio, isto afigura-se simplesmente utópico. E tal não resulta apenas da simples constatação da variabilidade no tempo e no espaço do direito (penal), ainda desta constante possibilidade.²⁴ Mais importante do que tudo isto é o facto de que nunca

21 Sobre isto, MONTEIRO, C. Ética e direito penal: reflexões epistemológicas sobre as relações entre ética e direito penal em face do direito positivo português. In: **Anuário publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho** – Ética e Direito. Tomo II, Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2014, p. 47-54.

22 Sobre isto cf. MONTEIRO, C. **Direito penal I**. Braga: ELSA UMINHO. 2015, p. 128-132.

23 Neste sentido, MONTEIRO, C. **Ética e direito penal**. p. 45-46.

24 Lembremos desde logo as observações sarcásticas de PASCAL: “[A]o passo que quase nada se vê de justo ou de injusto que não mude de qualidade mudando de clima. Três graus de altura do polo derrubam a jurisprudência. Um meridiano decide da verdade; em poucos anos de posse, as leis fundamentais mudam; o direito tem suas épocas. A entrada de Saturno no Leão nos marca a origem de um tal crime. Divertida justiça que um rio limita! Verdade aquém doa Pireneus, erro além”.(PASCAL. B., **Pensamentos**, edição eletrónica de Ridendo Castigat Mores, disponível em: <<http://charlezine.com.br/wp-content/uploads/Pensamentos-Pascal.pdf>>.

se ter obtido qualquer método de validação material das proposições axiológicas inerentes a este ramo jurídico, com os requisitos acima expostos.²⁵ Deste modo, a praticamente consensualidade (em termos da cultura jurídica em que nos movemos) do carácter fortemente histórico e cultural do direito (penal), com as suas inconsistências óbvias (relativismo axiológico), acaba por se tornar no corolário óbvio de tudo isto.²⁶

3.2 O lado empírico da ciência jurídico-penal

O direito penal, assim como toda a realidade jurídica não se resumem ao aspeto axiológico-normativo. Se assim fosse, o direito (penal) seria apenas uma parte da ética (jurídica).²⁷ Deste modo, aquilo que particulariza a realidade jurídico-penal antes de mais é a sua pretensão de para além de regular a realidade social assegurar uma real eficácia (dimensão empírica).²⁸ Noutros termos, tem-se em vista a efetividade das normas jurídico-penais. Assim, procura-se a partir dos dados empíricos, do modo de ser humano, escolher as espécies de consequências jurídico-penais e os processos da sua concretização no caso de os comandos normativos falharem. Esta tarefa revela-se igualmente insolúvel no plano epistemológico. Efetivamente e antes de mais, o problema torna-se hipercomplexo por via da introdução de aspetos axiológicos neste mesmo lado empírico. De facto, todas as consequências jurídico-penais estão ipso facto subordinadas a considerações axiológicas. Noutros termos, um óbvio princípio da proporcionalidade deve inevitavelmente estar aqui presente.²⁹ Portanto a partir

Acesso em: 26 de out. 2015) e ainda o anátema de KIRCHMANN “três palavras retificadoras do legislador convertem bibliotecas inteiras em lixo”. (KIRCHMANN J. **Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft**. (1848), citado de acordo com a reedição fac-símile de Hermann Klenner, Freiburg/Berlim, 1990, p. 23).

25 Cf. neste sentido MONTEIRO, C. Algumas reflexões epistemológicas sobre o Direito Penal, p. 761 e ss.

26 Assim, idem, p. 762. Sobre em geral o fenómeno jurídico, atente-se, por exemplo, a NEVES, ao escrever: “Os pensamentos revelam-se deste modo entidades culturalmente históricas. São função da concepção do direito e dos objectivos práticos específicos por que ele se orienta em cada época e nos diversos sistemas jurídicos. Mais do que isso, são função inclusivamente do sentido fundamental da cultura englobante, do sistema cultural global, porquanto aí se oferecem já os últimos referentes intencionais (o próprio sistema de valores que o direito assimilará), já as estruturas noéticas que nessas épocas condicionam as possibilidades de pensar abertas a qualquer pensamento integrado nesse mesmo universo cultural” (NEVES. C. **Metodologia jurídica: Problemas Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora. 1993, p. 49). Sobre mesmo a existência da irracionalidade no âmbito jurídico-penal, cf. MONTEIRO. C. Algumas reflexões sobre o Direito Penal a partir da Psicanálise. p. 80 e ss.

27 MONTEIRO. C. **Direito Penal I.**, p. 13.

28 Idem, p. 14.

29 Idem, ibidem; neste mesmo sentido cf. MONTEIRO, C. **Ética e direito penal**, p. 54-56; RODRIGUES, A. **Novo olhar sobre a questão penitenciária, estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 31-32.



destas duas coordenadas torna-se praticamente impossível estabelecer os meios simultaneamente mais eficazes de intervenção jurídico-penal e igualmente menos invasivos do ponto de vista axiológico (teoria do duplo limite). Desde logo, falha a possibilidade de decompor a realidade nos seus aspetos mais simples e testar a partir daqui a sua real eficácia.³⁰ Neste sentido, a imensa variabilidade de consequências jurídico-penais existente, quer num plano diacrónico, quer num plano sincrónico³¹ expressa esta mesma impossibilidade, que, de resto, é ainda mais acentuada pelo facto de o investimento em termos de controlo do crime ser politicamente cunhado e se revelar claramente insuficiente nesta tarefa,³² tudo se refletindo numa indesmentível ineficácia de todo o sistema de controlo criminal.³³ Nestes termos, a ciência jurídico-penal não o é.³⁴

4 A CIÊNCIA JURÍDICO-PENAL. PERSPETIVA A PARTIR DO QUADRO CONSTITUCIONALISTA DEMOCRÁTICO E SOCIAL

4.1 Introdução

No quadro das democracias ocidentais foram os textos constitucionais que traçaram as características fundamentais do direito penal moderno.³⁵ Desde o princípio da legalidade com os seus corolários conhecidos (princípios da irretroatividade, da

30 Neste sentido, MONTEIRO, C. As finalidades das penas no âmbito do Artigo 40.º do Código Penal. In: **Estudos em homenagem a Joaquim M. da Silva Cunha**. Porto: Fundação Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 1999, p. 326-327; **Algumas reflexões epistemológicas sobre o Direito Penal**, p. 759-760. De notar que as afirmações da eficácia ou ineficácia de um sistema penal podem ser meramente aparentes, por via do facto, por exemplo, de, no âmbito das afirmações de eficácia, poderem existir variáveis exteriores ao sistema desconhecidas a assegurarem a não violação dos seus comandos ou, no domínio das afirmações de ineficácia, por exemplo, estas assentarem na própria vontade do sistema (v.g., em consequência do funcionamento implícito de um princípio da oportunidade).

31 Para uma reflexão, entre outras, sobre esta diversidade, DUBBER, M. D.; FARMER, L. (Org.). **Modern histories of crime and punishment**. Critical perspectives on crime and law. Stanford: Stanford University Press, 2007, 352 p.

32 Ressaltando os custos elevadíssimos de um direito penal muito eficaz, SÁNCHEZ, S. **Eficiência e direito penal**. Tradução de Maurício António Ribeiro Lopes. Coleção de Estudos de Direito Penal. vol. 11. S. Paulo: Manole, 2004, p. 40-41.

33 Neste sentido, DIAS, F.; ANDRADE, C. **Criminologia, o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 365 e ss.

34 Já, por exemplo, LISZT o afirmava, considerando a ciência jurídico-penal como *mera arte ou habilidade* ["Man mag sie als Kunst bezeichnen (ars aequi ac boni) oder als Fertigkeit, wie man will"]. [LISZT, F. (1905) **Strafrechtliche, Aufsätze und Vorträge**, II. Berlin: Walter de Gruyter & Co, 1970, p. 78].

35 Neste sentido, BRITO, S. e. A Lei Penal na Constituição. In: **Estudos sobre a constituição**. 2. vol. Lisboa: Petrony, 1978, p. 197 e ss.; PALMA, F. **Direito constitucional penal**. Coimbra: Almedina, 2006, 198 p.



aplicação da lei mais favorável, entre outros)³⁶ até aos princípios da humanidade das penas ou da sua intransmissibilidade, passando pelos princípios da necessidade e proporcionalidade, para além de muitos outros, pode-se afirmar que todos eles inevitavelmente cunharam de forma clara os modernos direitos penais.³⁷ Sobre esta perspetiva pode-se afirmar que em certa medida os nossos atuais direitos penais são direitos constitucionais aplicados.³⁸

4.2 Os princípios da necessidade e proporcionalidade no quadro constitucional português

No quadro constitucional português considera-se antes de mais que o art. 18 nos seus nº 3 e 4 da Constituição Portuguesa consagra, quer o princípio da necessidade de intervenção jurídico-penal, quer o princípio da proporcionalidade.³⁹ Deste modo, e no puro plano dos conceitos daqui derivados, o direito penal só existiria se efetivamente se mostrasse necessário para a defesa do quadro axiológico de valores em que assenta. Esta ideia de necessidade seria cunhada por um princípio de proporcionalidade, de modo que as consequências jurídico-penais, para serem legítimas, deveriam, para além de ser eficazes, serem ao mesmo tempo as menos lesivas para os seus destinatários (princípio do duplo limite).⁴⁰

Como é bom de ver e pelas razões anteriormente referidas⁴¹ tal revela-se como uma pura utopia (proposições indecidíveis).⁴² No entanto, as incongruências neste

36 Sobre este, cf. MONTEIRO, C. Reflexões sobre o princípio da legalidade em matéria penal a partir do Artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa. In: **Direito na Lusofonia, diálogos constitucionais no espaço lusófono**, 3.º Congresso Internacional de direito na Lusofonia. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016, p. 181 e ss.; SILVA, G. M. da. **Direito penal português**, Parte Geral I, Introdução e Teoria da Lei Penal, 3. ed. Lisboa: Verbo, 2010, p. 255 e ss.

37 Sobre alguns destes princípios, MONTEIRO, C. **Consequências jurídicopenais do crime**. Braga: ELSA, 2015, p. 16-17.

38 Neste plano, BRITO afirma expressivamente: “O direito penal funda-se na Constituição no sentido de que as normas que o constituem, ou são elas próprias normas formalmente constitucionais, ou são autorizadas ou delegadas por outras normas constitucionais.” (BRITO, S. e. **A lei penal na constituição**, p. 197).

39 Neste sentido, entre outros, BRITO, idem, p. 200; COSTA, F. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 252 e ss.

40 Supra 3.2.

41 Supra idem.

42 O caráter de indiciabilidade destas proposições pode ainda ser ilustrado por juízos abstrativos sucessivos. Quaisquer modelos restritivos de bens jurídicos, por melhor que se apresentem (plano ascendente), poderão ser sempre contestados em função de outros putativamente mais adequados *ad infinitum*, ou até à pura ausência de quaisquer modelos de caráter limitador de interesses jurídicos, que ainda assim poderão ser questionáveis face à hipotética possibilidade



plano não ficam por aqui. Quer a doutrina dominante, quer a jurisprudência têm um pensamento neste domínio assaz curioso.

4.2.1 Posição da doutrina portuguesa neste âmbito

A ideia fundamental da doutrina dominante portuguesa neste plano é a de considerar, desde logo na esteira dos juristas alemães,⁴³ existir um amplo poder discricionário do legislador em matéria de definição de crimes (conteúdo normativo) e das suas correspondentes consequências jurídico-penais.⁴⁴ Salvo situações extremas,⁴⁵ caberá por princípio ao legislador ordinário o poder legitimado de agir neste âmbito de forma muito ampla como referimos.

4.2.2 Posição do Tribunal Constitucional Português

O tribunal Constitucional Português segue também neste âmbito e na linha do tribunal constitucional alemão⁴⁶ a ideia de um controlo minimalista no plano da definição do conteúdo normativo e sancionatório jurídico-penal.⁴⁷

4.2.2.1 Algumas considerações críticas sobre este último posicionamento

Compreende-se em certa medida este posicionamento por parte dos citados tribunais constitucionais. Não somente pelo facto da sua dependência do poder político em termos de eleição dos seus magistrados (algo que até poderia ser aqui

de daqui poderem resultar infrações aos mesmos interesses... A própria afirmação de ineficácia do sistema (plano descendente) pode igualmente gerar problemas semelhantes face a possíveis sistemas alternativos mais adequados, ou assentar mesmo numa vontade implícita do sistema (supra n. 29).

43 ROXIN, C. Strafrecht, AT, Grundlagen, **Der Aufbau der Verbrechenslehre**. vol. I, 4. ed. München: C.H. Beck, 2006, p. 47.

44 Neste sentido, DIAS, F. **Direito penal I**, p. 129-131. Sobre esta conceção, a partir da ideia originária de Canaris de *proibição da insuficiência*, CANARIS, C.-W. Grundrechte und Privatrecht. **Archiv für die zivilistische Praxis**, vol. 184, p. 228, 1984.

45 Afirmando a “possível obrigatoriedade”, fundada no estado de direito democrático em sentido material e condicionada, em concreto, por um raciocínio argumentativo de base empírica sobre a necessidade da pena”, PALMA, F. **Direito constitucional penal**, p. 56.

46 Sobre este, cf., por exemplo, o Acórdão de 25-02-75. In: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BverfGE), 39, 1, p. 46 e SS.

47 Neste sentido, cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 85/85. In: **Acórdãos do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, vol. 1, p. 254 e ainda o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/2010. In: **Acórdãos do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, vol. 77, p. 166.



ignorado), mas principalmente pelos escolhos epistemológicos e de legitimidade neste âmbito presentes. Efetivamente e antes de mais, como saber da (in)eficiência ou da (des)proporção de determinado tipo de tutela jurídico-penal, particularmente tendo em consideração reais ou putativas alternativas de intervenção?⁴⁸ Depois, não obstante isto, enveredar plenamente pelo caminho da assunção de proposições de política criminal, afirmando, por exemplo, a ineficácia de um sistema penal tout court em favor de um outro putativamente melhor, implicaria cair-se facilmente num *slippery slope*, onde para além de não se oferecerem soluções realmente viáveis, se poderia também facilmente invadir a esfera do poder legislativo levantando inevitáveis questões de legitimidade democrática no plano da separação de poderes (*república dos juízes*). Fica, contudo, ainda na perspetiva jurisprudencial, por explicar as afirmações (ainda que em casos extremos) de ilegitimidade ou legitimidade da incriminação ou não incriminação de condutas à luz dos princípios em causa.

4.2.3 Concretizações práticas dos princípios em causa

4.2.3.1 Referência prévia ao princípio de reserva de lei em matéria penal

Nos termos do art. 165.º 1, a. c) da Constituição Portuguesa cabe à Assembleia da República legislar sobre matéria penal podendo, no entanto, delegar no Governo para tal (competência relativa). Portanto serão deputados, comuns cidadãos eleitos pelo povo e com grande possibilidade de conformação legiferante a legislar ou a autorizar o governo a fazê-lo. Não é nestes termos difícil perceber que um processo desta natureza implique um resultado final imbuído de múltiplas incongruências, limitações de vária índole, etc. Noutros termos, temos cidadãos comuns a legislar direta ou indiretamente mediante critérios que se poderão afastar mais ou menos da realidade ou do ideal de um direito penal efetivamente necessário e proporcional.⁴⁹

4.2.3.2 A concretização do conteúdo jurídico-penal inerente ao direito penal positivado

Uma vez estabelecido neste domínio um quadro normativo positivado, cabe a sua concretização a um conjunto multifacetado de operadores judiciais. Estes poderão antes de mais ser agentes da administração pública (funcionários públicos, judiciais, polícias, etc.), como também magistrados (ministério público, juízes). Por outro lado, a isto juntam-se outros agentes: defensores, peritos, vítimas, arguidos, assistentes, etc. Se a tudo isto juntarmos a óbvia porosidade das leis penais, processuais penais, de execução, etc., facilmente poderemos

⁴⁸ Supra 3.1. /2 e n. 41.

⁴⁹ Para uma análise do fenómeno jurídico-penal a partir do discurso numa perspetiva psicanalítica e antropológica, MONTEIRO, C. Algumas reflexões sobre o Direito Penal a partir da Psicanálise, p. 85 e ss.



concluir que o resultado em causa se caracterizará por mais ou menos caoticidade, incongruências, subjetividade, etc.⁵⁰

4.2.3.3 O espaço para a ciência jurídico-penal a partir deste paradigma

No contexto em causa, o que se pode considerar como ciência jurídico-penal? Efetivamente a resposta a dar neste âmbito é necessariamente limitada. Na realidade o que a doutrina penal tem para oferecer neste plano é muito pouco.

Em primeiro lugar, como já deixámos dito, a criação da legislação cabe a entes legitimados direta ou indiretamente pelo sufrágio democraticamente ancorado. A sua atuação neste plano pauta-se por amplos critérios de conformação constitucional como também já referimos.

Em segundo lugar, a aplicação do direito legislado cabe a um conjunto heterogêneo de entidades, também gozando de uma margem maior ou menor de conformidade para com os textos legais.⁵¹

É deste modo a partir dos resultados desta atividade que a doutrina penal se vai manifestar. Por um lado, vai fazê-lo sem qualquer poder legal.⁵² Portanto o valor das suas ações será meramente opinativo. Depois o produto da sua atividade tanto pode provir da emissão de simples opiniões de caráter subjetivo,⁵³ como de estudos mais ou menos credíveis sobre as realidades criminológicas,⁵⁴ passando pela interpretação e sistematização o direito vigente.⁵⁵ Finalmente, e mais importante do que referimos, é o facto de, quer no que toca ao aspeto axiológico, quer no que diz respeito ao lado empírico, não dispormos de critérios cientificamente validados de quaisquer asserções que possamos fazer.⁵⁶ Noutros termos, não podemos negar o caráter obviamente ideológico que a realidade jurídico-penal apresenta.⁵⁷

50 Neste sentido, DIAS, F.; ANDRADE, C. **Criminologia, o homem delinquente e a sociedade criminógena**, p. 365 e ss.; MONTEIRO, C., idem, p. 80 e ss.

51 Apontando para as diferenças quantitativas e qualitativas entre o direito legislado e o concretamente aplicado, DIAS, F.; ANDRADE, C, idem, p. 67-70.

52 Lembremos o romano *Ius Publice Respondendi*...

53 De notar que esta subjetividade comporta naturalmente o preconceito, o lugar-comum, a ideologia, a inverdade, algo de comum a todo o discurso das denominadas ciências sociais, por via das suas insuficiências epistemológicas que já anteriormente referimos, neste sentido, MONTEIRO, C, *Algumas Reflexões epistemológicas sobre o Direito Penal*, p. 759-760.

54 Algo que pode abranger, para além da ciência jurídico-penal, quer a política criminal, quer também a criminologia.

55 Para uma panorâmica neste plano do essencial do pensamento jurídico dominante alemão, JESCHECK, H.-H.; WEIGEND, T. **Lehrbuch des Strafrechts**, AT, 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 42-43.

56 Supra 3.1. /2 e n. 41.

57 Algo que se torna muito óbvio também a partir do paradigma liberal do direito penal e mais



Efetivamente do que aqui se trata é, antes de mais, de estabelecer fundamentos não cientificamente validados e, portanto, sujeitos a múltiplos condicionalismos: políticos, culturais, idiossincráticos, etc. Estes fundamentos vão depois ser desenvolvidos mais ou menos anarquicamente, quer em termos legiferantes, quer na sua aplicação concreta. A esta anarquia efetiva, não pode manifestamente a doutrina opor o melhor dos mundos, pela referida incapacidade epistemológica.

Significativo neste domínio é o facto de, quer a doutrina, quer a jurisprudência constitucional nunca terem feito uma análise verdadeiramente epistemológica sobre no fundo a existência e a legitimidade do direito penal a partir dos citados preceitos da Constituição Portuguesa e se viciem num discurso contraditório, porque, depois de afirmarem sem mais a existência dos princípios em causa, remetem para o legislador a sua quase total liberdade de os conformarem, abrindo, por outro lado, exceções dificilmente explicáveis a partir desta linha de posicionamento e portanto tornando-se ipso facto exangues de significado.

5 CONCLUSÃO

A Constituição Portuguesa estabelece no seu art. 18.º 2 e 3 os princípios da necessidade e proporcionalidade inerentes a qualquer intervenção jurídico-penal. No entanto, a sua concretização prática revela problemas epistemológicos insolúveis, derivados do carácter largamente indecível destes preceitos, que nunca foram devidamente considerados, nem pelos operadores judiciais, nem pela doutrina que sobre eles se pronunciou.

Tal expressa, por outro lado, o carácter fortemente ideológico que a ciência jurídico-penal apresenta, ou melhor designada, dogmática jurídico-penal.⁵⁸

REFERÊNCIAS

AUROUX, S.; WEIL, Y. **Dicionário de filosofia**: temas e autores. Tradução de Miguel Serras Pereira. Porto: ASA, 1997.

BEHE, M. J. **Darwin's Black Box**: The Biochemical Challenge to Evolution. New York: Free Press, 2006, 352 p.

BISWAS, T. **Quantum Mechanics**: Concepts and Application. New Platz, New York: Physics Department, State University of New York at New Paltz, 2003.

recentemente do estado social, neste sentido, cf. art. 24 e ss. da Constituição Portuguesa.

58 De notar que esta última designação se afigura mais adequada à natureza intrínseca do direito penal, pois do que aqui se trata fundamentalmente é de partir de proposições de base não demonstráveis (dogmas) para se realizar o seu posterior desenvolvimento, de resto, de forma mais ou menos caótica, como já deixámos referido e ao contrário das ciências matemáticas, que apesar de apresentarem problemas também epistemologicamente insolúveis no plano axiomático (lembramos as proposições indecidíveis, COEHEN, P. J. **Set Theory and the Continuum Hypothesis**. USA: Dover Publications, 2008, 190 p.), se revelam formalmente coerentes.



- BLACKBURN, Simon. **Dicionário de filosofia**, MURCHO, D. (Coord.). Tradução de Desidério Murcho et. al. Lisboa: Gradiva, 1997.
- BLY, Adam (Coord.). **Science is Culture: Conversations at the New Intersection of Science+ Society**. USA: Harper Perennial, 2010, p. 386.
- BRIGGLE, A.; MITCHAM, C. **Ethics and Science**. Cambridge: Cambridge University Press, (Kindle Edition), 2012, 1899 KB.
- BRITO, S. e. A Lei Penal na Constituição. In: **Estudos sobre a Constituição**. 2. vol. Lisboa: Petrony, 1978.
- COEHEN, P. J. **Set Theory and the Continuum Hypothesis**. USA: Dover Publications, 2008.
- COSTA, F. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- DIAS, F.; ANDRADE, C. **Criminologia, o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- DUBBER, M. D.; FARMER, L. (Org.). **Modern histories of crime and punishment**. Critical perspectives on crime and law. Stanford: Stanford University Press, 2007.
- FEYNMANN, R. P. **O que é uma lei física**. Tradução de Carlos Fiolhais. 2. ed. Lisboa: Gradiva, 2000.
- FORD, K. M.; GLYMOUR, C.; HAYES, P. J. (ed.). **Thinking about Android Epistemology**. Massachusetts: MIT Press, 2006.
- HANSON, N. R. **Patrones de descubrimiento**. Observación y explicación. Madrid: Alianza, 1977.
- HAWKING, S. **Breve história do tempo: do big bang aos buracos negros**. Tradução de Ribeiro da Fonseca. Revisão, adaptação do texto e notas de José Félix da Costa. 4. ed., 1996.
- KANT, I. **Kritik der reinen Vernunft**. German. [S.l.] CreateSpace Independent Publishing Platform, 2016.
- KIRCHMANN J. **Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft**. (1848), citado de acordo com a reedição fac-símile de Hermann Klenner, Freiburg/Berlin, 1990.
- KOFFKA, K. **Perception: An Introduction To The Gestalt Theory: A Classic Article in the History of Psychology**. ed. WEBB, David (Kindle Editon), 2014.
- LAPLACE, P. S. **Éssai philosophique sur les probabilités**. Paris: Christian Bourgois, 1986.
- LISZT, F. (1905) **Strafrechtliche, Aufsätze und Vorträge**, II. Berlin: Walter de Gruyter & Co, 1970.
- MONTEIRO, C. Algumas reflexões epistemológicas sobre o Direito Penal, ANDRADE, C., et al. (Org.). **Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. v. 2.
- MONTEIRO, C. Algumas reflexões sobre o direito penal a partir da Psicanálise. **Revista Jurídica da Universidade Portucalense**, v. 15, p. 69-88, 2012.
- MONTEIRO, C. As finalidades das penas no âmbito do Artigo 40.º do Código Penal. In: **Estudos em homenagem a Joaquim M. da Silva Cunha**. Porto: Fundação Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 1999.



MONTEIRO. C. **Consequências jurídicopenais do crime**. Braga: ELSA, 2015.

MONTEIRO. C. **Direito penal I**. Braga: ELSA UMINHO. 2015.

MONTEIRO, C. **Ética e direito penal**: reflexões epistemológicas sobre as relações entre ética e direito penal em face do direito positivo português. In: Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho – Ética e Direito. Tomo II, Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2014.

MONTEIRO, C. Reflexões epistemológicas sobre a liberdade enquanto possível pressuposto do agir humano e sua (ir)relevância para a construção do jurídico. In: **Anuário publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho – Responsabilidade e cidadania**. Tomo I, Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2012.

MONTEIRO, C. Reflexões sobre o princípio da legalidade em matéria penal a partir do artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa. In: **Direito na Lusofonia, Diálogos constitucionais no espaço lusófono**, 3.º Congresso Internacional de Direito na Lusofonia. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016.

NEVES. C. **Metodologia jurídica**: Problemas Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora. 1993.

PALMA, F. **Direito constitucional penal**. Coimbra: Almedina, 2006.

PASCAL. B. **Pensamentos**, edição eletrónica de Ridendo Castigat Mores, disponível em: <<http://charlezine.com.br/wp-content/uploads/Pensamentos-Pascal.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2015.

POPPER. K. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Silveira da Mota. 17. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2010.

POPPER, K. **Conjectures and Refutations**. London: Routledge and Keagan Paul, 1963.

SÁNCHEZ, S. **Eficiência e direito penal**. Tradução de Maurício António Ribeiro Lopes. S. Paulo: Manole, 2004. Coleção de Estudos de Direito Penal. v. 11.

SILVA, G. M. da. **Direito Penal Português, Parte Geral I, Introdução e Teoria da Lei Penal**, 3. ed. Lisboa: Verbo, 2010.

Acórdãos

Acórdãos do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, vol. 1 (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 85/85)

Acórdãos do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, vol. 77 (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/2010)

Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BverfGE) 39, 1 (acórdão de 25-02-75)



A PÓS-VERDADE E A RECONFIGURAÇÃO DA TENSÃO DIALÉTICA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL¹

Flávia Novera Loureiro²

1 A PÓS-VERDADE: INTRODUÇÃO AO OBJETO

Pós-verdade (*post truth*)³ foi eleita a palavra do ano de 2016 pela *Oxford Dictionaries*, pretendendo significar ou estar relacionado com as situações em que os factos objetivos são menos influentes na formação da opinião pública do que os apelos à emoção e crença pessoal.⁴

Esta escolha veio apenas, na verdade, identificar certeiraamente uma das palavras mais utilizadas no passado ano de 2016, comumente associada a fenómenos políticos recentes, encapsulados de modo genérico, simplista e pouco cuidado debaixo da definição de populismo e que conheceram o seu clímax com a recente eleição de Donald Trump como Presidente dos Estados Unidos da América.⁵ Se, todavia, esse terá sido o seu ponto alto, momento máximo de «democratização» do vocábulo, que se disseminou por todo o mundo à velocidade própria das redes sociais transformadas em novos meios de comunicação, a verdade é que já vários meses antes pós-verdade havia adentrado a linguagem sociopolítica, franqueando o umbral da velha Europa através do referendo britânico relativo à saída da União Europeia, que viria a ficar conhecido por *Brexit*.

1 O texto que ora se apresenta corresponde, com pequenas modificações (sobretudo resultantes da adição das notas de pé de página), àquele que se apresentou oralmente no IV Congresso Internacional de Direito da Lusofonia, subordinado ao tema “O Alcance dos Direitos Humanos nos Estados Lusófonos”, que decorreu no Superior Tribunal Militar, em Brasília, nos dias 6 a 8 de março de 2017. Não podemos deixar de agradecer, neste momento, ao Senhor Ministro Presidente deste Superior Tribunal Militar, Tenente-Brigadeiro do Ar William de Oliveira Barros, e, em especial, à Senhora Ministra Coordenadora do IV Congresso de Direito da Lusofonia, Doutora Maria Elizabeth Teixeira Rocha, o gentil convite que nos endereçaram para palestrar naquele Congresso.

2 Doutora em Ciências Jurídicas. Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho, Portugal.

3 Na verdade, a palavra escolhida foi um adjetivo, pelo que se traduziria mais apropriadamente talvez por pós-verdadeiro – uma vez, porém, que tal expressão não é muito usada em língua portuguesa, perder-se-ia, segundo julgamos, o sentido que aquela escolha pretendia alcançar.

4 Na definição fornecida pela *Oxford Dictionaries*, “*post truth is an adjective relating to or denoting circumstances in which objective facts are less influential in shaping public opinion than appeals to emotion and personal belief*”. Cf. <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/post-truth>>

5 Não estamos aqui a tomar posição a respeito de tratar-se ou não de efetivo populismo (conceito, por si só, de definição extraordinariamente difícil) nem a tecer comentários – que não quadram num trabalho desta natureza – a respeito dos atos eleitorais norte-americanos.



Num em noutro caso – e em tantos outros a propósito dos quais agora se tem lançado mão desta palavra⁶ – quer-se chamar a atenção para um dos elementos de uma realidade verdadeiramente paradoxal do nosso tempo: se, por um lado, se generalizou à escala mundial o acesso praticamente instantâneo a todo o tipo de informação, agora à distância de um clique, assistindo-se à verdadeira vertigem da comunicação (pense-se que hoje a maioria das pessoas assinala como sua fonte de aquisição de notícias as redes sociais, em particular o *facebook*)⁷; por outro, as pessoas parecem cada vez mais alheadas do conteúdo desses dados, confundindo afirmação com verdade, informação com conhecimento, discurso com racionalidade, fazendo prevalecer, afinal, o efeito sobre a substância.

Facilmente se compreende, pois, porque razão a pós-verdade foi rapidamente alocada a uma específica discursividade política, vulgarmente catalogada como populismo, e em que se apela, sobretudo, ao medo irracional dos cidadãos e aos seus instintos protetores básicos, de modo a legitimar intervenções e medidas que, de outro modo, seriam encaradas como desproporcionais ou, mesmo, violadoras do *acquis* humanitário universal. Diz-se, nessa medida, que a pós-verdade tem vindo a desempenhar um papel fundamental na comunicação desse ideário, ao afastar-se dos factos, abandonar as exigências da racionalidade, produzir até informação falsa e afirmá-la como autêntica. Pós-verdade, portanto, diríamos de modo simples, porque a verdade já não importa, foi ultrapassada e abandonada, substituída pela convicção individual, ainda que totalmente desfasada dos factos.

Deve sublinhar-se, todavia, que esta leitura assimilatória entre pós-verdade e populismo político⁸ recente é não só desadequada (uma vez que, como tentaremos demonstrar, não lhe é exclusiva) como, em tanta medida, manipulada e distanciada – também ela – da realidade dos factos. Na verdade, o recurso sistemático à expressão – que se situou no pós-referendo do *Brexit* – quis sublinhar, em particular, a atuação dos meios de comunicação social e dos *opinion makers* que vinham insistindo continuamente na vitória do «não», ou (para quem entenda benevolmente) cegos à realidade que se ia impondo, ou (para quem opte por uma visão mais crítica) tentando influenciar diretamente essa realidade, afirmando-se como quarto poder, na convicção de que poderiam ainda mudar o rumo dos acontecimentos. Não nos

6 Como afirmámos, a designação de pós-verdade tem-se disseminado no discurso mediático internacional, caracterizando já uma específica cultura política, também conhecida por política pós-factual.

7 Cf. os dados muito interessantes constantes do estudo *Digital News Report 2016*, levado a cabo pelo *Reuters Institute* a este propósito: <[http://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/Digital-News-Report 2016.pdf?utm_source=digitalnewsreport.org&utm_medium=referral](http://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/Digital-News-Report%202016.pdf?utm_source=digitalnewsreport.org&utm_medium=referral)>

8 Que, como dissemos já, é um dos termos mais controversos da literatura política, não agregando consensos e sendo utilizado com distintos significados. Ainda assim, sempre se dirá que está em causa, usualmente, uma forma de exercício do poder, mais do que um seu conteúdo específico. Assenta num líder carismático, que aposta no contacto tão direto quanto possível com as massas, para cujos sentimentos apela, ultrapassando as estruturas políticas representativas, como os partidos.



interessando aqui avançar mais na fenomenologia social e política – nem adentrar aprofundadamente nas suas causas –, sempre se recordará (por dever de verdade) que o mesmo se passou na campanha para as eleições norte-americanas.

Esta pós-verdade, portanto, em que o transato ano de 2016 foi tão fértil, correspondeu, em primeira linha, não a um discurso político de tentativa de ascensão ao poder por parte de minorias populistas e demagógicas (afirmação que já leva em si, na verdade, um preconceito cientificamente inaceitável a propósito desta linha política), mas a uma atuação do poder instalado, no sentido de negar ou obstaculizar o aparecimento ou recrudescimento destas forças.

Por outro lado, sempre teremos de considerar que a primeira vez, porém, que a expressão pós-verdade terá sido utilizada com o significado que agora se crismou nada tem que ver com estes recentíssimos fenômenos políticos. Parece ter sido Steve Tesich, um dramaturgo de origem sérvia⁹ naturalizado norte-americano, quem terá inaugurado a utilização do conceito, num ensaio publicado em 1992 no jornal *The Nation*,¹⁰ relativo ao caso Irão-Contras, ocorrido durante a presidência Reagan, e à Guerra do Golfo.¹¹ Alguns anos mais tarde, em 2004, Ralph Keyes acaba mesmo por escrever um livro intitulado “A Era da Pós-Verdade”, desta vez voltado a refletir sobre a segunda guerra do Iraque.¹² Vejamos, portanto, que, num e noutro caso, o surgimento da expressão esteve relacionado com o poder e o seu exercício, muitas vezes abusivo ou pouco justificado, legitimado publicamente com recurso a argumentos pouco válidos ou, mesmo, que vieram a demonstrar-se falsos. Anotemos, igualmente, que a utilização da expressão pós-verdade tem já, diga-se, um quarto de século, muito embora se tenha vulgarizado recentemente, não se tratando, por isso, de um efetivo neologismo associado ao *Brexit* ou às eleições presidenciais norte-americanas.

2 A VERDADE, A PÓS-VERDADE E O PROCESSO PENAL

Ora, perguntar-se-á porventura, o que terá tudo isto que ver, ainda que remotamente, com o direito penal e processual penal?

9 Na verdade, nascido na ex-Jugoslávia, no território que agora pertence à Sérvia.

10 Publicado em janeiro de 1992, sob o título **The Watergate Syndrome - A Government of Lies**: <<https://drive.google.com/file/d/0BynDrdYrCLNtdmt0SFZFEGMtZUFsT1NmTGVTQmc1dEpmUC1z/view>>.

11 Muito impressivamente, Steve Tesich afirma: “*The implications are even more terrifying than this. We are rapidly becoming prototypes of a people that totalitarian monsters could only drool about in their dreams. All the dictators up to now have had to work hard at suppressing the truth. We, by our actions, are saying that this is no longer necessary, that we have acquired a spiritual mechanism that can denude truth of any significance. In a very fundamental way we, as a free people, have freely decided that we want to live in some post-truth world*”.

12 Ralph Keyes, **The Post-Truth Era, Dishonesty and Deception in Contemporary Life**, New York: St. Martin's Press, 2004.



Julgamos, de facto, que não poderá passar indiferente a um penalista este novo fenómeno – linguístico, pelo menos, quiçá mesmo, social e político – que se formou em torno de um dos conceitos fundamentais do processo penal, a verdade.¹³ Constituindo a verdade elemento nuclear de todo o processo, não pode senão gerar-nos alguma perplexidade e interrogação, e remeter-nos a uma reflexão mais profunda, falar-se agora rotineira e quase comezinhoamente em pós-verdade. Constituirá este novo conceito um significante que tenha ou deva assumir dimensão específica no direito processual penal?

A importância da verdade enquanto finalidade intrínseca a toda a demanda penal é inegável e não necessita já de nenhuma explicitação. O processo penal tende à descoberta da verdade, uma verdade que, sendo material, como nos diz a doutrina mais autorizada, não é nem poderia ser ontológica, mas necessariamente funcionalizada, processualmente válida. É, portanto – como é primordial não esquecer –, uma verdade que não se pretende a todo o custo, mas que apenas pode ser procurada validamente dentro do respeito pelas garantias fundamentais do cidadão, que necessariamente limitam a intervenção estatal ao impor-lhe uma específica atuação conformada pelos valores constitucionais vigentes.¹⁴

Um direito processual penal próprio de um Estado de Direito democrático não pode senão assentar no princípio da presunção de inocência,¹⁵ decorrência fundamental da própria dignidade humana, que impõe o tratamento daquele que seja visado pela persecução penal como sujeito e não como objeto e lhe garante um

13 A respeito da «verdade» no processo penal muito se tem dito e escrito. Cf., por todos, entre nós, DIAS, Jorge de Figueiredo, **Direito Processual Penal**, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 187 e ss.; MONTEIRO, Fernando Conde, “O Problema da Verdade em Direito Processual Penal (Considerações Epistemológicas)”, In: **Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português**, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 321-332; SILVA, Germano Marques, **Curso de Processo Penal II**, Lisboa: Editorial Verbo, 2002, p. 115 e ss.; MONTE, Mário Ferreira, **Direito Processual Penal Aplicado**, Braga: Associação de Estudantes de Direito da Universidade do Minho, 2017, p. 107 e ss.; MONTE, Mário Ferreira; LOUREIRO, Flávia Novessa, **Direito Processual Penal - Roteiro de Aulas**, 2.ª ed., Braga: AEDUM, 2014, p. 38 e ss. e p. 164 e ss.

14 Cf., entre nós, por todos, DIAS, Jorge de Figueiredo, **Direito Processual Penal**, Coimbra: Coimbra Editora, 2004 (reimpressão 1. ed. 1974), p. 40 e ss.

15 Sobre a presunção de inocência enquanto decorrência fundamental de um processo penal próprio de um Estado democrático, cf., entre nós, DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa, **O Direito à Não Auto-Incriminação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português**, Coimbra: Coimbra Editora, 2009; DIAS, Jorge de Figueiredo/ANDRADE, Manuel da Costa, “Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas”, In: **Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova**, Coimbra: Almedina, 2009, p. 11-56; COSTA, Joana, “O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, **Revista do Ministério Público**, 128, 2011, p. 117-83; SÁ, Liliana da Silva, “O dever de cooperação do contribuinte versus o direito à não auto-incriminação”, **Revista do Ministério Público**, 107, 2006, p. 121-63.



núcleo inarredável de direitos e liberdades.¹⁶

Esta compreensão de verdade – naturalmente distinta daquela que marcaria, por exemplo, um modelo processual penal de matriz inquisitória – traduz, por isso, não uma verdade a qualquer custo, mas uma necessária concordância prática entre a descoberta da verdade material (o esclarecimento dos factos objeto do processo de modo a averiguar se houve crime e quem foi o seu agente) e a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos (do arguido e de todos nós enquanto membros de uma comunidade).¹⁷ Preciso se torna, por isso, compreender que esta concatenação entre as duas referidas finalidades, tendo em vista a pacificação social, implica que nenhuma delas se cumpra em absoluto, antes que cada uma terá, porventura, de ceder um pouco para que a outra se possa acomodar. Neste sentido exato se devem ler, efetivamente, institutos que são muitas vezes mal compreendidos, como por exemplo as proibições de prova,¹⁸ o direito ao silêncio do arguido¹⁹ ou o privilégio de não autoincriminação.²⁰

Faça a este enunciado sintético e fundamental da natureza, função e legitimidade de intervenção do direito processual penal num Estado de Direito democrático, poder-se-á aqui falar em pós-verdade? Fará sentido discutirmos a relevância deste conceito à luz dos postulados que acabámos de identificar?

Parece-nos, na realidade, que de há muito este conceito adentrou (ao menos em parte) o processo penal, muito embora possamos não ter a consciência de

16 Cf. o que a este propósito dissemos já em LOUREIRO, Flávia Novera, “A segurança e o direito penal: os modelos de intervenção penal entre a mudança e a rutura”, In: **Estudos em Homenagem ao Professor Heinrich Ewald Hörster**, Coimbra: Almedina, 2012, p. 1241-1257.

17 Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, **Direito Processual Penal** (*Lições coligidas por Maria João Antunes*), Coimbra: Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988/1989. p. 28.

18 Cf., em Portugal, por todos, as considerações de ANDRADE, Manuel da Costa, **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**, Coimbra: Coimbra Editora, 2013; no Brasil, ver, entre outras, as reflexões de PRADO, Geraldo, **Prova penal e sistema de controlos epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**, São Paulo: Marcial Pons, 2014; e SANTIAGO, Nestor Edurado Araruna (Coord.), **Proibições probatórias no processo penal: análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional**, Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

19 Importantes as reflexões de VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, “Os Direitos e Liberdades Fundamentais Pessoais como Barreira “Intransponível” na Produção de Prova Penal”, In: **Prova Penal - Estado Democrático de Direito**, Lisboa: Rei dos Livros/ Empório do Direito, 2015, p. 125-148.

20 Ver DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. **O Direito à Não Auto-Incriminação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português**, Coimbra: Coimbra Editora, 2009; “O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, **Revista do Ministério Público**, 128, 2011, p. 117-83; e LOUREIRO, Flávia Novera. “O direito fundamental à não autoincriminação – essência, refrações e configuração moderna no espaço lusófono”, In: **Direito na Lusofonia. Diálogos constitucionais no espaço lusófono – vol. II**, Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, p. 21-29.



que assim é, ou apesar de não o termos batizado de pós-verdade. Instalou-se, mais largamente, em alguns segmentos da nossa ciência criminal como um todo, reformulando a política criminal atual e marcando mais impressivamente (o que por si só é já significativo) o direito processual penal.

De há algumas décadas a esta parte, de facto, mas muito em particular pós-atentados de Nova Iorque e Madrid,²¹ se vem instalando um discurso pró-securitário, endurecedor da reação penal e dos instrumentos de perseguição criminal, de que o *Patriot Act* estadunidense configura apenas a ponta do icebergue. Um pouco por todo o mundo, como bem se sabe, foram aprofundados os mecanismos legais de prevenção e repressão da criminalidade, diminuídas garantias dos cidadãos face à intervenção pública e aumentada a atividade policial investigatória e pré-investigatória a patamares nunca antes vistos (nem, até aí, aceitáveis).²² Começava já a estabilizar este estado de coisas (não sem que muitos o denunciassem como intolerável e outros tantos exigissem o seu aprofundamento), quando uma nova modulação foi introduzida nesta narrativa, exacerbando porventura ainda mais aquele estado de coisas. A crise da dívida soberana trouxe consigo uma crise económica mais ou menos generalizada; os conflitos localizados – sobretudo na Síria e na Líbia – geraram uma crise de refugiados e migrantes porventura sem precedentes; um conjunto de atentados e atos criminosos de grande repercussão pública tiveram lugar e foram atribuídos ao denominado terrorismo islâmico. Para lá das leituras de interpenetração e implicação mútua que possam fazer-se entre estes três fenómenos, parece-nos sintomático sublinhar a centralidade que a Europa assumiu em todos eles – de facto, erigindo-se o continente europeu tão rotineiramente em baluarte último da proteção dos direitos humanos, não deixa de ser particularmente significativo e preocupante assinalar o modo como se têm vindo a colocar em causa alguns dos adquiridos fundamentais da nossa mundividência.

Ora, a verdade é que, dentro deste quadro circunstancial, tem-se imposto progressivamente um discurso alicerçado no risco da atual vida comunitária,²³ na

21 Ocorridos em 11 de setembro de 2001 e em 11 de março de 2004, respetivamente. Enquanto o primeiro foi oficialmente atribuído à organização terrorista al Qaeda, o segundo teve a sua autoria atribuída a uma célula terrorista inspirada naquele grupo, mas sem que tenha havido participação direta dele.

22 Como mero exemplo desta tendência, permita-se-nos chamar à colação, para lá do referido *USA Patriot Act* – decreto aprovado a 26 de outubro de 2001, que, entre diversas outras medidas, veio permitir que os órgãos de segurança ou inteligência dos EUA intercetassem ligações telefónicas e e-mails de organizações e pessoas supostamente envolvidas com o terrorismo, sem necessidade de qualquer autorização judiciária –, para as alterações introduzidas, por exemplo, no Reino Unido, onde foi aprovado, em 19 de novembro de 2001, o *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*, incorporando medidas que haviam sido rejeitadas no *Terrorism Act* anterior.

23 A leitura de BECK, Ulrich **Society: towards a new modernity**, London: Sage Publications, 1992, tornou-se ainda mais relevante, ao contrário do que poderia imaginar-se algumas décadas depois da publicação da sua obra (publicada em 1986 sob o título original **Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Modern**). Da nossa parte, alertávamos já para este problema em LOUREIRO,



necessidade de proteção dos cidadãos de cada país (mesmo quando seja contra ou em prejuízo dos cidadãos de outro), na ampliação da possibilidade de ocorrência quotidiana de atentados e ataques «terroristas», na importância de controlarmos a entrada de pessoas «indesejáveis» em determinadas fronteiras, na exigência de um «combate» mais apertado contra o crime. Tudo, portanto, afirmações que vêm sendo apresentadas como factos verdadeiros e indesmentíveis, mesmo quando não acompanhadas de dados científicos que as corroborem, a legitimar, afinal, uma intervenção mais ampla do legislador e do aplicador, no sentido, num e noutro caso, de estreitar os direitos fundamentais dos cidadãos e alargar, por oposição, o âmbito e a profundidade da intervenção estatal – particularmente, da policial.

3 A TENSÃO DIALÉTICA ENTRE SEGURANÇA E PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: TENDÊNCIAS ATUAIS

Não corresponderá, pois, esta descrição a um fenómeno de pós-verdade dentro do direito processual penal? Não estamos, também aqui, frente à utilização de um discurso mediático enfatizado, divorciado dos factos ou, pelo menos, não inteiramente congruente com eles, que pretende convencer o destinatário através de sentimentos de medo e insegurança, fazendo com que se deixe de parte ou se coloque em segundo plano a razão? Não assistiremos – naquele que devia ser o último reduto da intervenção estatal – a um arredamento da realidade, a uma sobreposição do efeito ao conteúdo, capaz de fazer soçobrar conquistas essenciais do Estado de Direito democrático e do processo penal que o deve caracterizar?

Pensemos em alguns exemplos concretos, para afastar o ceticismo daqueles que entendam que também a nossa leitura padece da enfermidade que pretendemos apontar.

Desde o 11 de setembro temos vivido uma tremenda complexificação das regras relativas ao tráfego aéreo comercial. Para lá de todos os controlos e limites a que agora estão sujeitos os utilizadores deste meio de transporte, têm vindo a aprofundar-se muitíssimo os sistemas de bases de dados relativos a passageiros, recolhendo cada vez mais informações sobre cada um de nós e ampliando as possibilidades de transmissão desses elementos. De há muito se vinha discutindo na União Europeia,²⁴

Flávia Novera, “A (i)mutabilidade do paradigma processual penal respeitante aos direitos fundamentais em pleno século XXI”, In: **Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português**, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 269-289.

24 Nos EUA havia sido aprovada, em novembro de 2001, legislação que impunha às companhias aéreas que voassem, de, para ou através do seu território que fornecessem ao serviço norte-americano de alfândegas (*United States’ Customs*) acesso eletrónico aos dados contidos nos seus sistemas informáticos de controlo das reservas e das partidas. Uma tal imposição criava dificuldades às companhias europeias, uma vez que – como foi transmitido pela Comissão à administração norte-americana em junho de 2002 – era suscetível de entrar em conflito com as normas europeias de



neste contexto, a adoção de um instrumento dedicado ao registo de identificação de passageiros – PNR (*Passenger Name Record*) –, que alargasse o escopo e o âmbito das bases de dados existentes, indo ao encontro daquelas que têm sido as normas estabelecidas, nomeadamente, nos Estados Unidos da América.²⁵ Pretendia-se, sinteticamente e sobre todas as coisas, alargar quer o tipo de dados recolhido sobre cada passageiro, quer a possibilidade de transmissão e utilização desses elementos, que ficaria ao dispor de um conjunto alargado de entidades (desde companhias aéreas até autoridades policiais e serviços de fronteiras), independentemente – no limite – de os passageiros viajarem ou não para os países a que pertencessem tais instâncias (aqui, naturalmente, de acordo com alguns requisitos pré-estabelecidos).²⁶

Depois de uma longa e difícil ponderação a respeito deste instrumento e de uma extensa lista de avanços e recuos em sede de atos normativos nesta matéria,²⁷ a

proteção de dados pessoais (em particular, com a diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados – JO L 281 de 23.11.1995, p. 31 –, e com o regulamento (CEE) n.º 2299/89 do Conselho, de 24 de julho de 1989, relativo a um código de conduta para os sistemas informatizados de reserva, JO L 220 de 29.7.1989, p. 1, com a redação que lhe foi dada pelo regulamento (CE) n.º 323/1999 do Conselho, de 8 de fevereiro de 1999, JO L 40 de 13.2.1999, p. 1).

25 Apesar das dificuldades de concatenação com as normas europeias vigentes, a Comissão desde cedo reconheceu a importância do PNR e manifestou intenção de agir em acordo com os EUA no sentido da prevenção do terrorismo. Logo em 18 de fevereiro de 2003, a Comissão e a administração norte-americana emitiram uma declaração conjunta, a qual reafirmava o interesse mútuo em combater o terrorismo, definia os compromissos iniciais de proteção de dados assumidos pelas alfândegas norte-americanas e assinalava o compromisso assumido pelas partes no sentido de continuar as negociações. Em 13 de março de 2003 (P5_TA(2003)0097) e de 9 de outubro de 2003 (P5_TA(2003)0429), por sua vez, o Parlamento Europeu aprovou duas resoluções, instando a Comissão, por vezes em termos muito duros, a tomar um conjunto de medidas relativamente à transferência dos dados dos PNR para os Estados Unidos, de forma a assegurar que as preocupações em matéria de proteção dos dados europeus fossem tidas em conta.

26 Para uma primeira aproximação ao problema, cf. a Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, *Transferência de dados contidos nos registos de identificação dos passageiros aéreos (PNR - Passenger Name Records): uma abordagem global da UE*, de 16 de dezembro de 2003 – <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0826&from=EN>>

27 Antes dele, todavia, ainda foram aprovados, com relevância para esta questão, a decisão 2004/535/CE da Comissão, de 14 de maio de 2004, sobre o nível de proteção adequado dos dados pessoais contidos nos *Passenger Name Record* transferidos para o *Bureau of Customs and Border Protection* dos Estados Unidos (JO L 235 de 6.7.2004, p. 11); a decisão 2004/496/CE do Conselho, de 17 de maio de 2004, relativa à celebração de um acordo entre a Comunidade Europeia e os Estados Unidos da América sobre o tratamento e a transferência de dados contidos nos registos de identificação dos passageiros (PNR) por parte das transportadoras aéreas para o Serviço das Alfândegas e Proteção das Fronteiras do Departamento de Segurança Interna dos Estados Unidos (JO L 183 de 20.05.2004, p. 83); entretanto anulada pelo acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de maio de 2006 (processos C-317/04 e C-318/04); e entretanto retomada através da decisão 2006/729/PESC/JAI do Conselho, de 16 de outubro de 2006, relativa à assinatura, em nome da União Europeia,



Comissão, em 6 de novembro de 2007, adotou uma proposta de decisão quadro do Conselho relativa à utilização dos dados dos registos de identificação dos passageiros (*Passenger Name Record* – PNR) para fins de aplicação da lei,²⁸ que acabou, todavia, por não ser aprovada, uma vez que a generalidade dos países lhe opunha dúvidas sérias, sobretudo no que tangia com a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, nomeadamente o direito à proteção de dados pessoais – consagrado, naturalmente, nos Estados membros da União Europeia.²⁹ A entrada em vigor do Tratado de Lisboa acabaria por definitivamente por em causa esta proposta, que seria abandonada.³⁰

Em 2011, a questão é retomada, apresentando o Parlamento Europeu e o Conselho uma proposta de diretiva sobre este registo de identificação de passageiros (proposta de diretiva relativa à utilização dos dados dos registos de identificação dos passageiros para efeitos de prevenção, deteção, investigação e repressão das infrações terroristas e da criminalidade grave)³¹, que uma vez mais enfrenta sérios escolhos e dificuldades. Durante anos a proposta foi-se arrastando pelos corredores de Bruxelas, não vendo a luz do dia. É rejeitada pela Comissão das Liberdades Cívicas, em 2013, por, entre outros aspetos, não respeitar os princípios da necessidade e da proporcionalidade, uma vez que os dados seriam recolhidos e armazenados quanto a todos os passageiros, independentemente de serem ou não suspeitos de alguma atividade criminosa. Vai ao Parlamento que a não aceita e é devolvida àquela Comissão para correções e aprofundamentos.³² A partir de meados de 2014, a questão

de um acordo entre a União Europeia e os Estados Unidos da América sobre a transferência de dados contidos nos registos de identificação dos passageiros (PNR) pelas transportadoras aéreas para o Departamento da Segurança Interna dos Estados Unidos e sobre o tratamento dos dados em causa pelo mesmo Departamento (JO L 298 de 27.10.2006. p. 27); revisto no ano seguinte, através da decisão 2007/551/PESC/JAI do Conselho, de 23 de julho de 2007, relativa à assinatura, em nome da União Europeia, do acordo entre a União Europeia e os Estados Unidos da América sobre a transferência de dados contidos nos registos de identificação dos passageiros (PNR) pelas transportadoras aéreas para o Departamento da Segurança Interna dos Estados Unidos e sobre o tratamento dos dados em causa pelo mesmo Departamento (Acordo PNR 2007).

28 Cf. <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007PC0654&from=PT>>

29 Cf., v.g., o parecer da Comissão de Assuntos Europeus da Assembleia da República Portuguesa: [http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684d5a5763765130394e4c7a52445155567762334e535156497651584a7864576c3262304e7662576c7a633246764c30567a59334a31644d4f74626d6c764a54497751323975593278317736316b627939535a577868644d4f7a636d6c76637955794d45567359574a76636d466b62334d6c4d6a4275595355794d454e42525339445430306c4d6a416f4d6a41774e796b6c4d6a41324e54516c4d6a424761573568624335775a47593d&fich=COM+\(2007\)+654+Final.pdf&Inline=true](http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684d5a5763765130394e4c7a52445155567762334e535156497651584a7864576c3262304e7662576c7a633246764c30567a59334a31644d4f74626d6c764a54497751323975593278317736316b627939535a577868644d4f7a636d6c76637955794d45567359574a76636d466b62334d6c4d6a4275595355794d454e42525339445430306c4d6a416f4d6a41774e796b6c4d6a41324e54516c4d6a424761573568624335775a47593d&fich=COM+(2007)+654+Final.pdf&Inline=true)

30 Com a modificação das regras relativas ao processo legislativo e aos atos normativos dele decorrentes, a proposta de decisão quadro deixou de ter possibilidade de vigência.

31 Cf. <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0032&from=EN>>

32 Para acompanhamento deste processo, veja-se o relatório respetivo em <<http://www.europarl.europa>.



é retomada, centrando-se agora cada vez mais na necessidade de prevenção do terrorismo, mas ainda assim não encontra acordo.

Entretanto, a 7 janeiro de 2015, um conjunto de atentados em Paris vem mudar drasticamente o curso dos acontecimentos. Logo no mês seguinte é aprovada pelo Parlamento Europeu uma resolução relativa a medidas antiterrorismo.³³ Em 13 de novembro desse mesmo ano, novo ataque em Paris. Doze dias mais tarde, a 25 de novembro, o Parlamento vota uma resolução sobre a prevenção da radicalização e do recrutamento de cidadãos europeus por organizações terroristas e reitera o seu compromisso de, até ao final do ano, finalizar a diretiva PNR.³⁴ Assim, um ano depois dos atentados de janeiro de 2015 em Paris, é aprovada diretiva (UE) 2016/681 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativa à utilização dos dados dos registos de identificação dos passageiros (PNR) para efeitos de prevenção, deteção, investigação e repressão das infrações terroristas e da criminalidade grave.³⁵

Porventura menos mediático do que este, mas igualmente impressionante, tem sido o percurso que a União Europeia tem adotado em matéria de criminalidade económico-financeira e organizada. De há muito se vem chamando a atenção para a necessidade de uma atuação mais enérgica e harmonizada no espaço europeu no que tange com a prevenção e repressão da criminalidade económico-financeira e da criminalidade organizada. Têm-se multiplicado, por isso, normas europeias que depois impulsionam os ordenamentos jurídicos nacionais e que prevêm mecanismos mais invasivos do que aqueles que por regra são permitidos em sede de processo penal quando se trate desta criminalidade.

Tome-se como exemplo, a partir da perspetiva portuguesa, a lei n.º 25/2008, de 5 de junho (alterada sucessivamente)³⁶, que estabelece um conjunto de medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo.³⁷ Aí se

[eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2013-0150+0+DOC+PDF+V0//PT](http://eu.sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2013-0150+0+DOC+PDF+V0//PT)>

33 Resolução do Parlamento Europeu, de 11 de fevereiro de 2015, sobre medidas de combate ao terrorismo (2015/2530(RSP)): <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2015-0032+0+DOC+PDF+V0//PT>>

34 Resolução do Parlamento Europeu, de 25 de novembro de 2015, sobre a prevenção da radicalização e do recrutamento de cidadãos europeus por organizações terroristas (2015/2063(INI)): <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2015-0410+0+DOC+PDF+V0//PT>>

35 JO L 119 de 4.5.2016, p. 132. O texto pode ser conferido em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0681&from=PT>>

36 Através da declaração de retificação n.º 41/2008, de 4 de agosto; do decreto-lei n.º 317/2009, de 30 de outubro; da lei n.º 46/2011, de 24 de junho; do decreto-lei n.º 242/2012, de 7 de novembro; do decreto-lei n.º 18/2013, de 6 de fevereiro; do decreto-lei n.º 157/2014, de 24 de outubro; da lei n.º 62/2015, de 24 de junho; e da lei n.º 118/2015, de 31 de agosto.

37 Esta lei procedeu à transposição para a ordem jurídica interna das diretivas n.º 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro, e n.º 2006/70/CE, da Comissão, de 1 de



estabelecem, entre outras coisas, obrigações e deveres alargados de colaboração, identificação, comunicação e controlo³⁸ sobre um número muito vasto de entidades (que vão desde os advogados e solicitadores, às entidades bancárias, aos agentes imobiliários, aos exploradores de jogos e casinos, e, até, aos comerciantes que transacionem bens pagos em dinheiro)³⁹, impondo-lhes, por hipótese, o dever de

agosto, relativas à prevenção da utilização do sistema financeiro e das atividades e profissões especialmente designadas para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo.

38 Nos termos do art. 6.º do diploma, as entidades a ele sujeitas estão obrigadas, no exercício da respectiva atividade, ao cumprimento dos seguintes deveres gerais: a) dever de identificação; b) dever de diligência; c) dever de recusa; d) dever de conservação; e) dever de exame; f) dever de comunicação; g) dever de abstenção; h) dever de colaboração; i) dever de segredo; j) dever de controlo; l) dever de formação.

39 Nos termos dos arts. 3.º e 4.º da lei em causa, as imposições aplicam-se a um conjunto muito vasto de entidades financeiras e não financeiras, definidas como tal no texto normativo. Estão, assim, sujeitas às disposições da referida lei as seguintes entidades (financeiras), com sede em território nacional: a) instituições de crédito; b) empresas de investimento e outras sociedades financeiras; c) entidades que tenham a seu cargo a gestão ou comercialização de fundos de capital de risco; d) organismos de investimento coletivo que comercializem as suas unidades de participação; e) empresas de seguros e mediadores de seguros que exerçam a atividade referida na alínea c) do artigo 5.º do decreto-lei n.º 144/2006, de 31 de julho, com exceção dos mediadores de seguros ligados mencionados no artigo 8.º do referido decreto-lei, na medida em que exerçam atividades no âmbito do ramo «Vida»; f) sociedades gestoras de fundos de pensões; g) sociedades de titularização de créditos; h) sociedades e investidores de capital de risco; i) Sociedades de consultoria para investimento; j) sociedades que prossigam atividades que tenham por objeto contratos relativos ao investimento em bens corpóreos; k) instituições de pagamento; l) instituições de moeda electrónica. São igualmente abrangidas as sucursais situadas em território português das entidades referidas com sede no estrangeiro, bem como as sucursais financeiras exteriores, e, ainda, as entidades que prestem serviços postais e ao Instituto de Gestão da Tesouraria e do Crédito Público, I. P., na medida em que prestem serviços financeiros ao público. Por outro lado, estão ainda sujeitas às referidas regras as entidades (não financeiras) seguintes, desde que exerçam atividade em território nacional: a) concessionários de exploração de jogo em casinos; b) entidades pagadoras de prémios de apostas ou lotarias; c) entidades exploradoras de jogos de fortuna ou azar, de apostas desportivas à cota e de apostas hípicas, mútuas ou à cota, quando praticadas à distância, através de suportes eletrónicos, informáticos, telemáticos e interativos, ou por quaisquer outros meios (jogos e apostas online); d) entidades que exerçam atividades de mediação imobiliária e de compra e revenda de imóveis bem como entidades construtoras que procedam à venda direta de imóveis; e) comerciantes que transacionem bens cujo pagamento seja efectuado em numerário, em montante igual ou superior a (euro) 15 000, independentemente de a transação ser realizada através de uma única operação ou de várias operações aparentemente relacionadas entre si; f) revisores oficiais de contas, técnicos oficiais de contas, auditores externos e consultores fiscais; g) notários, conservadores de registos, advogados, solicitadores e outros profissionais independentes, constituídos em sociedade ou em prática individual, que intervenham ou assistam, por conta de um cliente ou noutras circunstâncias, em operações: i) de compra e venda de bens imóveis, estabelecimentos comerciais e participações sociais; ii) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos pertencentes a clientes; iii) de abertura e gestão de contas bancárias, de poupança ou de valores mobiliários; iv) de criação, exploração, ou gestão de



informar de imediato o Procurador-Geral da República e a Unidade de Informação Financeira sempre que saibam, suspeitem ou tenham razões suficientes para suspeitar que teve lugar, está em curso ou foi tentada uma operação susceptível de configurar a prática do crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo.⁴⁰

Ou pensemos, por outro lado, na lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (também ela alvo de sucessivas alterações)⁴¹, que fixa medidas de combate à criminalidade organizada.⁴² Como o próprio texto legal afirma, estamos perante um regime especial de recolha de prova, quebra do segredo profissional e perda de bens a favor do Estado, relativo a um conjunto de crimes (do tráfico de estupefacientes, ao terrorismo, organizações terroristas, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo, tráfico de armas, tráfico de influência ou corrupção ativa e passiva, passando ainda pelo contrabando, tráfico e viciação de veículos furtados ou lenocínio e lenocínio de menores, entre outros)⁴³, considerados particularmente graves e de prova difícil, a justificar – no entendimento do legislador – um regime alargado de quebra de segredo, um controlo mais apertado de contas bancárias ou contas de pagamento, regras mais flexíveis quanto ao registo de voz e imagem ou o estabelecimento mesmo de um regime de perda de bens alargada, que “presume constituir vantagem de atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito”, impondo ao arguido a prova da licitude dos bens em causa, sob pena de estes serem declarados perdidos.⁴⁴

Num outro sentido, mas ainda assente, quanto a nós, nesta tendência que se vem verificando de substituir o estudo cuidado e analítico pelo discurso pouco profundo mas cheio de efeito mediático, tantas vezes exacerbando sentimentos primários da comunidade, que ao Estado caberia controlar por força e em prol da vida societária, consideremos o que se passou recentemente em Portugal a propósito do registo de

empresas ou estruturas de natureza análoga, bem como de centros de interesses colectivos sem personalidade jurídica; v) financeiras ou imobiliárias, em representação do cliente; vi) de alienação e aquisição de direitos sobre praticantes de atividades desportivas profissionais; h) prestadores de serviços a sociedades, a outras pessoas coletivas ou centros de interesses coletivos sem personalidade jurídica, que não estejam abrangidos nas alíneas f) e g).

40 Nos termos do n.º 1 do art. 16 daquele diploma.

41 Através da declaração de retificação n.º 5/2002, de 6 de fevereiro; da lei n.º 19/2008, de 21 de abril; do decreto-lei n.º 317/2009, de 30 de outubro; do decreto-lei n.º 242/2012, de 7 de novembro; da lei n.º 60/2013, de 23 de agosto; da lei n.º 55/2015, de 23 de junho e da lei n.º 30/2017, de 30 de maio.

42 A propósito desta lei, cf., v.g., CUNHA, José Manuel Damião da, **Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira: A lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro de 2002**, Porto: Universidade Católica Editora, 2017.

43 O art. 1.º do diploma estabelece um catálogo de crimes em relação aos quais as medidas especiais previstas operam.

44 Ver, a este propósito, a análise de CUNHA, José Manuel Damião, “Perda de bens a favor do Estado”, In: **Medidas de Combate à Criminalidade Económico-Financeira**, Coimbra: Coimbra Editora, p. 2004, 121-164.



identificação criminal de condenados por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual do menor (a impropriamente chamada “lista de pedófilos”).⁴⁵

É este um tema que – pela sua natureza, pela delicadeza dos bens jurídicos envolvidos, pela gravidade dos comportamentos que podem estar em causa – arrasta sempre amores e ódios, causa necessariamente grande impacto sobre as populações, sejam elas quais forem. Há cerca de dois anos atrás, iniciou-se em Portugal uma discussão a respeito da criação de um registo de agressores sexuais – discussão altamente mediatizada, com grande repercussão pública, totalmente desvirtuada pelo modo desadequado como foi colocada à população.⁴⁶

De todo o modo, para o que aqui hoje nos interessa, assentava a proposta apresentada na ideia – transmitida como se de um facto cientificamente comprovado se tratasse⁴⁷ – de que os agressores sexuais de crianças estavam a aumentar, eram

45 Também ela motivada, em parte, pela necessidade de transposição Diretiva 2011/93/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil (e que substituiu a decisão quadro 2004/68/JAI do Conselho).

46 Cf. a proposta de lei n.º 305/XII, apresentada pelo Governo à Assembleia da República, em: <<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d-546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a535339305a-58683062334d76634842734d7a41314c56684a5353356b62324d3d&fich=ppl305-XII.doc&Inline=-true>>

47 Na exposição de motivos da proposta dizia-se o seguinte: “A relevância desta medida no plano da prevenção criminal é reforçada pelas consequências nefastas para o desenvolvimento pleno e harmonioso destas vítimas, tanto ao nível emocional, como cognitivo, existindo estudos que apontam para taxas de suicídio e de ideação suicida mais elevadas do que em sujeitos que não tenham sido vítimas destes crimes, bem como elevada probabilidade de voltarem a ser vítimas, maiores taxas de abandono e divórcio, alta incidência de sentimentos de vergonha e culpa associados a conflitos interpessoais, familiares e conjugais, maior tendência ao castigo nas relações familiares, índices mais altos de consumo excessivo de álcool e de consumo de produtos estupefacientes, maior risco de contrair diabetes tipo 2, maior probabilidade de desenvolvimento de condutas sexuais inapropriadas, nomeadamente exibicionismo e agressões sexuais, risco de depressão e de outras perturbações, como o transtorno de personalidade limítrofe. Também no plano cognitivo se têm estudado as consequências destes crimes, revelando as vítimas maiores dificuldades em matéria de atenção distribuída, abstração, raciocínio, planificação, inibição, memória de trabalho, e de modo menos significativo, mas ainda assim verificável, em matéria de juízo crítico e flexibilidade cognitiva”. Considerava-se, assim, constituir uma emergência assegurar um combate eficaz a estes fenómenos criminosos, tendo em conta ser “certo ainda que são elevadas as taxas de reincidência”. E afirmava-se ainda: “acrescenta-se ainda que existem de igual modo estudos no sentido de que os abusadores sexuais de menores cometem os seus crimes perto da sua residência e sobretudo em locais privados, com prevalência da sua própria residência, por ser um local onde podem exercer plenamente todo o domínio sobre a vítima, que para aí atraem. Assim, as potenciais vítimas destes abusadores sexuais são precisamente as crianças que residem na sua vizinhança e que aqueles encontram na sua vida diária, nomeadamente em ocasiões ou circunstâncias nas quais as crianças não estão acompanhadas por pais ou outras pessoas que velem pela sua segurança”. Para lá das (muitas) críticas que algumas destas considerações nos merecem, os estudos sucessivamente referidos não foram identificados, apresentados ou discutidos.



usualmente estranhos às relações familiares e afetivas do menor, e de que era preciso manter a sociedade vigilante em relação a estas pessoas, para que pudessem defender as suas crianças. Uma narrativa como esta – como não poderia deixar de ser – passou imediatamente e gerou até algum alarme. E quase fez obnubilar o facto de estarmos a falar de pessoas condenadas que cumpriram já a sua pena, que viveriam com uma tarja identificativa, permitindo-se a qualquer cidadão interessado (pais, educadores, pessoas que tivessem crianças a seu cargo) ter acesso, a cada momento, ao local de residência desses cidadãos.⁴⁸

A proposta acabaria por não passar deste modo, nomeadamente quanto ao último aspeto referido, mas a verdade é que a lei nº 103/2015, de 24 de agosto, e respetivo anexo, criou mesmo o registo em causa, com regras distintas das que vigoram para o registo criminal “geral”, e o estabelecimento de um conjunto de deveres que passam, exemplificativamente, pela obrigação de comunicar, previamente, ausência do domicílio superior a cinco dias e seu paradeiro – o que ganha relevo particular se se tiver em atenção que este registo pode manter-se, em alguns casos, por um período de 20 anos.⁴⁹

Muitos outros exemplos poderiam aqui ser ponderados. Daqueles que passam pelas regras de detenção sem comunicação e contactos por períodos alargados de tempo (ou até indefinidamente), às limitações que, um pouco por todo o mundo, têm sido introduzidas no que respeita ao direito à manifestação e à liberdade dos cidadãos nesses momentos, ou ainda à compressão dos direitos do arguido, nomeadamente do direito ao silêncio e à não autoincriminação, bem como, mais recentemente, às regras relativas à entrada de migrantes e estrangeiros em outros países (particularmente nos Estados Unidos da América e na União Europeia). Julgamos, todavia, não ser necessário insistir *ad nauseam* nos exemplos para compreendermos a importância e as implicações de tudo quanto tempos vindo a tentar demonstrar.

4 REFLEXÃO: A PÓS-VERDADE COMO INSTRUMENTO DE RECONFIGURAÇÃO DA TENSÃO DIALÉTICA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL DOS NOSSOS DIAS

Efetivamente, por muito que continuemos a afirmar – e a bater-nos incansavelmente – por um direito processual penal próprio de um Estado de Direito democrático, não podemos não ver os perigos que ele enfrenta, quando não mesmo já as verdadeiras amputações a que tem sido sujeito. Não pretendemos com isto sustentar – esperamos que o contrário não resulte de tudo quanto vimos dizendo – que não possa o processo penal ser ajustado ou não necessite mesmo, em diversos campos, de modificações importantes que o adequem à realidade dos nossos dias e lhe possibilitem o cumprimento eficaz e coerente das suas finalidades. Não podem é tais alterações correr ao sabor dos dias, sendo introduzidas por força de um específico

⁴⁸ Cf. art. 16 do anexo à proposta.

⁴⁹ Cf. art. 13 do anexo à lei nº 103/2015.



acontecimento recente, não analisando friamente e com o necessário distanciamento científico e técnico as sempre muitas e variadas questões que qualquer mudança legislativa impõe. Não podem é, sobretudo, assentar num discurso pseudocientífico, absolutamente desligado dos factos, sem sustentação teórica adequada e apartado de qualquer demonstração empírica, encetado tantas vezes com propósitos bem distintos daqueles que devem presidir à atuação do legislador penal e processual penal.

Ora, rematando agora com a tentativa de fechar o círculo que fomos tecendo, é exatamente nesta dimensão que se nos afigura que aquilo que se tem apelidado de pós-verdade tem vindo já a desempenhar um papel importante na configuração do atual direito processual penal. De modo dissimulado, tantas vezes sob a veste de uma aparente proteção mais eficaz dos direitos dos cidadãos (usualmente, dos cidadãos nacionais de uma país ou de uma comunidade), tem vindo a instalar-se – por entre alterações que são seguramente importantes e razoáveis – um discurso de «nós contra os outros» de que a ciência criminal há muito se havia afastado.

Sob a égide de uma suposta, não cientificamente comprovada, mas altamente mediatizada, insegurança – muitas vezes assente em leituras enviesadas de alguns factos criminosos que deveriam ser tratados exatamente como aquilo que são – tem sido veiculado um discurso de premente necessidade de endurecimento da reação penal e, o que é particularmente grave (porque menos claro, menos perceptível e, por isso, menos sujeito à discussão pública), de radicalização – digamo-lo dolosamente – do direito processual penal. Tem-se imposto, na realidade, uma crescente restrição de direitos que desde sempre constituíram a matriz do processo penal democrático, colocando mesmo em causa o reduto último, a esfera nuclear, dos direitos dos indivíduos, até há bem pouco tempo considerada pacificamente como intangível.⁵⁰

Enquanto, em sentido inverso, é cada vez maior a margem que se concede ao poder público e à sua atividade de prevenção e repressão, que se dilata de um modo sem precedentes, sendo já difícil perscrutar as suas fronteiras, na medida em que vai alastrando para áreas de dúvida e quase irregular atuação, antecipando muitíssimo o seu tempo de intervenção, centrando-se hoje – diríamos talvez já sobretudo – em atividades de recolha e troca de informações, que cada vez mais independem de qualquer suspeita e se impõem a todos os cidadãos nas suas vidas quotidianas, como tivemos ocasião de tentar exemplificar.

Assistimos, pois, hoje, a uma reconfiguração da tensão dialética entre liberdade e segurança que matricialmente caracteriza o direito processual penal. E esta reconfiguração tem vindo a ser feita no sentido de privilegiar a segurança,

50 Fala-nos DIAS, Jorge de Figueiredo, “O Processo Penal Português: Problemas e Prospetivas”, In: **Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português**, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 805-819, de “um requisito em favor de uma ‘eficiência funcionalmente orientada’ do processo penal; fatora, porém, por sua parte, de um estreitamento dificilmente admissível ou mesmo insuportável das margens de exercício de direitos e liberdades das pessoas” (p. 809).

pondo necessariamente em causa fatias cada vez mais substanciais das liberdades individuais e coletivas que durante séculos tentamos adquirir e estabilizar. Uma tal opção – poderia dizer-se – é legítima, sendo que cada Estado pode e deve alinhar o seu processo penal pelo meridiano que entenda corresponder às aspirações da sua comunidade no que respeita a esta tensão entre liberdade e segurança, entre descoberta da verdade material e proteção de direitos fundamentais.

Não nos parece, todavia, que assim seja, ao menos em toda a linha. Por um lado, importa compreendermos quais são as justificações que têm sido apresentadas para legitimar esta mudança, discernindo aquilo que são factos verdadeiros, cientificamente analisados e demonstrados, do que são discursos mediáticos mais ou menos manipulados, assentes – tantas vezes – em informações falsas, incompletas ou incorretamente compreendidas. Por outro, e ainda que se ultrapasse esta primeira clivagem, sempre se há de ter em mente que um processo penal de um Estado de Direito democrático não pode ser um qualquer processo penal, antes está necessariamente estribado no respeito pelos direitos fundamentais dos indivíduos, respeito esse que, afinal, está na génese da própria conceção do Estado em causa.⁵¹

Temos, portanto, que ser capazes de estar atentos e vigilantes, não embarcarmos acriticamente em discursos fáceis e de disseminação rápida, que podem por em causa – tantas vezes sem nos apercebermos sequer – as traves mestras no nosso modelo processual penal. Temos, se quiserem formular a questão deste modo, que garantir que a pós-verdade não se instala definitivamente também no direito processo penal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

BECK, Ulrich. **Risk Society: towards a new modernity**. London: Sage Publications, 1992.

COSTA, Joana. O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Revista do Ministério Público**, 128, p. 117-183, out.-dez. 2011.

CUNHA, José Manuel Damião da. Perda de bens a favor do Estado. In: **Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira**, Centro de Estudos

51 Cf., em sentido que temos por convergente, embora numa reflexão sobretudo assente sobre o direito penal e a sanção criminal, SILVA, Germano Marques da. "O Populismo Penal: a retribuição outra vez?", In: **Liber Amicorum Manuel de Simas Santos**, Lisboa: Rei dos Livros, 2016, pp. 513-522. De forma que encaramos como particularmente acutilante, afirma o Autor: "O combate à criminalidade grave não é tarefa, ou pelo menos não é missão principal do direito penal nem dos penalistas; é sobretudo função da política social e dos políticos. Política que, ajudada pela criminologia, assente na identificação das causas dessa criminalidade e lhes resposta com medidas adequadas que as extirpem ou diminuam" (p. 522).



Judiciários, Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 121-164.

CUNHA, José Manuel Damião da. **Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira: A lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro de 2002**. Porto: Universidade Católica Editora, 2017.

DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. **O direito à não auto-incriminação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no processo penal e contra-ordenacional português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O Processo Penal Português: Problemas e Prospetivas. In: MONTE, Mário Ferreira; CALHEIROS, Maria Clara; MONTEIRO, Fernando Conde; LOUREIRO, Flávia Novera. **Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 805-819.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal (Lições coligidas por Maria João Antunes)**. Coimbra: Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988/1989.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. 1. ed., reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. “Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas.” In: DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE Manuel da Costa Andrade; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. **Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 11-56.

KEYES, Ralph. **The Post-Truth Era, Dishonesty and Deception in Contemporary Life**. New York: St. Martin's Press, 2004.

LOUREIRO, Flávia Novera. A (i)mutabilidade do paradigma processual penal respeitante aos direitos fundamentais em pleno século XXI. In: MONTE, Mário Ferreira; CALHEIROS, Maria Clara; MONTEIRO, Fernando Conde; LOUREIRO, Flávia Novera. **Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 269-289.

LOUREIRO, Flávia Novera. A segurança e o direito penal: os modelos de intervenção penal entre a mudança e a rutura. In: GONÇALVES, Luís Couto; BRITO, Wladimir; MONTE, Mário Ferreira; MORAIS, Fernando de Gravato; CALHEIROS, Clara; DIAS, Cristina Araújo. **Estudos em Homenagem ao Professor Heinrich Ewald Hörster, 1241-1257**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 1241-1257.

MONTE, Mário Ferreira. **Direito processual penal aplicado**. Braga: Associação de Estudantes de Direito da Universidade do Minho, 2017.

MONTE, Mário Ferreira; LOUREIRO, Flávia Novera. **Direito processual penal - roteiro de aulas**. 2. ed. revista e atualizada. Braga: AEDUM, 2014.

MONTEIRO, Fernando Conde. O Problema da Verdade em Direito Processual Penal (Considerações Epistemológicas). In: MONTE, Mário Ferreira; CALHEIROS, Maria



Clara; MONTEIRO, Fernando Conde; LOUREIRO, Flávia Novera. **Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português.** Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 321-332.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coord.). **Proibições probatórias no processo penal:** análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos.** São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SÁ, Liliana da Silva. O dever de cooperação do contribuinte versus o direito à não auto-incriminação. **Revista do Ministério Público**, 107, p. 121-163, jul.-set. 2006.

SILVA, Germano Marques da. O Populismo Penal: a retribuição outra vez? In: PITON, André Paulino; CARNEIRO, Ana Teresa. **Liber Amicorum Manuel de Simas Santos.** Lisboa: Rei dos Livros, 2016. p. 513-522.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal II.** Lisboa: Editorial Verbo, 2002.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Os Direitos e Liberdades Fundamentais Pessoais como Barreira 'Intransponível' na Produção de Prova Penal. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; SILVEIRA, Edson Damas da. **Prova penal - Estado Democrático de Direito.** Lisboa: Rei dos Livros/Empório do Direito, 2015. p. 125-148.



1 INTRODUÇÃO

A propriedade é algo extremamente valorado na sociedade moderna, tornando-se inerente ao ser humano à realização dos anseios proporcionados pela aquisição de bens, independente de sua natureza.²

Falar do presente tema implica entender o conceito de propriedade, de forma a que haja uma maior compreensão daquilo que se pretende transmitir. É neste sentido que aqui se pretende definir a propriedade tal como estabelecida no vínculo do homem à terra, entendida no seu sentido estritamente imobiliário e privado, por mais extenso que seja o conteúdo que se possa extrair do vocábulo “propriedade”, que comporta grande número de acepções e pode, portanto, levar o leitor a entendimentos diversos daquele que aqui se pretende invocar, qual seja a propriedade privada imóvel.³

No nosso entendimento, a propriedade pode ser entendida como o direito que uma pessoa exerce sobre uma determinada coisa, corpórea, móvel ou imóvel.

O presente texto tem como pretensão reflectir sobre algumas questões ligadas ao direito de propriedade e ainda a sua inserção no rol de direitos fundamentais.

Por direitos fundamentais entende-se aqueles que compõem um núcleo mínimo considerado essencial para a vida digna de cada indivíduo, buscar-se-á entender como se insere nesta conceituação o direito de propriedade, bem como a sua positivação em algumas das declarações históricas de direitos humanos e nas constituições.⁴

1 Possui graduação em Direito pela Universidade Lusófona de Cabo Verde(2012). Atualmente é Jurista do Instituto Nacional de Gestão do Território. Tem experiência na área de Direito. Especialista em Direito Imobiliário, Urbanístico, Registral e Notarial, pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), no período de maio/2015 a março/2017.

2 Disponível em: <http://fernandesalvesadvogados.com.br/Arquivos/Artigos/artigo_grupo_de_estudo.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2016.

3 BARBOZA João Luiz. **A propriedade como direito fundamental**. São Paulo, 2008, p. 46. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/274-911-1-pb.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

4 BARBOZA João Luiz. **A propriedade como direito fundamental**. São Paulo, 2008, p. 46. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/274-911-1-pb.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2016.



Os direitos de propriedade têm a sua origem desde os primórdios, como forma de satiazação das necessidades. Assim, como explicita Cristiano Chaves de Farias:⁵

Os direitos de propriedade surgem no instante em que os recursos se tornam escassos. Desde os primórdios, o indivíduo sempre procurou satisfazer as suas necessidades vitais por intermédio da apropriação de bens. Inicialmente, era a busca por bens de consumo imediato; com o tempo, o domínio de coisas móveis, até perfazer-se a noção de propriedade, progressivamente complexa e plural.

Sempre alcançou um grau elevado de importância e status social. No início dos tempos lutas eram travadas para obter domínio de terras, grandes guerras ocorreram para a extensão de domínio, da mesma forma, os senhores feudais são reconhecidos historicamente como “o proprietário da terra”, “o dono do feudo”.⁶

No presente texto, pretende-se primeiramente, definir propriedade, refletir sobre cadastro predial como garantia do direito de propriedade; será ainda analisado a questão de género e propriedade, que é uma questão que neste momento tem sido dado grande atenção em cabo verde, principalmente no âmbito do cadastro predial, e por fim analisar-se-á o direito de propriedade como direito fundamental.

2 CADASTRO PREDIAL COMO FORMA DE GARANTIA DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE

Para que seja possível a adequada compreensão do texto, faz-se necessário o estudo conceitual daquilo que seja cadastro.

O termo cadastro é uma expressão de origem grega (*Catastichon* = lista, agenda). Relativamente ao conceito de cadastro, este apresenta diferentes conotações, oriundas da legislação de terras de cada nação. Mesmo na etimologia, é difícil precisar o significado da palavra cadastro e por esse motivo colocam-se as visões de diferentes autores.⁷

Não obstante, durante as duas últimas décadas, percebe-se uma concordância com respeito ao termo cadastro a opinião de alguns Autores. Diversos autores, tais como, Williamson, Dal & MCLAUGHLIN, MCLAUGHLIN & NICHOLS,⁸ relativamente ao conceito de cadastro tem sido unânime relativamente seguinte definição: Cadastro é

5 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p.164.

6 Disponível em: <http://fernandesalvesadvogados.com.br/Arquivos/Artigos/artigo_grupo_de_estudo.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2016.

7 NERIS, Fabiano. Apostila de Cadastro Técnico Municipal. Brasil, p. 2.

8 WILLIAMSON, 1983; DAI & MCLAUGHLIN, 1990; MCLAUGHLIN & NICHOLS, 1997 apud CARNEIRO, Andréa. **Cadastro Imobiliário e Registro de Imóveis**. 2003, p. 23.



um inventário público de dados metodicamente organizados concernentes a parcelas territoriais, dentro de um certo país ou distrito, baseado no levantamento dos seus limites. Esta também é uma definição recomendada pela FIG em sua declaração de Cadastro.⁹

De acordo com o artigo 2º nº 1 al. a), do Decreto-Lei nº 29/2009, de 17 de agosto, Cadastro Predial é o “registro administrativo e o conjunto dos dados que caracterizam e identificam os prédios existentes no território nacional

A história da gestão fundiária e imobiliária em Cabo Verde indica uma série de problemas relacionados com a terra, que nos acompanha desde os tempos da colonização portuguesa. O desenvolvimento traz consigo vários problemas, nomeadamente, a falta de acesso ao solo urbano, principalmente pelas camadas menos favorecidas, possibilitando deste modo, muitas ocupações ilegais.

Existem ainda os chamados “negócios informais”, em que as transmissões imobiliárias são realizadas, na maioria dos casos por acordo verbal ou por escrito particular. Essas situações de informalidade de direitos trazem consigo a dificuldade, ou mesmo, impossibilidade de provar o direito, conferindo uma enorme insegurança jurídica, com reflexos diretos e imediatos no avolumar de conflitos relativos à propriedade, e com isto, uma maior necessidade de gerenciar este recurso primordial que é a terra.

O cadastro predial em Cabo Verde tem como financiador os Estados Unidos da América, através do Segundo Compacto Millenium Challenge Corporation (MCC), executado pelo Millenium Challenge Account Cabo Verde II (MCA – CVII),¹⁰ no âmbito de um projeto denominado de “Projeto de Gestão de Propriedade para a Promoção do Investimento” (LMIP), que consiste na melhoria do ambiente de negócios em Cabo Verde com a criação de um sistema de informação sobre a propriedade, claro, fiável e seguro, de forma a reduzir o tempo e o custo no processo de transação da propriedade.

O Cadastro predial em Cabo Verde passou a ganhar bastante atenção a partir da publicação da Lei 79/V/98, de 7 de dezembro, entrando em vigor em 1 de janeiro de 1999, onde foi descentralizada para as Câmaras Municipais os serviços cadastrais fiscais relativos aos impostos municipais IUP (Imposto Único sobre o Património), e Modelo de Implementação de Cadastro Territorial para República de Cabo Verde toda a documentação relativa à sua cobrança.

Apesar do cadastro predial ter sido pensado há muito tempo, só em 2014, com os trabalhos de execução de cadastro predial na Ilha do Sal, Cabo Verde teve a experiencia de execução do cadastro predial. Essa experiencia da Ilha do Sal tem servido, em muito, para habilitar as instituições nacionais com responsabilidades

9 FIG. Statement on the Cadastre. 1995.

10 Preâmbulo do Decreto-lei nº 44/2016 de 6 de setembro, que procede a segunda alteração ao Decreto-Lei nº 37/2014 de 23 de julho, que aprova o regime jurídico especial de execução do cadastro predial nas Ilhas do Sal, Boavista, São Vicente e Maio.



no cadastro, e criar uma experiência significativa que irá servir de exemplo para as outras Ilhas.

Apesar da definição do cadastro predial como “registo administrativo e o conjunto dos dados que caracterizam e identificam os prédios existentes no território nacional (artigo 2º nº 1 al. a), do Decreto-Lei nº 29/2009, de 17 de agosto – regime jurídico do cadastro predial em Cabo-verde), este é bastante amplo, uma vez que abarca várias questões: além da identificação e caracterização dos prédios, ele tem tratado questões de relevante interesse social. É neste sentido que no âmbito da execução dos trabalhos de cadastro predial em Cabo Verde tem sido dada uma atenção especial tanto a questões sociais como a questões de género, (que serão analisadas mais à frente). O cadastro predial ainda tem como objetivo informar, (consultas jurídicas, palestras, campanhas porta a porta) incentivar, encaminhar as pessoas para legalizarem as suas propriedades.

2.1 Aspetos legais

Com o início da operação de cadastro predial em Cabo Verde, houve a necessidade de uma reforma legislativa profunda que vem decorrendo desde 2010. Desta forma, condições legais e institucionais foram criadas para que houvesse sucesso da primeira experiência de cadastro predial em Cabo Verde, que teve início na Ilha do Maio, como já foi referido.

De uma forma geral, no concernente à operação de execução de cadastro predial, ela trouxe consigo alterações legais significativas, nomeadamente, à regularização fundiária nas Áreas Urbanas de Gênese Ilegais (AUGI), ao registo predial oficiosa ou em casos especiais, de entre outros, com preterição do princípio trato sucessivo, a adopção de medidas excepcionais facilitadoras da remissão do foro no regime de aforamento, com vista à aquisição da propriedade plena, bem como à criação de incentivos administrativos, em termos de redução e isenção de emolumentos notariais e de registo, no quadro de formalização de direitos de propriedade e outros direitos reais secundários adquiridos com violação da forma legalmente prescrita para o negócio imobiliário. O cadastro ainda veio dar uma atenção especial às questões de género que poderão surgir durante a execução dos trabalhos, entre outras.

Assim, quanto à matéria de execução do cadastro predial temos no nosso país o seguinte quadro legal: (1) Decreto - Lei n.º 29/2009, de 17 de agosto, que aprova o Regime Jurídico do Cadastro Predial, com as alterações introduzidas pelo Decreto - Lei n.º 45/2014, de 20 de agosto; (2) Decreto-regulamentar nº 28/2014 de 22 de outubro (que desenvolve e regulamenta o regime Jurídico do Cadastro Predial). (3) Decreto-lei n.º 37/2014, de 22 de julho, que aprova o Regime Jurídico especial de execução do Cadastro Predial, nas Ilhas de Sal, Boavista, São Vicente e Sal, com alterações introduzidas pelo Decreto- Lei nº 44/2016 de 6 de setembro (4) Decreto- Regulamentar nº 18/2014, de 10 de fevereiro, que aprova os Procedimentos de Concessão de Autorização para exercício de trabalhos no domínio do Cadastro



Predial; (5) Modelo de Certificado de Identificação Predial; (6) Diretrizes Técnicas da informação do Cadastro Predial; (7) Modelo de Declaração de Titularidade dos Prédios; (8) Modelos de Requerimento e Declarações de inscrição e alteração dos dados dos prédios no sistema de informação predial; (INGT, 2015 p. 29). (9) Lei nº 25/VII/2008, de 3 de março, que aprova o regime especial para a regularização da situação dos particulares que ocupam terrenos do domínio privado do Estado.

O Decreto-lei nº 37/2014, de 22 de julho, que aprova o Regime Jurídico especial de execução do Cadastro Predial, nas Ilhas de Sal, Boavista, São Vicente e Sal, foi alterado pelo Decreto- Lei nº 44/2016 de 6 de setembro. Estas alterações trouxeram várias novidades, nomeadamente: foi melhorado o regime de registo predial obrigatório oficioso. Trouxeram ainda soluções relativamente aos titulares na situação de possuidores atuais de terrenos do domínio privado do Estado, ocupados desde antes da independência nacional,¹¹ ou ainda parcelas de terrenos cedidos nos últimos anos pelo governo a agricultores ou criadores de gado, sem que a posse fosse acompanhada do competente título translativo da propriedade. Além disso, vieram clarificar as questões de gênero que podem surgir no âmbito do cadastro predial, entre outras igualmente importantes.

3 DIREITO DE PROPRIEDADE E GÊNERO

Em Cabo Verde a questão do gênero tem ganhado bastante destaque nos últimos tempos. Neste sentido, não podíamos deixar de referir a um grande avanço nessa área que tivemos com a publicação da Lei de VBG (Lei de Violência Baseada no Gênero), em janeiro de 2011; uma lei que tem como objetivo prevenir, reprimir, mas também, proteger e acompanhar as vítimas da VBG, (Violência Baseada no Gênero), e ainda possibilitar a reintegração do agressor, procurando assim reduzir as taxas de reincidência neste crime. Na prática, a aplicação dessa lei tem surtido grande efeito na nossa sociedade, uma vez que surgiu como que um despertar das pessoas para uma questão que, apesar de não ser anteriormente muito discutida, trazia grandes constrangimentos.

Em 1979 Cabo Verde ratificou as convenções 100 e 111 da OIT que estabelecem na ordem interna o princípio geral da igualdade de remuneração entre homens e mulheres que realizam o mesmo tipo de trabalho e não discriminação do emprego em razão do sexo. Em 1980, a Constituição da República estabelece no artigo 25º a igualdade de todos os cidadãos perante a lei, sem discriminação do sexo, nível social, intelectual ou cultural, crença religiosa ou convicção filosófica; a 5 de dezembro de 1990, Cabo Verde converte-se num dos 21 primeiros Estados membros da ONU a assinar, sem reservas, a convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres; em 1987 é regulamentada a interrupção voluntária da gravidez.

11 A independência de Cabo Verde foi em 1975.



A Constituição da República de Cabo Verde no artigo 7º al e) prevê expressamente como tarefa a ser prosseguida pelo Estado a promoção do bem-estar e da qualidade de vida do povo cabo-verdiano, designadamente aos mais carenciados, e remover progressivamente os obstáculos de natureza económica, social, cultural e política que impedem a real igualdade de oportunidade entre os cidadãos, especificamente os fatores de discriminação da mulher na família e na sociedade. Além disso, o artigo 23 consagra o princípio da igualdade de todos os cidadãos perante a lei.

Em 1997, o Código Civil de Cabo Verde - Livro da Família – confere a ambos os cônjuges a igualdade de direitos e deveres na família e integra a separação judicial de pessoas e bens; em 1997, foi aprovado o Decreto-Legislativo nº 47/97, de 28 de abril, que incriminava os maus tratos a cônjuges, atualmente enquadrado no artigo 134 do Código Penal em Vigor; em 1999, o código eleitoral estabelece que as listas às eleições devem conter uma representação equilibrada entre ambos os sexos.

Após a independência de Cabo Verde, a reforma agrária foi concebida com o objectivo de proporcionar melhores e mais justas condições para o desenvolvimento da agricultura e para a garantia dos direitos de propriedade, tais como: diferenças de género, políticas, leis e regulamentos de um país, falham na implementação das leis, proibições culturais ou política á aquisição de terrenos. Neste sentido, foram nacionalizados vários prédios rústicos e as águas subterrâneas, celebraram-se contratos de parceria e fraccionamento de prédios rústicos em áreas inferiores a 1 hectare, criaram-se Comissões de Reordenamento Agrário, etc. No entanto, estas medidas presentes na Lei das Bases da Reforma Agrária não foram pacificamente aceites pela população, tendo sido revogadas em 1993.¹²

Desde então, vários diplomas relacionados com o regime fundiário foram adoptados, verificando-se ainda hoje um quadro legal e institucional que necessita de ser revisto, no sentido de se eliminarem sobreposições e melhorar o enquadramento de alguns serviços. E, como se pode ver, tanto a Constituição da República como o Código Penal, a Lei Eleitoral, e o Código da Família consagram a igualdade de género, tendo sido realizados progressos consideráveis nos últimos anos.¹³

Em Cabo Verde, foi criado em 1994 o (hoje) Instituto da Igualdade e Equidade do Género e, em 2004, a Comissão Nacional para os Direitos Humanos e a Cidadania. Vale salientar o papel de algumas organizações da sociedade civil: PNA - Parceria Nacional da Água; MORABI (Associação de Apoio à Autopromoção da Mulher no Desenvolvimento); OMCV (Organização das Mulheres de Cabo Verde); AMJ

12 ACTUAR, Associação para a Cooperação e o Desenvolvimento. Integração de uma abordagem de género na gestão de recursos hídricos e fundiários (Angola, Cabo Verde, Moçambique e Timor Leste). Coimbra, Junho de 2010, p. 11 e 12.

13 ACTUAR, Associação para a Cooperação e o Desenvolvimento. Integração de uma abordagem de género na gestão de recursos hídricos e fundiários (Angola, Cabo Verde, Moçambique e Timor Leste). Coimbra, Junho de 2010, p. 11 e 12.



(Associação Cabo-verdiana de Mulheres Juristas).¹⁴

Os instrumentos de planificação do Governo incluem estratégias que preconizam o desenvolvimento de condições para o exercício pleno da cidadania e a promoção de programas específicos integrados e multi-sectoriais que contribuam para reduzir as desigualdades de género existentes, entre eles: (a) Estratégia de Crescimento e Redução da Pobreza II (2008): evidencia a importância da implementação de políticas relacionadas com a igualdade e equidade de género e família; (b) Plano Nacional para a Igualdade e Equidade de Género 2005-2009: sustenta ampla democratização quanto ao sistema de relações de poder, melhoria de oportunidades a todos os níveis e mudança de comportamentos e uma eventual discriminação positiva da mulher quando tal se mostrar necessário; (c) Estratégia Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (2009) enquadrada no Programa de Desenvolvimento a longo-prazo e no Plano de Desenvolvimento a médio prazo; (d) Plano de Acção Nacional de Gestão Integrada de Recursos Hídricos 2009-2015 (PANGIRH); (e) Instituto Cabo-verdiano para a Igualdade e Equidade do Género (ICIEG) – Decreto Legislativo nº 1/94: estabelece o instituto da Condição Humana, instância estatal para a promoção de políticas que contribuam para igualdade de género e criação de condições e mecanismos institucionais que assegurem a sua aplicação; (f) Plano Nacional de Acção sobre os Direitos Humanos: estabelece como um dos objectivos a igualdade de género, sublinhando que o Governo se compromete a difundir informação sobre os direitos da mulher.

Recentemente, com a implementação do sistema de cadastro predial em Cabo Verde, esta questão tem merecido bastante atenção por parte do governo, uma vez que, como se sabe, temos uma sociedade que apesar de regida por um quadro jurídico amplo que regula essa matéria, ainda por questões culturais e outros, age muitas vezes de forma contrária.

Esta matéria é regulada na lei especial do cadastro predial Decreto-lei n.º 37/2014, de 22 de julho, que aprova o Regime Jurídico especial de execução do Cadastro Predial, nas Ilhas de Sal, Boavista, São Vicente e Sal, com alterações introduzidas pelo Decreto- Lei nº 44/2016 de 6 de setembro. As alterações introduzidas nessa lei vieram impor a obrigação de inscrever em nome dos dois cônjuges a propriedade que foi adquirida durante a união de facto estável e que preenche todos os requisitos para serem reconhecidos. Foi ainda clarificado o tratamento a dar para a questão da equidade de gênero na inscrição cadastral, tanto no caso de casamento como no caso de união de fato. Neste sentido, o artigo 36 vem estabelecer o seguinte:

(3) Tratando-se duma situação de união de fato não reconhecida mas muito provavelmente reconhecível à luz da lei, deve a Entidade Executante recolher, de entre outros, os seguintes elementos: (a) As

14 ACTUAR, Associação para a Cooperação e o Desenvolvimento. Integração de uma abordagem de género na gestão de recursos hídricos e fundiários (Angola, Cabo Verde, Moçambique e Timor Leste). Coimbra, junho de 2010, p. 11 e 12.



informações relevantes indispensáveis para a correta caracterização da união de fato não reconhecida; (b) A data do início da união de fato; (c) A data da aquisição ou constituição do direito sobre o prédio cadastrado. (4) Em caso de união de fato reconhecível nos termos da lei, mas ainda não reconhecida, os conviventes podem, designadamente, o seguinte: (a) Reconhecer livremente a união de fato, nos termos dos artigos e seguintes do Código Civil, até o fim da operação de execução do cadastro; (b) Constituir, por escritura pública, o direito de compropriedade sobre o prédio adquirido na constância da união de fato reconhecível.¹⁵

No âmbito de cadastro predial, a equipa de cadastro dispõe de uma socióloga que trata especificamente dessas questões, e que aliás tem feito um excelente trabalho nesse sentido, com palestras, campanhas de sensibilização da população, incentivando as pessoas a inscreverem as propriedades adquiridas no âmbito do casamento e da união de fato em nome de ambos os cônjuges ou unidos de fato.

4 O DIREITO DE PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Na esfera internacional encontramos referência ao direito à propriedade no artigo 16 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Curiosamente, no entanto, nem o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, nem o Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais faz referência a esse direito, posição internacional que não pode deixar de ser representativa da profunda ambiguidade que acompanha essa matéria no Direito Internacional dos Direitos Humanos.¹⁶ Como bem ilustra Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Sem dúvida, a propriedade não é sagrada, como afirmava a Declaração de 1789. É um direito fundamental que não está nem acima nem abaixo dos demais. Deve, como os demais, sujeitar-se às limitações exigidas pelo bem comum. Pode ser pedida em favor do Estado quando o interesse público o reclamar, como a vida tem de ser sacrificada quando a salvação da pátria o impõe. Pode ser recusada quanto a certos bens cujo uso deva ser deixado a todos, quando a exploração deles não convém que se faça conforme a vontade de um ou de alguns cidadãos. Tem de ser respeitada, porém, até que se

15 CABO VERDE. Decreto- Lei nº 44/2016 de 6 de setembro, que aprova o Regime Jurídico especial de execução do Cadastro Predial, nas Ilhas de Sal, Boavista, São Vicente e Sal.

16 COMISSÃO NACIONAL PARA OS DIREITOS HUMANOS E A CIDADANIA. I Relatório nacional de Direitos Humanos. Praia, 2010. Disponível em: <<https://www.un.cv/files/reldh.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 16.



prove existir liberdade sem ela como instrumento, segurança sem ela como garantia.¹⁷

Os direitos fundamentais estão inseridos nos princípios constitucionais que, por sua vez, resguardam valores basilares a ordem jurídica.¹⁸

A propriedade, como direito fundamental, está explicitamente assegurada na constituição da república de Cabo Verde.

A atual Constituição da República de Cabo Verde, estabelece na sua parte II, título I os direitos e deveres fundamentais, que se subdividem em cinco capítulos: Dos direitos liberdades e garantias individuais; Dos direitos liberdades e garantia de participação política e de exercício de cidadania; Direitos Liberdades e Garantias dos trabalhadores; Deveres fundamentais; Da família. O direito de propriedade é consagrado na Constituição da República de Cabo Verde no título III, que fala sobre os Direitos e Deveres Económico, Sociais e Culturais. Tratando-se, pois o direito de propriedade de um Direito Económico.

Em Cabo Verde, o Direito à propriedade privada está consagrada no art. 69, epígrafado direito à propriedade privada, de acordo com o qual “é garantido a todos o direito de propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição e da lei”. (n.º 1) Daí ser também “garantido o direito de herança”. (n.º 2). A requisição ou expropriação por utilidade pública só podem ser efetuadas com base na lei e sempre mediante o pagamento da justa indemnização (n.º 3).

O direito de propriedade é um direito individual que garante ao seu titular o poder de usar, gozar, dispor e reivindicar. A sua especificação, no entanto, reporta à sua função social. Significa que os poderes mencionados não podem ser exercidos de forma ilimitada.¹⁹ Portanto em qualquer estado há que se ter em atenção principalmente às questões sociais relativas à propriedade.

5 CONCLUSÃO

Ao final do presente texto, pode-se concluir que os direitos de propriedade têm a sua origem desde os primórdios, como forma de satisfação das necessidades, e que é algo extremamente valorado na sociedade moderna, tornando-se inerente ao ser humano à realização dos anseios proporcionados pela aquisição de bens, independente de sua natureza.

17 Disponível em: <http://fernandesalvesadvogados.com.br/Arquivos/Artigos/artigo_grupo_de_estudo.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2016.

18 Disponível em: <http://fernandesalvesadvogados.com.br/Arquivos/Artigos/artigo_grupo_de_estudo.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2016.

19 Disponível em: <http://fernandesalvesadvogados.com.br/Arquivos/Artigos/artigo_grupo_de_estudo.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2016.



A propriedade pode ser entendida como o direito que uma pessoa exerce sobre uma determinada coisa, corpórea, móvel ou imóvel. Por direitos fundamentais entende-se àqueles que compõem um núcleo mínimo considerado essencial para a vida digna de cada indivíduo.

Apesar do cadastro predial ter sido pensado há muito tempo, só em 2014, com os trabalhos de execução de cadastro predial na Ilha do Sal, Cabo Verde teve a experiência de execução do cadastro predial. Essa experiência da Ilha do Sal tem servido, em muito, para habilitar as instituições nacionais com responsabilidades no cadastro, e criar uma experiência significativa que irá servir de exemplo para as outras Ilhas.

Apesar da definição do cadastro predial como registo administrativo e o conjunto dos dados que caracterizam e identificam os prédios existentes no território nacional, este é bastante ampla, uma vez que abarca várias questões; além da identificação e caracterização dos prédios, ele tem tratado questões de relevante interesse social.

Recentemente, em Cabo Verde, a questão de género tem merecido grande atenção, tendo já sido publicado varias leis que regulam essa matéria, com ênfase para a Lei de Violência Baseada no Género e outras igualmente importante.

No âmbito do cadastro predial não é diferente, este tem servido não só como uma excelente garantia do direito de propriedade, mas também de análise e resolução de algumas questões sociais e ligadas ao género.

A propriedade, como direito fundamental, está explicitamente assegurada na constituição da república de Cabo Verde.

O direito de propriedade é consagrado na Constituição da República de Cabo Verde no título III, que fala sobre os Direitos e Deveres Económico, Sociais e Culturais. Tratando-se, pois o direito de propriedade de um Direito Económico.

REFERÊNCIAS

BARBOZA João Luiz. **A propriedade como direito fundamental**. São Paulo, 2008, p. 46. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/274-911-1-pb.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

CABO VERDE. Decreto-Lei nº 44/2016 de 6 de Setembro, que aprova o Regime Jurídico especial de execução do Cadastro Predial, nas Ilhas de Sal, Boavista, São Vicente e Sal.

CARNEIRO, Andréa F. T. **Cadastro Imobiliário e Registro de Imóveis** - A Lei 10.267/2001, Decreto 4.449/2002 e Atos Normativos do Incra Brasil, publicação em 2004. Disponível em: <<http://mundogeo.com/blog/2004/02/29/cadastro-imobiliario-e-registro-de-imoveis/>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

COMISSÃO NACIONAL PARA OS DIREITOS HUMANOS E A CIDADANIA. I Relatório nacional de Direitos Humanos. Praia, 2010. Disponível em: <<https://www.un.cv/files/reldh.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2016.



FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 164.

FIG Statement on the Cadastre, International Federation of Surveyors. Disponível em: <<http://www.fig.net/resources/publications/figpub/index.asp>>. Title number 11. Arquivo capturado em: 21 jul. 2016 (FIG, 1995).

NERIS, Fabiano. **Apostila de Cadastro Técnico Municipal**, Universidade de Extremo Sul Catarinense, Departamento de Engenharia e Agrimensura. Brasil, p.2 a 9. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/1848099-Apostila-de-cadastro-tecnico-municipal.html>>. Acesso em: 14 set. 2016.



GLOBALIZAÇÃO DO CRIME E ESTUDO DA PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO NAS ESCOLAS DE GESTÃO

Gonçalo S. de Melo Bandeira¹

1 INTRODUÇÃO

Numa altura em que a criminalidade económica, social e financeira internacional, altamente organizadas estão em pleno florescimento nunca antes visto, eis que se torna cada vez mais necessária, adequada e proporcional, a sua prevenção e aprendizagem. É disparatado pensar que se podem formar bons gestores que não entendem o mínimo dos mínimos acerca da melhor forma de evitar a criminalidade nas organizações, ou também chamadas de pessoas colectivas, sejam elas mais públicas ou mais privadas. Quanto à chamada matéria constitucional criminal, temos aliás que ter em consideração as diversas Constituições dos Estados de Direito sociais e democráticos – que se querem cada vez mais livres e verdadeiros -, espalhados um pouco por todo o mundo e, nomeadamente, no caso português. E quando dizemos português, até por causa da legislação que vigora no Ordenamento Jurídico Português, dizemos europeu. Portugal é um Estado membro da União Europeia. A Constituição portuguesa consagra no seu núcleo duro as garantias criminais mais elementares. As quais, aliás, são aplicáveis de modo analógico favorável, a todo o chamado direito sancionatório, de acordo com o presente art. 32/10 da Constituição. Temos na CRP-Constituição da República Portuguesa, entre os Direitos Fundamentais em sentido estrito – art. 12 a 79 -, uma série de Direitos, Liberdades e Garantias: art. 24 a 57. Dentro destes direitos, liberdades e garantias, temos a chamada Constituição Criminal, a qual se situa entre os art. 25 e 34. É claro que não podemos passar ao lado do art. 18 da CRP, ele mesmo o propulsor da possibilidade de evocação e aplicação directa dos direitos, liberdades e garantias. Imagine-se agora, face aos noticiados mundialmente e inúmeros escândalos nacionais e internacionais de corrupção – fraude fiscal, branqueamento de capitais, falências fraudulentas, abuso de mercado nas bolsas de valores e/ou outros instrumentos financeiros, abuso de posição dominante quanto ao direito da concorrência, criminalidade organizada, terrorismo, entre muitos e muitos outros fenómenos da maior ou menor e diversa ilicitude -, que um gestor não percebe nada disto.

Podemos ter vários géneros de gestores, entre os quais, designadamente Bernard Madoff, autor duma das maiores fraudes financeiras da História da Humanidade, atingindo qualquer coisa como \$65.000.000.000 norte-americanos.

1 Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Professor-Adjunto da Escola Superior de Gestão do IPCA-Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, Professor-Convidado em Mestrados da Universidade do Minho



Embora as avaliações variem, o que é certo é que a fraude foi gigantesca e inclusive proporcionada pelo lugar que ocupava e que não era para qualquer um: apenas o Presidente do NASDAQ-*National Association of Securities Dealers Automated Quotations*, a segunda maior bolsa de valores e/ou outros instrumentos financeiros do mundo, com a particularidade de ser associada às novas tecnologias. Aliás, se a perspectiva for o número de acções transacionadas e número de negócios, então estamos a falar da maior bolsa do planeta. Noutro extremo, temos por exemplo o economista e banqueiro Muhammad Yunus, Prémio Nobel da Paz em 2006. Este gestor mais social afirmou sempre que “o maior inimigo da paz é a pobreza”. Este grande ser humano acredita que toda a pessoa tem instintos de sobrevivência, pois mesmo quem vive em condições miseráveis vai tentando ultrapassar todos os obstáculos que encontra. Logo o apelidado de “inventor do microcrédito”, refere que é necessário incentivar esse mesmo instinto de sobrevivência. O instinto em causa, que Muhammad Yunus refere, é atraído para a melhoria de condição social, beneficiando todos os outros que se encontram à sua volta. Neste contexto há muito de ética. E o direito e processo penal é uma ética em si mesma. O microcrédito é aqui entendido como um direito humano fundamental. Baseia-se unicamente na confiança mútuas, dentro da qual entram mais do que as partes mais directas. Existem, pois, uma espécie de tomadores. Trata-se duma forma de contradizer os bancos tradicionais que consideram os pobres como “indignos de crédito”. O que conduz ao desprezo pela dignidade do ser humano.

Tudo isto para dizermos que tem todo o sentido dar formação aos gestores, a qual, em alguns casos, tem que ser obrigatória. E falamos de formação e estudo da prevenção do crime, em particular da corrupção em sentido lato, nas próprias escolas de gestão.

2 DISCUSSÃO E APRESENTAÇÃO DE RESULTADOS

2.1 Parte I

Não há economia e gestão justas sem prevenção do crime e nomeadamente da corrupção.² E nada melhor do que estudar isso mesmo nas Escolas de Gestão. De modo a formar gestores mais honestos e íntegros. Já em 2/9/02, um artigo publicado na BBC, assinado por Rafael Gomez e Rodrigo Amaral, refere que a corrupção faz aumentar pobreza e desigualdade.³

Como disse o Papa Francisco em 18/9/16, na Oração do *Angelus*, “a corrupção é

2 Vamos seguir e desenvolver aqui, trazendo novidades, o nosso próprio trabalho de investigação que, nos últimos anos, desde 2003-2004, temos realizado sobre esta matéria. Nomeadamente, Bandeira, Gonçalo S. de Melo, *Abuso de Informação, Manipulação do Mercado&Responsabilidade Penal das “Pessoas Colectivas”, “Tipos Cumulativos” e Bens Jurídicos Colectivos na “Globalização”*, Editora Juruá, 5. ed. Revista e Ampliada com Texto Extra, Lisboa, 2016, *passim*.

3 <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2002/020826_eleicaocorrupcao1ro.shtml>, 2/9/2002.



uma droga que gera pobreza, exploração e sofrimento”. Em sentido estrito os Direitos e Deveres Fundamentais estão consagrados na CRP-Constituição da República Portuguesa, entre os art. 12 (Universalidade) e o art. 79 (Desporto). Dentro destes, temos os Direitos, Liberdades e Garantias, entre os art. 24 (Vida) e o art. 57 (Greve) da CRP. Ainda dentro destes, temos, como já dissemos, a chamada Constituição Criminal entre os art. 25 e 34 da CRP (25: Direito à integridade pessoal; 26: Outros direitos pessoais; 27: Direito à liberdade e à segurança; 28 Prisão preventiva; 29 Aplicação da lei criminal; 30 Limites das penas e das medidas de segurança; 31 *Habeas corpus*; 32 Garantias de processo criminal; 33 Expulsão, extradição e direito de asilo; 34 Inviolabilidade do domicílio e da correspondência; aos anteriores, por cada vez ser mais interactivo e onnipresente com as outras dimensões mesmo físicas, juntaríamos o art. 35: Utilização da informática). Sem esquecer um dos “craques”, Princípio Geral, o art. 18 da CRP. E aqui ressalta a teoria da necessidade, adequação, proporcionalidade e intervenção mínima do Direito penal. Pois, “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.” Ou seja, dentro do coração da Constituição está, nas palavras de Gomes Canotilho, o “sismógrafo da Constituição”, do próprio Estado de Direito. Aqui se distingue precisamente a Democracia da ditadura.

Com todos os escândalos que têm sido tornados públicos, designadamente relacionados com o sector bancário – em Portugal, BPN, BPP ou BES, etc., apenas para ditar alguns mais emblemáticos, mas também no estrangeiro, às dúzias -, por meio dos quais os contribuintes em geral são depois obrigados a pagar os desvarios dos outros, muitas vezes desvarios criminosos e contraordenacionais, em milhares de milhões de dólares e euros, é cada vez mais importante, dizíamos leccionar formação aos futuros gestores em termos de prevenção do crime e corrupção. E não se venha com a ideia de que é possível falar em “gestão de risco de fraude” se não se souber o que significa fraude na legislação em vigor? O que significa crime ou contraordenação, sejam eles quais forem, na legislação em vigor? O que significarão em termos técnicos? Como se aplica o Direito penal e contraordenacional? Porque é que os crimes, sejam eles fiscais, de mercado, das sociedades comerciais, praticados por administradores ou gerentes, gestores, somente podem ser julgados em Tribunais Criminais? E não em outros?

Neste momento da leitura, a estimada leitora ou leitor colocaria em dúvida o que estamos a dizer. Não coloque, minha querida, meu caro! Não coloquem, pois é a própria lei que obriga uma série de profissões, incluindo gestores e entidades a terem, p.e., formação na prevenção do crime de branqueamento de capitais. A Lei nº 25/2008 de 5/6, com alterações até à Lei nº 118/2015, de 31 de agosto, com início de vigência a 1/9/2015, obriga, no seu artigo 22 ao Dever de Formação. E este dever de formação aplica-se quer a entidades financeiras, quer a entidades não financeiras. Ou seja, as Escolas de Gestão, que não apenas as do sector público – mas são estes que devem dar o exemplo no Estado de Direito – deveriam ter obrigatoriamente formação na



prevenção do crime, o que implica que nenhum dos cursos, doutoramento, mestrado ou licenciatura, devem desprezar o estudo do Direito e Processo Criminal.

Mais contra o Estado de Direito do que não querer aplicar a Constituição baseada na Dignidade da Pessoa Humana, é dizer que a mesma deve ser alterada porque “tem umas frases bonitas, mas é impraticável”. Seria mais de meio caminho andado para ainda a cumprir menos na prática.

E, como diz uma velha verdade, não há nada mais prático do que uma boa teoria!

2.2 Parte II

Continuamos a insistir: não há economia e gestão justas sem prevenção do crime e designadamente da corrupção. A chave está de novo na Educação. É uma obrigação constitucional das Escolas de Gestão formar gestores mais íntegros e honestos. Trata-se da cláusula geral de anti-corrupção com base no direito internacional, válida no ordenamento jurídico interno luso, por via que não apenas do art. 8º da CRP-Constituição.

Corrupção significa pobreza, miséria patrimonial e ética. Do latim *corrupta*, palavras coração (*cor*) e rompimento, quebra (*rupta*).

Vejamos então de novo um dos principais problemas da corrupção em sentido amplo e que se intitula de “branqueamento de capitais” ou “lavagem de dinheiro”.

Vamos observar, por conseguinte, a Lei nº 25/2008 de 5/6, com alterações até à Lei nº 118/2015, de 31/8. Lei que, recorde-se, prevê no seu art. 22 um “Dever de formação”: “1 - As entidades sujeitas devem adoptar as medidas necessárias para que os dirigentes e empregados, cujas funções sejam relevantes para efeitos da prevenção do branqueamento e do financiamento do terrorismo, tenham um conhecimento adequado das obrigações impostas pela legislação e regulamentação em vigor nesta matéria. § 2 - As medidas previstas no número anterior devem incluir programas específicos e regulares de formação, adequados a cada sector de actividade, que habilitem os seus destinatários a reconhecer operações que possam estar relacionadas com a prática daqueles crimes e a actuar de acordo com as disposições da presente lei e das respectivas normas regulamentares”. Para já comecemos pelo art. 3º, “Entidades financeiras”: “1 - Estão sujeitas às disposições da presente lei as seguintes entidades, com sede em território nacional: / a) Instituições de crédito; / b) Empresas de investimento e outras sociedades financeiras; / c) Entidades que tenham a seu cargo a gestão ou comercialização de fundos de capital de risco; / d) Organismos de investimento colectivo que comercializem as suas unidades de participação; / e) Empresas de seguros e mediadores de seguros que exerçam a actividade referida na alínea c) do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 144/2006, de 31 de julho, com excepção dos mediadores de seguros ligados mencionados no artigo 8.º do referido decreto-lei, na medida em que exerçam actividades no âmbito do ramo



«Vida»; / f) Sociedades gestoras de fundos de pensões; / g) Sociedades de titularização de créditos; / h) Sociedades e investidores de capital de risco; / i) Sociedades de consultoria para investimento; / j) Sociedades que prossigam actividades que tenham por objecto contratos relativos ao investimento em bens corpóreos; / k) Instituições de pagamento; / l) Instituições de moeda eletrónica. / 2 - São igualmente abrangidas as sucursais situadas em território português das entidades referidas no número anterior com sede no estrangeiro, bem como as sucursais financeiras exteriores. / 3 - A presente lei aplica-se ainda às entidades que prestem serviços postais e ao Instituto de Gestão da Tesouraria e do Crédito Público, I. P., na medida em que prestem serviços financeiros ao público. / 4 - Para os efeitos da presente lei, as entidades referidas nos números anteriores são designadas «entidades financeiras».

Ou seja, esta formação, muito ligada à prática, deveria ser outorgada p.e. pelos Institutos Politécnicos – que há muito se deveriam chamar de Universidades Técnicas – e, claro está, pelas Escolas de Gestão. É de Interesse Público e Constitucional e deve ser um desígnio nacional que as instituições públicas ajudem a formar novas mentalidades.

A Agência de Avaliação e Acreditação do Ensino Superior ao aprovar cursos superiores numa Escola de Gestão não pode deixar de considerar estas matérias da maior importância para o Estado de Direito democrático e social, livre e verdadeiro.

2.3 Parte III

Organizamos dois seminários, entre outros, na Escola Superior de Gestão do IPCA-Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, Barcelos, 5/12 e 9/12, dedicados à prevenção do crime económico. Assim, tivemos o Sr. Inspector do Ministério Público Jorge dos Reis Bravo, sobre “Fraude e Corrupção-Tipologias e políticas penais de controlo”. Assim como, depois, o Sr. Juiz de Direito Nuno Matos, versando “Casos de Direito e Processo Penal – crimes comuns, económicos e tributários”. Quanto melhor for prevenido o crime e, portanto, a corrupção ou o branqueamento de capitais, mais justiça e riqueza haverá para todos. A solução do problema passa pois pela Educação. A corrupção gera miséria. Pelo que temos que a evitar ao máximo. Se queremos mais justiça para todos, claro. É uma obrigação constitucional das Escolas de Gestão formar gestores mais honestos.

Vejamos então de novo, sobre o “branqueamento de capitais”. Pense-se na Lei nº 25/2008 de 5/6, até à Lei nº 118/2015, de 31/8. Não se esqueça o art. 22, “Dever de formação”. Ora, depois de falarmos das “Entidades financeiras”, as quais estão mencionadas no art. 3º, passamos para o art. 4º, o qual disserta acerca das “Entidades não financeiras”: “Estão sujeitas às disposições da presente lei as seguintes entidades, que exerçam actividade em território nacional: / a) Concessionários de exploração de jogo em casinos; / b) Entidades pagadoras de prémios de apostas ou lotarias; / c) Entidades exploradoras de jogos de fortuna ou azar, de apostas desportivas à cota e de apostas hípicas, mútuas ou à cota, quando praticadas à distância, através de



suportes eletrónicos, informáticos, telemáticos e interativos, ou por quaisquer outros meios (jogos e apostas online); / d) Entidades que exerçam actividades de mediação imobiliária e de compra e revenda de imóveis bem como entidades construtoras que procedam à venda directa de imóveis; / e) Comerciantes que transaccionem bens cujo pagamento seja efectuado em numerário, em montante igual ou superior a € 15 000, independentemente de a transacção ser realizada através de uma única operação ou de várias operações aparentemente relacionadas entre si; / f) Revisores oficiais de contas, técnicos oficiais de contas, auditores externos e consultores fiscais; / g) Notários, conservadores de registos, advogados, solicitadores e outros profissionais independentes, constituídos em sociedade ou em prática individual, que intervenham ou assistam, por conta de um cliente ou noutras circunstâncias, em operações: / i) De compra e venda de bens imóveis, estabelecimentos comerciais e participações sociais; / ii) De gestão de fundos, valores mobiliários ou outros activos pertencentes a clientes; / iii) De abertura e gestão de contas bancárias, de poupança ou de valores mobiliários; / iv) De criação, exploração, ou gestão de empresas ou estruturas de natureza análoga, bem como de centros de interesses colectivos sem personalidade jurídica; / v) Financeiras ou imobiliárias, em representação do cliente; / vi) De alienação e aquisição de direitos sobre praticantes de actividades desportivas profissionais; / h) Prestadores de serviços a sociedades, a outras pessoas coletivas ou centros de interesses coletivos sem personalidade jurídica, que não estejam abrangidos nas alíneas f) e g).”.

Em 1 de dezembro e bem, voltou a comemorar-se a Restauração, com o restabelecimento da independência de Portugal face a Espanha. Foi também nesta altura que D. João IV, Rei de Portugal ofereceu a coroa do Reino a Nossa Senhora, a qual, a partir daí, passou a ser Rainha e Padroeira de Portugal, não podendo mais nenhum monarca usar a coroa.

Mas, para ser independente, um país tem que mostrar que o merece ser. E nada melhor do que prevenir a corrupção económica que tanta pobreza tem trazido a Portugal, à Europa e ao mundo inteiro.

2.4 Parte IV

No dia 9/12, foi a comemoração em nível mundial do Dia Internacional Contra a Corrupção. O dia 9 de Janeiro foi declarado pela ONU a partir da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, em vigor desde 14/12/05. Como já mencionado supra, tivemos na Escola Superior de Gestão do IPCA-Instituto Politécnico do Cávado e do Ave um Seminário dedicado à Fraude e Corrupção com o Sr. Procurador-Inspector do Ministério Público Jorge dos Reis Bravo. Uma das principais conclusões foi que, de acordo com o Princípio Geral Constitucional de Anti-Corrupção, o Ensino Superior, a título de exemplo absolutamente prioritário, tem obrigação de colocar os seus meios de leção e investigação também ao serviço da prevenção da corrupção. Bem-haja aos jornalistas e articulistas de opinião que têm denunciado



casos de corrupção e ilegalidade.

Como se tem visto um pouco por todo o mundo, por outro lado, não é suficiente estar a formar economistas e gestores totalmente alheados da prevenção da corrupção e do estudo e prevenção da própria criminalidade económica e financeira como um todo.

Não é compatível com a Constituição que a Agência de Avaliação e Acreditação do Ensino Superior Português perca de vista esta perspectiva. Os cursos superiores somente podem ser aprovados se não desprezarem a prevenção da corrupção e do crime, sobretudo nas Escolas e Faculdades de Gestão e Economia.

Em momento posterior, dia 9/12/2016, realizamos igualmente um outro Seminário, desta vez com o Sr. Juiz de Direito Nuno Matos, sobre Casos de Direito e Processo Penal – crimes comuns, económicos e tributários. Se estes 2 primeiros seminários foram no âmbito da unidade curricular de Direito e Processo Penal, curso superior jurídico de Solicitoria, já no dia 13/12/16, tivemos um Seminário com o Sr. Advogado Nelson Faria de Oliveira, sobre Direitos Fundamentais no Brasil e Portugal, curso de Fiscalidade. Trata-se duma personalidade pública da advocacia de São Paulo, Presidente da Câmara de Comércio e Indústria Luso-Japonesa. Também o estudo dos direitos fundamentais constitucionais é uma boa forma de prevenir a corrupção. Já no dia 20/12/16, realizamos um Seminário com o Sr. Prof. Doutor Paulo Mota Pinto, sobre a relação entre os Direitos Fundamentais e o Direito Privado, também no âmbito da unidade curricular dos Direitos Fundamentais e do Curso de Fiscalidade.

Repare-se de novo na Lei nº 25/2008 de 5/6, c/Lei nº 118/2015, de 31/8, e o seu art. 22, Dever de formação. De acordo com o art. 4º, vamos destacar de novo algumas das Entidades não financeiras que estão obrigadas: “f) Revisores oficiais de contas, técnicos oficiais de contas, auditores externos e consultores fiscais; / g) Notários, conservadores de registos, advogados, solicitadores e outros profissionais independentes, constituídos em sociedade ou em prática individual, que intervenham ou assistam, por conta de um cliente ou noutras circunstâncias, em operações: / i) De compra e venda de bens imóveis, estabelecimentos comerciais e participações sociais; / ii) De gestão de fundos, valores mobiliários ou outros activos pertencentes a clientes; / iii) De abertura e gestão de contas bancárias, de poupança ou de valores mobiliários; / iv) De criação, exploração, ou gestão de empresas ou estruturas de natureza análoga, bem como de centros de interesses colectivos sem personalidade jurídica; / v) Financeiras ou imobiliárias, em representação do cliente; / vi) De alienação e aquisição de direitos sobre praticantes de actividades desportivas profissionais; / h) Prestadores de serviços a sociedades, a outras pessoas coletivas ou centros de interesses coletivos sem personalidade jurídica, que não estejam abrangidos nas alíneas f) e g).”.

A pergunta que se coloca é a seguinte: será que estas “Entidades não financeiras” e/ou profissões associadas cumprem com rigor este dever legal de formação, mormente, na prevenção do branqueamento de vantagens como capitais? Ou seja,



na prevenção da corrupção em sentido amplo? Será? Cremos que em muitos casos, não, ou cumprem-no de forma deficitária.

Ora, as Universidades e sobretudo os Politécnicos que são Universidades de Ciências Aplicadas, deveriam, e podem mesmo, ter aqui um papel que soa como fundamental e conclusivo.

2.5 Parte V

Há mais de 22 anos que andamos a estudar questões jurídico-científicas de criminalidade, que sob a orientação do Sr. Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, considerado um dos pais fundamentais do Direito e processo penal portugueses, quer sob a orientação do Sr. Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, actual Presidente do Tribunal Constitucional. Quer ainda seguindo as indicações de tantos outros Mestres, como é o caso do Sr. Prof. Doutor Marques da Silva, Sr. Prof. Doutor Faria Costa actual Provedor de Justiça, Sr. Prof. Doutor Taipa de Carvalho, Sr^a Prof^a Doutora Anabela Miranda Rodrigues, Sr. Prof. Doutor Mário Ferreira Monte, Sr. Prof. Doutor Pedro Caeiro, Sr^a Prof^a Doutora Helena Moniz actual Juíza-Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça, Sr^a Prof^a Doutora Maria João Antunes, ex-Juíza Conselheira do Tribunal Constitucional, Sr. Prof. Doutor Lobo Moutinho, Sr. Prof. Doutor Soveral Martins, entre Outros como por exemplo o Sr. Prof. Doutor Avelãs Nunes ou, claro está, o Sr. Prof. Doutor J.J. Gomes Canotilho e o Sr. Prof. Doutor Jónatas Machado ou o Sr. Prof. Doutor Vital Moreira ou o Sr. Prof. Doutor Paulo Ferreira da Cunha. Entre ainda muitos Outros, que não cito aqui, mas que estão presentes entre as linhas que escrevemos. Quer sejam problemas de Direito e processo penal, criminologia, mas também de política criminal. Dentro destas dimensões, existem uma série de sub-tópicos. Leccionamos e somos investigadores nas áreas de Direito e processo penal, trabalhamos aliás directamente com o actual Presidente do Tribunal Constitucional Sr. Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, quando estivemos a reger a unidade curricular de Criminologia na Licenciatura de Direito durante 4 anos na Universidade Portucalense Infante D. Henrique, na Cidade do Porto. A Política Criminal também faz parte do nosso dia-a-dia de pesquisa.

Já em 2014, alertámos para os então problemas de ausência duma lei-quadro actualizada de política criminal, entretanto “lacuna ultrapassada” com a Lei nº 72/2015, de 20/7, biénio 2016/2017. Lacuna que, contudo, antes da entrada em vigor desta última legislação, persistiu na *praxis* durante alguns anos. O que, só por si, revelava um grave problema de organização nacional no Ordenamento Jurídico Interno, nomeadamente na área das ciências jurídico-criminais.

Desta nossa profícua experiência, cedo concluímos que não tem sentido nenhum estar a formar gestores e economistas que não compreendem as questões da prevenção da criminalidade económica, social e financeira. Numa altura em que as fraudes internacionais financeiras, e as fugas aos impostos ilícitas, bem como as lavagens de dinheiro associadas e toda a criminalidade organizada inerente,



incluindo contabilidades paralelas, atingem dimensões incomensuráveis de milhares de milhões de €Euros e \$Dólares norte-americanos, torna-se cada vez mais importante formar os gestores e os economistas, entre outras profissões e áreas, de modo a que a prevenção da criminalidade em geral, e da corrupção em particular, passem a ser naturais.

Como já afirmava Muhammad Yunus, Prémio Nobel da Paz 2006, “inventores do microcrédito”, a pobreza é o maior inimigo da Paz. Ora, a corrupção e a criminalidade, em termos de Justiça universal, são geradoras de pobreza. Não obstante, não basta seguir o caminho da aprendizagem da “gestão do risco da fraude” p.e. empresarial. Durante e na sequência dos nossos estudos de Doutoramento pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra entre 2003 e 2009, propusemos por escrito nos começos de 2010, quando fomos instados a isso, faz agora cerca de 7 anos, à Escola Superior de Gestão do IPCA-Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, uma pós-graduação que tivesse por objecto, não só, mas também, a Lei nº 25/2008, de 5/6, com alterações até à Lei nº 118/2015, de 31/8. Essa ideia, por conseguinte, faz parte da nossa pesquisa de Doutoramento desde 2003.⁴ Adaptando a uma pós-graduação ou curso em concreto, fizemos o seguinte baptismo: GIRO-Gestão do Ilícito e sua Remissão às Organizações. Mas, justamente, como se podia verificar no programa, o objectivo desta formação não era só responder às exigências do Dever de Formação, previsto no art. 22 da Lei nº 25/2008. Era também – como consideramos ser indispensável –, dar formação no âmbito do Direito e processo penal, criminologia e política criminal. I.e., não basta a “Gestão do Risco da Fraude” do ponto de vista económico ou contabilístico ou fiscalista ou de gestão.

Repare-se que não é por caso que o núcleo fundamental dos Direitos, Liberdades e Garantias constitucionais é o centro da chamada Constituição Criminal lusa. Como é que alguém, como p.e. um gestor, que não sabe aplicar o que é uma acção (ou omissão) típica, ilícita, culposa e punível, a autoria e participação, o dolo ou negligência, os princípios fundamentais como o da culpa, ou legalidade, ou do acusatório, etc., pode prevenir e perceber a criminalidade, e, portanto, a corrupção, em toda a sua plenitude?! É óbvio que é impossível. Daí um curso de pós-graduação nesta área ou de licenciatura, entre outras vertentes, ter que ter a participação obrigatória de criminalistas, de penalistas. De contrário, a formação apresentará graves lacunas jurídico-científicas e provocará, ou poderá não evitar, novos ilícitos e fraudes.

4 E está publicada, Bandeira, Gonçalo S. de Melo, Abuso de Informação, Manipulação do Mercado&Responsabilidade Penal das “Pessoas Colectivas”, “Tipos Cumulativos” e Bens Jurídicos Colectivos na “Globalização”, Editora Juruá, 5. ed. Revista e Ampliada com Texto Extra, Lisboa, 2016, *passim*.



3 CONCLUSÕES

A conclusão principal é de que é disparatado do ponto de vista científico chamar jurídico a um curso que no seu núcleo de unidades curriculares fundamentais não tem direito e processo penal. Ou fazer pós-graduações sobre prevenção da corrupção e não ter uma única unidade curricular de direito penal em sentido amplo, incluindo portanto, de modo directo ou indirecto, referências de carácter criminológico e duma perspectiva de política criminal.

No caso das escolas de gestão, é indispensável outorgar uma formação na prevenção dos crimes em geral, e da corrupção em particular, aos próprios gestores. Não tem sentido formar gestores sem uma única palavra sobre criminalidade económica e financeira e social, como por exemplo sobre corrupção em sentido estrito, fraude fiscal, branqueamento de capitais ou lavagem de dinheiro, abuso de informação privilegiada, manipulação do mercado, abuso de posição dominante ou até crime de infidelidade patrimonial por exemplo ou ainda, *mutatis mutandis*, peculato.

Além do mais, esta formação tem que ser contínua. Pois a própria legislação da criminalidade económica e financeira e social, vai se alterando. Porque a própria realidade e *modus operandi* também se vão modificando. E, por conseguinte, também se vai modificando a jurisprudência e a doutrina. Não, de modo necessário, por causa ou efeito, mas por influências mútuas. Como refere o nosso também Mestre, Prof. Doutor Hans-Heinrich Jescheck, nas alterações legislativas que aqui assistimos, estão em consideração as alterações técnicas e económicas das formas de operar no tráfico negocial, incluindo as normas penais dirigidas a contrariar (“combater”) a criminalidade informática, a proteger o tráfico de pagamentos que não se realizam em efectivo e à tutela das pessoas que buscam investimentos (ilícitos, dizemos nós) fiscalmente especulativos ou de alto risco... “*die steuersparende oder speculative Geldanlagen suchen*”.⁵

A globalização do crime tornou-se um problema mundial que também merece ser tratado pela inclusão da formação como modo de prevenção. Ou seja, gestores que não têm formação na prevenção do crime são gestores que podem ficar for a da sua própria inclusão no Estado de Direito Social, democrático, livre e verdadeiro.

REFERÊNCIAS

AA.VV. **Regime Geral das Infracções Tributárias e Regimes Sancionatórios Especiais Anotados**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

AA.VV. TEIXEIRA, Glória; AZEVEDO, Patrícia Anjos (Coord.). **Códigos anotados & comentados, CIVA**, Lexit/O Informador Fiscal, Edição de Abril de 2015.

5 Jescheck, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas, **Lehrbuch des Strafrechts § Allgemeiner Teil § Fünfte Auflage**, Duncker & Humblot • Berlin, Alemanha, 1996, p. 105-106.

BANDEIRA, Gonçalo N.C.S. de Melo. **Responsabilidade penal económica e fiscal dos entes colectivos** § à volta das sociedades comerciais ou sociedades civis sob a forma comercial. Tese (Dissertação de mestrado pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa). Coimbra: Editora Almedina, 2004 (P.S.: confrontar a bibliografia mencionada neste livro e que está relacionada com o direito penal fiscal).

BANDEIRA, Gonçalo N.C.S. de Melo. O Crime de “Branqueamento” e a Criminalidade Organizada no Ordenamento Jurídico Português no contexto da União Europeia: novos desenvolvimentos e novas conclusões, In: AA.VV., NASCIMENTO SILVA, Luciano; BANDEIRA, Gonçalo N.C. Sopas de Melo (Coord.). **Branqueamento de capitais e injusto penal** - Análise Dogmática e Doutrina Comparada Luso-Brasileira. Lisboa, Portugal: Editora Juruá, <www.jurua.com.br>, 2010. p. 555-668.

BANDEIRA, Gonçalo N.C.S. de Melo. A “origem” e o actual crime luso de fraude fiscal: alguns problemas de Direito penal § *The “origin” and current portuguese crime of tax fraud: some problems of criminal law*, **Revista Jurídica da Universidade Portucalense**, Porto, n. 14, p. 63-80, 2011.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. A designada Responsabilidade das pessoas colectivas e equiparadas no contexto do presente ordenamento jurídico luso e do regime geral das infracções tributárias. In: A fiscalidade como instrumento de recuperação económica, Respostas Fiscais à Crise no Espaço Europeu. Receita Fiscal e Garantia dos Contribuintes, Impacto das ‘Reformas’ na Recuperação Económica, Centro de Investigação em Contabilidade e Fiscalidade. **Editorial Vida Económica**, Lisboa, p. 316-342, 2011.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo (2013, edição e distribuição). Anotação sintética, numa perspectiva de Direito Público, ao Acórdão n.º 63/2006, em Plenário, do Tribunal Constitucional (português), de 24 de Janeiro de 2006 – qual proibição constitucional de impostos retroactivos? A tese de Oliveira Salazar. **Revista Jurídica da Unicuritiba**, Curitiba, Brasil, v. I, n. 30, p. 5-20, 2013. ISSN 2316-753X.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo, In: **Abuso de Informação, Manipulação do Mercado e Responsabilidade Penal das "Pessoas Colectivas"** § "Tipos Cumulativos" e Bens Jurídicos Colectivos na "Globalização". 4. ed. Lisboa, Portugal: Editora Juruá, 2015.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. Prevenção do Terrorismo vs Neoliberalismo, **Diário do Minho**, 30/1/2015.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. **Responsabilidade financeira e criminal** § Direitos Constitucionais Sociais, Dinheiros Públicos e Recuperação de Activos. Lisboa: Editora Juruá, 2015.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. Estudo da Prevenção do Crime nas Escolas de Gestão. **Diário do Minho**, Braga, 2016.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. Estudo da Prevenção do Crime nas Escolas de Gestão II. **Diário do Minho**, Braga, 2016.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. Estudo da Prevenção do Crime nas Escolas de Gestão III. **Diário do Minho**, Braga, 2016.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. Estudo da Prevenção do Crime nas Escolas de Gestão IV. **Diário do Minho**, Braga, 2016.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. Estudo da Prevenção do Crime nas Escolas de Gestão V. **Diário do Minho**, Braga, 2016.



CATARINO, João Ricardo; VICTORINO, Nuno. **Infracções tributárias, anotações ao regime geral**. 3. ed. Coimbra Editora, 2012.

COSTA, Cardoso da; FIGUEIRAL, Joaquim. O recurso para os tribunais judiciais da aplicação das Coimas pelas autoridades administrativas. **Ciência e Técnica Fiscal**, n. 366.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des Strafrechts § Allgemeiner Teil § Fünfte Auflage**. Duncker & Humblot • Berlin, Alemanha, 1996.

LEITÃO, Hélder Martins. **Regime geral das infracções tributárias** – Anotado e Comentado. Porto: Editora Almeida & Leitão, 2012.

MARQUES, Paulo. In: **Infracções Tributárias v. 1 – Investigação Criminal v. 2 – Contra-ordenações**, Ministério das Finanças e da Administração Pública, 2007.

PAIVA, Carlos. In: **Das infracções fiscais à sua persecução processual**, Almedina, 2012.

SILVA, Germano Marques da. **Direito penal tributário § Sobre as Responsabilidades das Sociedades e dos Seus Administradores Conexas com o Crime Tributário**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009.

SILVA, Isabel Marques da. **Regime geral das infracções tributárias**. 3. ed., Coimbra: Editora Almedina, 2010 (a 5. edição de 2015 é uma reimpressão da de 2010).

TEIXEIRA, Carlos; GASPAR, Sofia. Lei nº 15/2001, de 5 de Junho, sobre o regime geral das infracções tributárias (Artigos 7º, 12º a 22º, 87º a 107º), **Comentário da Leis Penais Extravagantes**, Volume 2, Paulo Pinto de Albuquerque / José Branco (Org.), Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011. p. 388 e ss..

VALENTIM, Carlos; CARDOSO, Paulo. Roteiro der Justiça Administrativa. **Edições Vida Económica**, 2011.



RESTRIÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS MILITARES DA GUARDA NACIONAL REPUBLICANA (?): EM ESPECIAL, O DIREITO DE ACESSO AO ENSINO E DIREITOS CONEXOS

Isabel Celeste Monteiro da Fonseca¹

Cláudia Sofia Melo Figueiras²

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como tema a «Restrição aos Direitos Fundamentais dos militares da Guarda Nacional Republicana (?): em especial, o direito de acesso ao ensino e direitos conexos». A escolha do tema deve-se ao facto de cada vez mais existirem, em Portugal, militares da Guarda Nacional Republicana (GNR) que decidem frequentar um curso, nomeadamente ao nível do ensino superior. O objetivo deste trabalho é demonstrar a pertinência de um entendimento atual e adequado do dever de disponibilidade em face dos Direitos Fundamentais dos militares, em especial do direito de acesso ao ensino e outros direitos com ele conexos.

Para o efeito, o nosso trabalho divide-se em três pontos. No primeiro ponto, localiza-se a GNR no quadro da organização administrativa portuguesa. No segundo ponto, faz-se uma análise ao estatuto geral do trabalhador-estudante previsto no Código do Trabalho (CT) e procede-se à argumentação da necessidade da sua aplicação aos militares da GNR. No terceiro e último ponto ditam-se as nossas conclusões finais.

2 LOCALIZAÇÃO DA GUARDA NACIONAL REPUBLICANA NO QUADRO DA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA PORTUGUESA: EM ESPECIAL, OS MILITARES COMO TRABALHADORES EM FUNÇÕES PÚBLICAS

A GNR é uma força militarizada que tem como principal missão a de assegurar a legalidade democrática, garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos, bem como colaborar na execução da política de defesa nacional.³ Esta é uma força que se integra, contudo, na orgânica do Estado, estando dependente do membro do

1 Universidade do Minho.

2 Universidade do Minho.

3 Cfr. artigo 1.º, da lei n.º 63/2007, de 6 de novembro (Lei Orgânica da Guarda Nacional Republicana – LOGNR).



Governo responsável pela área da Administração Interna.⁴

Aos militares da GNR não se aplica, contudo, o regime previsto na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LTFP), aprovada pela lei n.º 35/2014, de 20 de junho, sem prejuízo, porém do vínculo de emprego público na modalidade de nomeação, previsto no artigo 8.º, da referida lei, e do respeito pelos princípios continuidade do exercício de funções públicas, das garantias de imparcialidade, do planeamento e gestão de recursos humanos, do procedimento concursal, da organização das carreiras e dos princípios gerais em matéria de remunerações, que são princípios aplicáveis ao vínculo de emprego público.⁵ O regime que se aplica aos militares da GNR, desde logo por esta ser uma força militar, está previsto em lei especial. Não obstante, os militares da GNR devem considerar-se trabalhadores da Administração Pública,⁶ ainda que sujeitos a um regime especial.⁷

3 DA APLICABILIDADE DO REGIME GERAL DO ESTATUTO DE TRABALHADOR-ESTUDANTE PREVISTO NO CÓDIGO DO TRABALHO AOS MILITARES DA GNR

Neste ponto, deve-se procurar saber se o regime geral do Estatuto do trabalhador-estudante, previsto no Código do Trabalho, é aplicável, ou não, aos militares da GNR. Não sendo aplicável, importa perceber o porquê da sua não aplicação e os motivos que nos levam a entender que o mesmo lhes deve ser aplicável, tal como é aplicável aos demais trabalhadores.

- 4 Cfr. artigo 6.º do decreto-lei n.º 126-B/2011, de 29 de dezembro, que estabelece a orgânica do Ministério da Administração Interna.
- 5 Cfr. artigo 2.º, n.º 2, da lei n.º 35/2014, de 20 de junho (Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas - LTFP).
- 6 Para sustentar tal entendimento basta que se faça uma leitura atenta do texto constitucional. Como se tem vindo a entender, a inserção das restrições ao exercício de direitos por parte de militares no artigo 270, da Constituição da República Portuguesa (CRP), ou seja, no capítulo respeitante à Administração Pública e logo em seguida ao artigo 269 da CRP que estabelece o regime da função pública, só nos pode conduzir à conclusão de que os militares são trabalhadores da Administração Pública e não agentes do Estado. Neste sentido, vejam-se os pareceres da Procuradoria Geral da República n.º 64/92; n.º 6/97; e, finalmente, n.º 3/2002, todos disponíveis em www.dgsi.pt. No sentido de que os militares são agentes do Estado veja-se o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 103/87, processo n.º 74/83, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.
- 7 Em termos gerais, além das referidas normas da LTFP, aplicam-se aos militares da GNR o regime previsto na lei n.º 63/2007 de 6 de novembro (LOGNR), no decreto-Lei n.º 297/2009, de 14 de outubro, com as alterações introduzidas pela declaração de retificação n.º 92/2009, de 27 de novembro (Estatuto dos Militares da Guarda Nacional Republicana – EMGNR), a lei n.º 145/99, de 1 de setembro, alterada pela lei n.º 66/2014, de 28 de agosto (Regulamento de Disciplina da Guarda Nacional Republicana – RDGNR), o Regulamento Geral do Serviço da Guarda Nacional Republicana (RGSGNR), o Regulamento de Avaliação do Mérito dos Militares da Guarda Nacional Republicana (RAMMGNR), entre outros diplomas.



3.1 Referência ao Estatuto previsto no Código do Trabalho: em especial da sua aplicação aos trabalhadores que exercem funções públicas

O regime geral do Estatuto de trabalhador-estudante vem previsto no Código do Trabalho, aprovado pela lei nº 7/2009, de 12 de fevereiro.⁸ O regime aí previsto aplica-se, de acordo com o artigo 4º, nº 1, al f) da LTFP, aos trabalhadores em funções públicas.⁹

Os artigos 89 a 96 -A do CT estabelecem o regime que deve aplicar-se aos trabalhadores que frequentem «qualquer nível de educação escolar, bem como curso de pós-graduação, mestrado ou doutoramento em instituição de ensino, ou ainda curso de formação profissional ou programa de ocupação temporária de jovens com duração igual ou superior a seis meses».¹⁰ Assim, adquire o estatuto de trabalhador-estudante todo o trabalhador que frequente qualquer nível de educação escolar, incluindo pós-graduações, mestrados e doutoramentos em instituições de ensino privado ou público, bem como qualquer formação profissional ou programa de ocupação temporária de jovens, desde que tenham uma duração igual ou superior a seis meses.

São vários os direitos que a lei atribui ao trabalhador-estudante. No entanto, da aquisição do estatuto não decorrem apenas direitos, mas também deveres. Começando pelos direitos, em termos gerais, pode dizer-se que o trabalhador-estudante tem o seguinte conjunto de direitos e possibilidades:¹¹ a) direito ao ajustamento do horário de trabalho ou dispensa do mesmo por forma a permitir a frequência das aulas e a deslocação para o estabelecimento de ensino; b) direito à não realização de trabalho suplementar; c) direito a faltar justificadamente para a prestação de provas de avaliação; d) direito a marcar o período de férias de acordo com as suas necessidades escolares; e) direito, em cada ano civil, a uma licença sem retribuição, com a duração de 10 dias úteis seguidos ou interpolados; f) possível promoção profissional à qualificação obtida.

Além dos direitos e possibilidades referidos, sobre o trabalhador-estudante impende também um conjunto de deveres e obrigações,¹² nomeadamente: a) o dever de comprovar perante o empregador a sua condição de estudante, apresentado

8 O regime de trabalhador-estudante constou já de diversos diplomas, nomeadamente da lei nº 26/81, de 21 de agosto, da lei nº 116/97, de 4 de novembro e do Código do Trabalho (CT) aprovado pela lei nº 99/2003, de 27 de agosto.

9 Ao contrário do que acontecia na antiga lei nº 59/2008, que aprovou o Regime do Contrato de Trabalho em Funções públicas, no qual se previa o regime do trabalhador-estudante que exerce funções públicas. Este regime acabaria, contudo, por vir a ser revogado pela lei nº 66/2012, de 31 de dezembro que aditou o artigo 8º-B à lei nº 59/2008, remetendo, no que concerne aos trabalhadores estudantes, para o regime previsto no Código do Trabalho.

10 Cfr. artigo 89, nº 1 do CT.

11 Cfr. artigos 90, 91, 92 e 93 do CT

12 Cfr. artigos 94 e 95 do CT.



o horário das atividades educativas a frequentar; b) o dever de escolher, entre as possibilidades existentes, o horário mais compatível com o horário de trabalho, sob pena de não beneficiar dos direitos correspondentes; c) e o dever de obter aproveitamento escolar para poder usufruir de todos os seus direitos devendo comprovar esse aproveitamento perante o empregador no final de cada ano letivo.

Este é um regime que, como se referiu, se aplica aos trabalhadores em funções públicas. No entanto, apesar desta ser regra existem alguns regimes especiais que preveem limitações à proteção jurídica dos trabalhadores-estudantes, como é o caso dos educadores de infância e professores de ensino básico e secundário,¹³ bem como das forças de segurança em que se inclui a GNR. Não deixa de ser, na verdade, um verdadeiro contrassenso o facto de estas restrições se verificarem, essencialmente, ao nível dos funcionários do Estado a quem incumbe, nos termos da Constituição da República Portuguesa (CRP), «assegurar o ensino e a valorização permanente»;¹⁴ «a valorização profissional dos trabalhadores»;¹⁵ «a protecção das condições de trabalho dos trabalhadores-estudantes»;¹⁶ «garantir a educação permanente»;¹⁷ e «garantir a todos os cidadãos, segundo as suas capacidades, o acesso aos graus mais elevados de ensino».¹⁸

3.2 Os argumentos contra a aplicação do regime geral do Estatuto do trabalhador-estudante, previsto no Código do Trabalho, aos militares da GNR: em especial, o dever de disponibilidade

O Estatuto dos Militares da GNR (EMGNR) prevê no artigo 158 o regime aplicável aos militares que detenham o Estatuto de trabalhador-estudante. O referido artigo consagra a possibilidade de o militar da GNR frequentar qualquer curso complementar para a sua cultura geral ou especialização técnica. Para esse efeito, o militar poderá ser dispensado do serviço, sem perda de remuneração ou de quaisquer outros direitos, para prestação de provas de avaliação. O militar deve, porém, apresentar comprovativo da necessidade da deslocação e do horário da realização da prova. O militar pode, ainda, requerer, de acordo com o artigo 186, do EMGNR, uma licença para estudos que pode ser concedida por despacho do comandante-geral, para efeitos de frequência de cursos, cadeiras ou estágios, em estabelecimentos de ensino nacionais ou estrangeiros, desde que com interesse para a Guarda.

13 Cfr. artigo 101 do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos básico e Secundário, aprovado pelo decreto-lei n.º 139-A/90, de 28 de abril, com as alterações posteriores.

14 Cfr. artigo 9º, al. f) da CRP.

15 Cfr. artigo 58, n.º 2, al. c), da CRP.

16 Cfr. artigo 59, n.º 2, al. f) da CRP.

17 Cfr. artigo 74, n.º 2, al. c), da CRP.

18 Cfr. artigo 74, n.º 2, al. d), da CRP.



Comparando-se o artigo 158 do EMGNR com o regime geral do Estatuto de trabalhador-estudante, consagrado no Código do Trabalho, verifica-se que o militar apenas tem direito a faltar justificadamente ao serviço para prestar as provas de avaliação. Deste modo, caso se entenda que aquele regime não se aplica aos militares, como de resto se tem entendido, ficam fora da esfera jurídica do militar o direito ao ajustamento do horário de trabalho ou dispensa do mesmo por forma a permitir a frequência das aulas e a deslocação para o estabelecimento de ensino; o direito à não realização de trabalho suplementar; o direito a marcar o período de férias de acordo com as suas necessidades escolares; e, finalmente, o direito, em cada ano civil, a uma licença sem retribuição, com a duração de 10 dias úteis seguidos ou interpolados.

A aplicação do regime geral do Estatuto de trabalhador-estudante, previsto no Código do Trabalho, ainda que ao abrigo de legislação anteriormente em vigor, foi rejeitada numa decisão do Supremo Tribunal Administrativo,¹⁹ sustentada no parecer nº 6/97, do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República²⁰ em que se entendeu não ser aplicável o regime geral relativo aos trabalhadores-estudantes aos militares da GNR por o mesmo não se mostrar compatível com o dever de disponibilidade a que os mesmos estão sujeitos. Entendeu-se nesta decisão que a não aplicação do regime geral dos trabalhadores estudantes aos militares da GNR não colidia com o direito à valorização profissional, nem com o direito à proteção das condições de trabalho do trabalhador-estudante constitucionalmente consagrados, porquanto os militares sempre poderiam frequentar qualquer curso desde que a sua frequência ocorresse sem prejuízo para o serviço, ou então, caso houvesse prejuízo para o serviço, sempre poderiam requer uma licença de estudos.

O dever de disponibilidade dos militares da GNR está consagrado em vários preceitos legais. Desde logo, no artigo 10º do EMGNR em que se refere no nº 1 que o militar deve estar permanentemente disponível para o serviço, ainda que com sacrifício dos seus interesses pessoais. No nº 2, do mesmo artigo, prevê-se o dever de o militar não se ausentar da área onde presta serviço, exceto se for autorizado, ou quando, no exercício das suas funções, deva efetuar de imediato diligências que possam conduzir ao esclarecimento de qualquer ato de natureza criminal ou contraordenacional. No nº 3, consagra o dever de o militar comunicar e manter atualizado o seu domicílio habitual e, no caso de ausência por licença, doença ou outro motivo, informar o local onde possa ser encontrado e as formas de ser contactado.

Além do EMGNR, o dever de disponibilidade encontra-se também consagrado no artigo 15.º do RDGNR. À semelhança do preceito referido no parágrafo anterior, no nº 1 deste artigo 15º, o legislador vem reiterar o dever de permanente prontidão para o serviço, com prejuízo dos interesses pessoais. No nº 2, o legislador vem densificar

19 Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, processo nº 0777/04, de 16/11/2004, disponível em <www.dgsi.pt>.

20 Parecer disponível em <www.dgsi.pt>.



o conteúdo do dever de disponibilidade, referindo que, no cumprimento deste dever, cabe ao militar: a) apresentar -se com pontualidade no lugar a que seja chamado ou onde deva comparecer em virtude das obrigações de serviço; b) comparecer no comando, unidade ou estabelecimento a que pertença sempre que circunstâncias especiais o exijam, nomeadamente em caso de grave alteração da ordem pública, de emergência ou de calamidade; c) não se ausentar, sem a devida autorização, do posto ou local onde deva permanecer por motivo do serviço ou por determinação superior. É este dever de constante prontidão para o serviço que, segundo a jurisprudência *supra* referida, afasta a possibilidade de aplicação do regime geral do Estatuto de trabalhador-estudante, previsto no Código do Trabalho, aos militares.

3.3 Os argumentos a favor da aplicação do Estatuto do trabalhador-estudante, previsto no Código do Trabalho, aos militares da GNR: em especial, a compatibilização dos direitos com o dever de disponibilidade

O dever de disponibilidade é a âncora que serve de afastamento à aplicação do regime geral do trabalhador-estudante, previsto no Código do Trabalho, aos militares da GNR. A não aplicação deste regime geral aos militares contende com vários Direitos Fundamentais, nomeadamente com o direito fundamental à formação cultural e técnica e à valorização profissional dos trabalhadores, previsto no artigo 58, nº 1, al. c), da CRP, com o direito fundamental à proteção das condições de trabalho do trabalhador-estudante, previsto no artigo 59, nº 2, al. f), da CRP e com o direito fundamental ao ensino previsto no artigo 74, da CRP. O regime geral do Estatuto dos trabalhadores-estudantes, previsto no Código do Trabalho, vem conferir concretização legal àqueles Direitos Fundamentais, sendo, por isso, um regime que assenta em pilares *jus-fundamentais*.

O dever de disponibilidade, seja ele encarado como um dever fundamental com assento constitucional, seja ele encarado com um dever *infra constitucional* não justifica, nem pode justificar, como de seguida demonstraremos, uma restrição absoluta daqueles Direitos Fundamentais na esfera jurídica dos militares.

3.3.1 O dever de disponibilidade como um dever fundamental (?)

O dever de disponibilidade dos militares encontra algumas raízes na Constituição da República Portuguesa, nomeadamente quando se atenta no conteúdo de alguns preceitos legais, tais como o artigo 272, nº 1, da CRP em que se refere que «[a] polícia tem por funções defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos»; o 273, nº 1, da CRP que exige do Estado a defesa nacional e, nesse sentido, «garantir, no respeito da ordem constitucional, das instituições democráticas e das convenções internacionais, a independência nacional, a integridade do território e a liberdade e a segurança das populações contra qualquer agressão ou ameaça externas» (nº 2), cabendo às forças armadas a defesa militar da república, estando, nesse sentido, ao serviço do povo português. Como se referiu



supra, a GNR é uma força de segurança militarizada que está colocada na dependência operacional do Chefe do Estado-Maior-General das Forças Armadas, motivo pelo qual se lhe deve aplicar o disposto nos artigos 273 a 276 da CRP, relativos à defesa nacional.²¹ São estes preceitos constitucionais, entre outros, que sujeitam os militares a especiais deveres e que, nessa medida, justificam a restrição de alguns dos seus direitos, nomeadamente no artigo 270, da CRP. O facto de o dever de disponibilidade encontrar raízes na CRP, ou seja, de proteger bem constitucionalmente consagrados, conduz-nos a refletir sobre a sua eventual natureza *jus-fundamental*.

Os Deveres Fundamentais, como refere Jorge Miranda (2006, p. 65), são os deveres básicos de uma pessoa perante as outras e perante o próprio Estado e que radicam, tal como os direitos fundamentais, na dignidade da pessoa humana (MIRANDA, 2016, p. 247). Os Deveres Fundamentais têm de decorrer da Constituição, ou seja, como refere Gomes Canotilho (2016, p. 534), ao contrário dos Direitos Fundamentais, a Constituição não confere nenhuma abertura para a existência de Deveres Fundamentais *extraconstitucionais*, ainda que se possam existir, como admite o Professor, deveres legais fundamentais. Esta menor abertura para a consagração de Deveres Fundamentais justifica-se, desde logo, porquanto os mesmos são limitativos da liberdade do indivíduo (MIRANDA, 2006, p. 65).

A Constituição da República Portuguesa, na verdade, não consagra um catálogo de deveres fundamentais, ainda que a sua Parte I tenha como título «Direitos e deveres fundamentais». Encontramos, apenas, «*deveres fundamentais de natureza pontual*» (CANOTILHO, 2016, p. 532) que são necessariamente baseados numa norma constitucional, ou numa lei, desde que com autorização constitucional. Repare-se, ainda, que os deveres fundamentais não são necessariamente a outra face dos direitos fundamentais, pois além de deveres fundamentais conexos com direitos fundamentais, há deveres fundamentais que são autónomos (CANOTILHO, 2016, p. 532 e 533).

O dever de disponibilidade, admitindo-o como Dever Fundamental, é um dever autónomo e tem as suas raízes nos preceitos constitucionais acima referidos. Admitindo-se, contudo, que tais normas não justificam, por si só, a sua natureza fundamental formal, sendo este apenas um dever legal fundamental, ou seja, um dever constitucional material, este deverá estar, ainda assim, como refere Gomes Canotilho (2016, p. 534), sujeito a um regime especialmente cauteloso semelhante ao das leis restritivas dos Direitos Fundamentais, em especial dos direitos, liberdades e garantias. Como refere o autor, este cuidado é extensivo aos casos em que a imposição de um juramento implica a assunção de deveres especialmente relacionados com o cargo assumido (CANOTILHO, 2016, p. 534), o que nos parece acontecer no caso do dever de disponibilidade. Independentemente da posição de que se parte, ou seja,

21 Repare-se que além dos diplomas acima referidos também se aplica aos militares da GNR a Lei de Bases Gerais do Estatuto da Condição Militar (LBGECM), o Código de Justiça Militar (CJM), o Regulamento de Continências e Honras Militares (RCHM) e o Regulamento da Medalha Militar e das Medalhas Comemorativas das Forças Armadas (RMMMCA) (Cfr. artigo 5º, nº 1, do EMGNR).



se o dever de disponibilidade é um dever constitucional formal, ou se é apenas um dever constitucional material, parece-nos defensável a ideia de que este assume a natureza de um verdadeiro Dever Fundamental até porque, ainda que indiretamente, encontra as suas raízes na Lei Fundamental. Tais raízes são, em nosso entendimento, imprescindíveis à atribuição de uma natureza *jus-fundamental*. Como refere Jorge Miranda (2016, p. 271),²² num Estado de Direito como é o nosso se o princípio é o da liberdade não se pode atribuir ao legislador competência livre ou discricionária em matéria de deveres.

Deste modo, considerando-se o dever de disponibilidade um dever fundamental, deve-se procurar saber se o mesmo dever ceder, ou não, perante o direito fundamental à formação cultural e técnica e à valorização profissional dos trabalhadores, o direito fundamental à proteção das condições de trabalho do trabalhador-estudante, e o direito fundamental ao ensino. Verifica-se, neste caso, uma colisão de direitos e deveres fundamentais. Estamos, neste âmbito, no domínio dos chamados direitos económicos, sociais e culturais.

O direito fundamental à formação cultural e técnica e à valorização profissional dos trabalhadores é um direito que tem como principal destinatário o Estado e que tem em vista a melhor inserção e realização dos trabalhadores no mercado de trabalho (MIRANDA; MEDEIROS, 2010, p. 1041). Não obstante, ainda que aquele seja o principal destinatário, a verdade é que incumbe, também, ao empregador garantir que ao trabalhador seja assegurada uma boa formação profissional (CANOTILHO; MOREIRA, 2014, p. 765). Está-se, aqui, perante um direito individual do trabalhador à formação que se mostra diretamente relacionado com o direito ao ensino e que tem por objetivo promover as possibilidades de emprego dos trabalhadores (CANOTILHO; MOREIRA, 2014, p. 765).²³

O direito fundamental à proteção das condições de trabalho do trabalhador-estudante, exige da parte do Estado que este aprove toda a norma suscetível de assegurar uma adequada proteção das condições de trabalho daqueles que mais dela necessitam, como é o caso daqueles que são trabalhadores-estudantes (MIRANDA; MEDEIROS, 2010, p. 1166). Foi por força deste preceito constitucional que o Estado-legislador aprovou, no Código do Trabalho, o regime geral do Estatuto do trabalhador-estudante e que se aplica, como se viu, não só aos trabalhadores das empresas privadas, mas também aos trabalhadores da Administração Pública.

22 Para o Professor na falta de uma disposição semelhante à do artigo 16, nº 1, para os deveres fundamentais não pode admitir-se no direito português deveres fundamentais além dos que estão previstos na Constituição da República Portuguesa. Reconhece, porém, que independentemente da qualificação que se faça, admitindo, portanto, outras qualificações, que o artigo 16, nº 1, e o 18 da CRP, implicam sérios limites à fixação legislativa de deveres (MIRANDA, 2016, p. 271).

23 Como se entendeu, no Acórdão do Tribunal Constitucional nº 454/1997, de 25/06/1997, disponível em <www.tribunalconstitucional.pt>
«existe [...] uma função social do trabalho, que tem por efeito reflexo a protecção dos direitos fundamentais do trabalhador, nos quais se engloba o direito à valorização cultural e profissional».



A proteção das condições de trabalho dos trabalhadores-estudantes deve incidir «sobre a flexibilidade de horários de trabalho, regime de justificação de faltas para cumprimento de deveres de trabalho, regime de turnos, efeitos profissionais de valorização escolar, prestação de prova de avaliação, etc.» (CANOTILHO; MOREIRA, 2014, p. 777).

O direito fundamental ao ensino implica que a todos seja assegurado o direito de aprender, em certa fase da vida, mas também ao longo da vida (MIRANDA; MEDEIROS, 2010, p. 1414). Daqui resulta que a ninguém pode ser negado o direito de aprender, independentemente da fase da sua vida em que se encontre. Aqui se incluem necessariamente aqueles que sendo trabalhadores pretendam continuar a aprender. O direito ao ensino, exige, assim, numa dimensão negativa, que o Estado não coloque obstáculos ou restrições no acesso ao ensino (CANOTILHO; MOREIRA, 2014, p. 896). Além disso, deve ser assegurada a igualdade de oportunidade no acesso a esse ensino, bem como a igualdade de oportunidade de êxito escolar nesse mesmo ensino (CANOTILHO; MOREIRA, 2014, p. 896). Assim, é preciso, em primeiro lugar, que o Estado não obstaculize o acesso ao ensino e depois, em segundo lugar, que seja garantida a igualdade de oportunidades quer no acesso, quer na possibilidade de êxito escolar. Aplicando tal raciocínio aos trabalhadores-estudantes, isto significa que eles devem ter as mesmas oportunidades de acesso ao ensino do que aqueles que não o são e, ainda, possibilitando-se esse acesso, que aos mesmos seja assegurado a existência de condições necessárias para que possam, em relação aos outros que não são trabalhadores-estudantes, ter iguais ou idênticas oportunidades de êxito escolar. Ter iguais ou idênticas oportunidades de êxito implica, por exemplo, entre outros direitos, que aos militares seja assegurado o direito a uma flexibilidade de horário que lhes permita assistir às aulas.²⁴

A questão da colisão de Direitos e Deveres Fundamentais assume aqui contornos especiais, podendo, inclusivamente, parecer-nos uma falsa questão, ou um falso problema a resolver. Poderá pensar-se que uma vez que estamos no domínio das designadas relações jurídicas especiais, ou das relações especiais de poder, os militares ao acederem voluntariamente à carreira militar submeteram-se, também voluntariamente, aos deveres daí inerentes e, nessa medida, à renúncia de alguns dos seus direitos.²⁵ Sucede, contudo, como refere Gomes Canotilho (2016, p. 463), que esta é uma conceção ultrapassada. Como sustenta o Professor, um militar ao ingressar em certas relações especiais não renuncia a qualquer direito, até porque

24 Como se entendeu no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, processo nº 029293, de 11/07/1991, disponível em www.dgsi.pt «[a] frequência de um aluno às aulas não interessa apenas para que, legalmente, não perca o ano por faltas, mas também e fundamentalmente, para que das aulas possa tirar aproveitamento. [...] Por isso, pode um trabalhador-estudante, dispensado de assistência às aulas, sofrer prejuízos de difícil reparação com a execução de acto administrativo que o impede de assistir às aulas por dado período».

25 Jorge Miranda (2016, p. 271) alerta para a distinção entre restrições e deveres, referindo que estes têm existência autónoma em relação aquelas. No entanto, reconhece que os deveres para serem cumpridos implicam ou podem implicar restrições a alguns direitos.



a restrição de Direitos Fundamentais, ou a imposição de Deveres Fundamentais está, como vimos, sujeita a regras especiais. Qualquer restrição apenas vale na medida em que seja efetivamente necessária para assegurar a realização das Instituições (ANDRADE, 2012, p. 293), neste caso do Estado e, em particular, dos seus serviços de polícia.

Assim se entendendo, deve procurar-se saber de que forma se deve resolver a colisão entre os Direitos Fundamentais e os Deveres Fundamentais dos militares. Deverá aqui seguir-se, uma vez mais, o entendimento de Gomes Canotilho (2016, p. 466), segundo o qual, verificando-se problemas de ordenação entre Direitos Fundamentais e outros valores fundamentais, como os que integram os Deveres Fundamentais, estes problemas deverão ser resolvidos à luz dos Direitos Fundamentais, mediante uma tarefa de concordância prática e de ponderação que possibilite a garantia dos direitos sem tornar impraticáveis os estatutos especiais. Todas e quaisquer restrições de Direitos Fundamentais dos militares terão de ter assento na Constituição da Republica Portuguesa. De facto, mesmo quando a restrição não tiver fundamento constitucional expreso, como é o caso do dever de disponibilidade, estas restrições, como refere Gomes Canotilho (2016, p. 467), só poderão ser aceites na medida do estritamente necessário para salvaguarda de bens constitucionalmente positivados, estando sujeitas, como já se referiu *supra*, a um regime particularmente cauteloso semelhante aos das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias (CANOTILHO, 2016, p. 534).

Entendendo-se que o dever de disponibilidade tem as suas raízes na Lei Fundamental, precisamente porque visa salvaguardar bens que se encontram constitucionalmente positivados, deverá procurar-se resolver o problema da sua colisão com os Direitos Fundamentais dos militares mediante a tarefa de concordância prática. Isto porque apesar de ter como objetivo a salvaguarda de valores constitucionais, o dever de disponibilidade não assume, nem pode assumir, um carácter absoluto²⁶ que justifique a sua sobreposição em relação aos Direitos Fundamentais dos militares.

Exercendo essa tarefa de concordância prática, quer-nos parecer que o regime geral do Estatuto do trabalhador-estudante, previsto no Código do Trabalho, se deve aplicar na integralidade, sem as restrições do artigo 158 do EMG NR. Como se viu *supra*, este artigo possibilita a valorização profissional dos militares, sem prejuízo do serviço, atribuindo ao militar trabalhador-estudante apenas o direito a ser dispensado do serviço, sem perda de remuneração ou de quaisquer outros direitos, para prestação de provas de avaliação. Os demais direitos previstos no Código do Trabalho, tais como o direito ao ajustamento do horário de trabalho ou dispensa do mesmo, o direito à não realização de trabalho suplementar, o direito, em cada ano civil, a uma licença sem retribuição, com a duração de 10 dias úteis seguidos ou interpolados, entre outros, tem-se entendido não serem aplicáveis aos militares da GNR por força do seu dever de disponibilidade. Na verdade, tais direitos, que são, inclusivamente,

26 Neste sentido, veja-se o parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República n.º 83/2007, disponível em <www.dgsi.pt>.



manifestações claras dos Direitos Fundamentais que *supra* analisámos, quando aplicáveis aos militares terão como limite o dever de disponibilidade que sobre eles impende. Ou seja, ainda que aqueles direitos não devam ser negados aos militares, a verdade é que por força da natureza fundamental do dever de disponibilidade, podem existir, em certas circunstâncias excepcionais, restrições à aplicação de tais direitos aos militares.

De facto, este dever de disponibilidade que sobre os militares impende é um dever de estar sempre disponível para o serviço, mas disponibilidade essa que não deve colocar em causa a possibilidade de o militar descansar, dormir, tomar as suas refeições, estar com a sua família, ter tempos livres, enfim, de estudar. É certo, porém, que é por força do dever de disponibilidade, que o militar tem de ter a consciência de que a qualquer momento, por um imperativo de serviço, por necessidades urgentes, e com sacrifício dos seus próprios interesses pessoais, pode ser chamado para o serviço. Assim, o dever de disponibilidade permanente é um dever que não impede, nem deve impedir, o militar de ter uma vida normal, prestando, como qualquer outra pessoa, o seu serviço diário e, após esse, ser livre de ocupar o seu tempo conforme o que lhe aprouver. O militar terá apenas de ter consciência de que se acontecer uma situação urgente, por exemplo, situações de grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática ou de calamidade pública, que pode ser chamado ao serviço e que este impera sobre qualquer outra atividade do militar. Este parece, aliás, ser o sentido do dever de disponibilidade consagrado no artigo 15 do RDGNR.

Perante isto, não é difícil de se concluir que o militar deve gozar de todos os direitos consagrados no regime geral do Estatuto do trabalhador-estudante previsto no Código do Trabalho, desde que tenha aquela consciência. E nem se diga que a possibilidade de obtenção de uma licença de estudos, prevista no artigo 186 do EMGRN, que é suficiente para acautelar os Direitos Fundamentais do militar trabalhador-estudante, afastando-se o regime geral do Código do Trabalho. Isto porque esta é uma licença que pode, ou não, independentemente de ser verificarem os seus pressupostos, ser concedida pelo Comandante-Geral. Além disso, só é concedida se o curso tiver interesse para a Guarda. Esta é, portanto, uma licença que só será atribuída em função dos interesses da GNR e não em função do interesse do militar. Neste tipo de licença prevalece o interesse da Instituição, mas no regime do trabalhador-estudante, apesar do interesse da entidade empregadora na formação do pessoal, prevalece o interesse e as opções de formação do trabalhador.²⁷

Em suma, sempre se poderá dizer, igualmente, que a Lei Fundamental, no artigo 270, não prevê, expressamente, a restrição de nenhum direito do militar relacionado com o acesso ao ensino. Apenas prevê restrições ao exercício dos direitos de expressão, reunião, manifestação, associação e petição coletiva, capacidade eleitoral passiva e do direito à greve. E mesmo essa restrição não é uma restrição absoluta. Como refere Vieira de Andrade (2012, p. 294), as compressões previstas neste artigo

27 Neste sentido, veja-se o parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República n.º 83/2007, <disponível em www.dgsi.pt>.



devem limitar-se ao estritamente necessário, aplicando-se aqui, também, o princípio da proporcionalidade previsto no artigo 18, da CRP.²⁸ Se mesmo quanto a estes direitos, cuja restrição a CRP prevê expressamente, não se permite uma restrição desproporcional, ou que não seja na estrita medida das exigências próprias das respetivas funções, maiores cuidados e exigências se devem impor quanto a direitos, cuja restrição opera pela imposição de deveres de que a natureza fundamental decorre, apenas, implicitamente da CRP.

De um outro modo, a entender-se que o dever de disponibilidade não é um dever fundamental, por maioria de razão, não justificando a natureza *jus-fundamental* do dever de disponibilidade o afastamento da aplicação do regime geral dos trabalhadores-estudantes previsto no Código do Trabalho aos militares da GNR, muito menos o justificará a sua natureza não fundamental. Ou seja, não tendo essa natureza, terão de prevalecer sobre o dever de disponibilidade legal, os Direitos Fundamentais dos militares.

3.4 Meios de defesa do militar para proteção do seu direito ao ensino e direitos conexos: em especial, a intimação para a proteção dos direitos, liberdades e garantias (?)

Quando ao militar da GNR, trabalhador-estudante, forem negados os direitos inerentes à aplicação do regime geral dos trabalhadores-estudantes previsto no Código do Trabalho, deverá ser assegurado ao militar um meio de reação jurisdicional. Assim o impõe, desde logo, os artigos 20 e 268, nº 4, da CRP que consagram o direito fundamental de acesso aos Tribunais.

Perante a violação de Direitos Fundamentais, o legislador consagra um meio de reação urgente, previsto nos artigos 109 a 111 do Código de Processo dos Tribunais Administrativos (CPTA) e que consiste na intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias. A consagração deste processo urgente no CPTA resulta da imposição legiferante do nº 5, do artigo 20, da CRP.

A aplicação deste tipo de processo à defesa do direito ao ensino e direitos conexos, por parte dos militares, levanta a questão de se saber se o mesmo pode ser aplicado quando estejamos perante um direito fundamental que não é um direito, liberdade e garantia. De facto, tem sido controversa a questão da aplicabilidade deste processo urgente a outros direitos, liberdades e garantias que não os pessoais e, ainda, a sua aplicabilidade a outros direitos fundamentais que não aqueles que a CRP cataloga como direito, liberdades e garantias. A orientação hoje dominante vai no sentido de considerar que o âmbito de aplicação da intimação se estende a todos os direitos, liberdades e garantias previstos no Título II da Parte I da CRP e, ainda, abrange os direitos fundamentais de natureza análoga àqueles. Menos pacífica é,

28 A este respeito e neste sentido pode ler-se o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 103/87, de 24/03/1987, disponível em <www.tribunalconstitucional.pt>.



contudo, a questão de se saber se este meio poderá ser empregue para tutelar direitos fundamentais sociais, como o direito ao ensino.

O legislador ordinário estabeleceu como filtro de acesso ao processo de intimação que se esteja perante a violação de um direito, liberdade e garantia. No entanto esta opção legislativa mostra-se inquinada por três ordens de razões: a) aquela diferenciação de regimes dentro dos direitos fundamentais é uma impossibilidade lógica; b) o regime é um só, pois todos os direitos fundamentais são normas constitucionais; e c) a única dissemelhança entre os direitos fundamentais, no quadro da Constituição, reside no facto de só alguns terem o conteúdo já aí determinado ou determinável e outros não.

A pretensa superioridade dos direitos, liberdades e garantias face aos direitos económicos, sociais e culturais é uma ideia contrária ao princípio de Estado de Direito (NOVAIS, 2010, p. 352) e ao princípio da dignidade da pessoa humana em que se sustenta toda a arquitetura da nossa CRP. Além disso, em boa verdade, uma lesão, ou ameaça de lesão, a um direito económico, social e cultural implica, por si só, também a lesão ou ameaça de lesão de um direito, liberdade e garantia (NOVAIS, 2010, p. 355). Por exemplo, no caso direito ao ensino, a sua lesão implica, também, pelo menos, a lesão do direito ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26, nº 1 da CRP).

Assim, desde que o conteúdo do direito fundamental esteja determinado, a distinção entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais perde todo o sentido. Assim, o que importa para acesso à justiça administrativa e, em especial, à intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias, não é a distinção abstrata entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais, mas a questão de se saber se se está perante um direito fundamental de maior relevância material e suficientemente determinado (NOVAIS, 2010, p. 357). Se assim for, nada deve impedir que havendo lesão ou ameaça de lesão de um direito social, como o direito ao ensino, que se possa recorrer à intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias.

4 CONCLUSÕES

A questão norteadora deste trabalho, ou seja, a questão de se saber se aos militares da GNR deve ser aplicável o regime geral do Estatuto do trabalhador-estudante, previsto no Código do Trabalho, tem uma resposta positiva. Independentemente da posição de que se parte, isto é, se o dever de disponibilidade é um dever fundamental, ainda que dever legal ou materialmente fundamental, ou se o dever de disponibilidade é um mero dever legal, a resposta será a mesma. Sendo o dever de disponibilidade um dever fundamental, pois protege valores fundamentais, e tendo os direitos do trabalhador-estudante natureza jus-fundamental formal, é necessário procurar uma harmonização do dever fundamental com os Direitos Fundamentais, fazendo-se essa harmonização através de uma tarefa de concordância prática. No



exercício dessa tarefa de concordância prática, a conclusão a que se chega é a de que a existência do dever fundamental não implica, nem deve implicar, a negação dos Direitos Fundamentais do militar trabalhador-estudante. Por maioria de razão, entendendo-se o dever de disponibilidade apenas como um dever legal, os Direitos Fundamentais dos militares devem sobrepor-se.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, J. C. V. DE. **Os direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. **Constituição da República Portuguesa Anotada - Volume I**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- MIRANDA, J. **Escritos vários sobre direitos fundamentais**. Estoril: Princípia Editora, 2006.
- MIRANDA, J. **Curso de direito constitucional**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.
- MIRANDA, J.; MEDEIROS, R. **Constituição Portuguesa Anotada - Tomo I**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- NOVAIS, J. R. **Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.



CONTRIBUCIONES DEL COMENDADOR SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA EN EL CAMPO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL E INFLUJO DE LA INVASIÓN NAPOLEÓNICA A ESPAÑA Y PORTUGAL

José F. Palomino Manchego¹

1 LA CONSTITUCIÓN DE BAYONA DE 1808 COMO RESULTADO DE LA INVASIÓN FRANCESA A ESPAÑA Y PORTUGAL

1.1 ¿Cuál era el ambiente político y jurídico de la época?

El albor del siglo XIX tuvo diversas repercusiones en el mundo de la cultura, y más todavía en el ambiente político y jurídico. La experiencia y mensaje que dejó el siglo XVIII denominado el “siglo de la luces” o de la *belle époque* al compás de las dos revoluciones: la norteamericana (1776) y la francesa (1789), al igual que el desarrollo del Derecho Natural racionalista, fue apagado por los saberes jurídicos y políticos acaecidos en el siglo decimonónico.

A nuestro modo de ver, destacan entre ellos:

- a) La Escuela Histórica del Derecho, profusamente difundida, y representada por Gustav Hugo (1764-1844), Friedrich Carl von Savigny —erudito de veras— (1779-1861) y Georg Friedrich Puchta (1798-1846).
- b) La Escuela Analítica inglesa al mando de su mentor principal John Austin (1790-1859).
- c) La Escuela de la Exégesis francesa, que tuvo como portaestandarte al *Code Napoléon* de 1804, y cuyos máximos exponentes fueron Jean Etienne Marie Portalis (1746-1807), Alexandre Duranton (1783-1866), Charles Aubry (1803-1883) Frédéric-Charles Rau (1803-1877), Jean Charles F. Demolombe (1804-1887), Raymond-Théodore Troplong (1795-1869) y Francisco Laurent (1810-1887). Y,

¹ Magister con mención en Ciencias Penales y Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Decano (e) y Director Académico de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor Principal de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Ciencia Política y Filosofía del Derecho en las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, Inca Garcilaso de la Vega, San Martín de Porres y de la Academia de la Magistratura. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Miembro Asociado de la Académie Internationale de Droit Comparé. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Investigador visitante del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.



- d) La Escuela del Derecho Público alemán representada por Carl F. von Gerber (1823-1891), Paul Laband (1838-1918) y Georg Jellinek (1857-1911).

Es en esta atmósfera cultural, al fluir de los años, donde nació la Constitución de Bayona, que es el nombre de una ciudad francesa ubicada al suroeste de Francia, situada en la confluencia de los ríos Nive y Adour, cerca del Mar Cantábrico, en el departamento de los Pirineos Atlánticos.

1.2 La fascinante personalidad de Napoleón

Napoleón Bonaparte (1769-1821) tuvo una espléndida personalidad no sólo en el campo de la milicia, sino también en la cultura jurídica, en la política, y en las reformas constitucionales, financieras, económicas, religiosas y sociales al igual que —con ademán viril— en el amor. Todo ello le permitió jugar un papel muy importante en Europa, donde producto de sus grandes victorias en los teatros de operaciones imponía la cultura francesa, entre los años 1791 y 1815. Por eso debemos presentarlo, sin ningún titubeo, por encima de los Pirineos.

Buena prueba de lo dicho es la Constitución de Bayona de 1808, donde reafirmó su recia personalidad y *corpus* reflexivo. Y esto no era casual ni mucho menos improvisación por parte de él, sino el producto homogéneo en su conjunto de haber sabido rodearse de personajes que conocían su oficio, y no de amigos ni de compadrazgos que siempre a la postre traen resultados negativos.

1.3 ¿La Constitución de Bayona pertenece a la historia constitucional de España?

Importa subrayar ante todo que el año de 1808 Carlos IV (1748-1819) abdica a favor de su hijo Fernando VII (1784-1833), y éste corre la misma suerte, ya que como producto de la propia situación coyuntural permitió que se designe como Rey en España a José Napoleón I (1768-1844), bajo la tutela invariable de su hermano Napoleón. El 17 de marzo de 1808 estalla el motín de Aranjuez, los ejércitos franceses comienzan a ingresar a España, como consecuencia del tratado de Fontainebleau de 27 de octubre de 1807, para invadir Portugal. Napoleón, como bien sostiene Eduardo Martiré, recoge la corona de España de las manos de quienes no han sabido mantenerla —padre e hijo— sobre sus propias sienes y la entrega a su hermano que reinará como José Napoleón I, catalogado como el Rey intruso, con la legitimidad que le otorga el derecho de conquista.

Visto así las cosas, la mayoría de los autores españoles que se han dedicado a la historia constitucional obvian, en toda la latitud del término, a la Constitución de Bayona y centran más bien su objeto de estudio en la génesis y desarrollo siguiendo el presente orden cronológico, dejando de lado los proyectos constitucionales y leyes fundamentales de las dictaduras:



- a) Orígenes del régimen constitucional español: Constitución de Cádiz de 1812.
- b) Período Isabelino: El Estatuto Real de 1834, Constitución de 1837 y Constitución de 1845.
- c) Sexenio revolucionario: Constitución de 1869.
- d) La Restauración y su crisis: Constitución de 1876.
- e) Régimen de la Segunda República: Constitución de 1931; y,
- f) Situación actual: Constitución de 1978.

Penetrando más en la entraña de este tema, Luis Sánchez Agesta nos dice que el constitucionalismo es uno de los rasgos definitorios del perfil político del siglo XIX español. Mas estrictamente, la Monarquía constitucional, constituye la singularidad histórica de España en el siglo XIX europeo. En Francia el bonapartista y la República se superponen a la Monarquía constitucional, en Italia la Monarquía constitucional, sólo se afirma a fin de siglo y frente a problemas que tienen un perfil muy distinto; Inglaterra está al margen de la evolución constitucional del Continente; los pueblos germánicos y eslavos siguen una línea histórica muy diversa.

1.4 Elaboración y debate

Cuando se debatió el primer Proyecto de Constitución en mayo de 1808, paternidad que se atribuye a Napoleón y a Hugo B. Maret (1763-1839), Duque de Bassano, se tomó como referencia la Constitución del año VIII del 13 de diciembre de 1799, el Senado Consulto del año XII de 18 de mayo de 1804, la Constitución de Holanda de 9 de junio de 1806, la Constitución del Gran Ducado de Varsovia de 22 de julio de 1807, la Constitución de Westfalia de 16 de noviembre de 1807 y la Constitución de Nápoles de 20 de junio de 1808. A continuación, se redactaron el Segundo Proyecto de Constitución (13 de junio al 20 de junio de 1808) y el Tercer Proyecto de Constitución (14 de junio al 20 de junio).

1.5 Estructura del texto final. Análisis crítico

La Constitución de Bayona (o como indistintamente se le denominaba en la época: Estatuto Constitucional, Acta Constitucional, Estatuto Nacional, Estatuto de Bayona) se promulgó el 6 de julio de 1808 y se publicó de manera fraccionada en la Gaceta de Madrid durante los días 27, 28, 29 y 30 de julio de 1808.

Por real orden la Constitución se deberá imprimir, publicar y circular en los dominios de España e Indias. Y su contenido, respetando la ortografía de la época, empieza rezando literalmente lo siguiente:



“En el nombre de Dios todopoderoso: Don Josef Napoleón, por la gracia de Dios, Rei de las Españas y de las Indias;

Habiendo oído a la junta nacional congregada en Bayona de orden de nuestro mui caro y mui amado hermano Napoleón, Emperador de los franceses y Rei de Italia, protector de la confederación del Rin...;

Hemos decretado y decretamos la presente constitución para que se guarde como lei fundamental de nuestros estados, y como base del pacto que une á nuestros pueblos con nos; y á nos con nuestros pueblos”.

En ese orden de ideas, la Constitución de Bayona se estructuraba de la siguiente manera:

Título I	(De la religión: art. I).
Título II	(De la sucesión a la corona: arts. II-VII).
Título III	(De la regencia: arts. VIII-XX).
Título IV	(De la dotación de la corona: arts. XXI-XXIV).
Título V	(De los oficios de la casa real: arts. XXV-XXVI).
Título VI	(Del ministerio: arts. XXVII-XXXI).
Título VII	(Del senado: arts. XXXII-LI).
Título VIII	(Del Consejo de Estado: arts. LII-LX).
Título IX	(De las cortes: arts. LXI-LXXXVI).
Título X	(De los reinos y provincias españolas de América y Asia: arts. LXXXVII-XCV).
Título XI	(Del orden judicial: arts. XCVI-CXIV).
Título XII	(De la administración de hacienda: arts. CXV-CXXIII).
Título XIII	(Disposiciones generales: arts. CXXIV-CXLVI).

En resumen, teniendo al frente los artículos arriba citados, podemos decir que la Constitución de Bayona otorgó poderes absolutos al Rey, por cuanto: a) expedía de forma unilateral reglamentos o decretos, sujetos al refrendo del Secretario de Estado; b) participaba en el procedimiento legislativo a través de la iniciativa y sanción de las leyes; c) tenía la potestad legislativa con la sola concurrencia del Consejo de Estado hasta que se reunieran las Cortes; d) se atribuía al Rey la ejecución sucesiva y gradual de la Constitución mediante edictos y decretos, debiendo estar ejecutada íntegramente el 1° de enero de 1813; e) el Rey asumía conjuntamente con el Senado el papel de garante de la Constitución; f) le correspondía además la potestad ejecutiva y, entre otras atribuciones más, no obstante que la Constitución reconocía



la independencia judicial, g) el Rey tenía competencia para el nombramiento y la separación de los jueces.

1.6 Epílogo

¿Cuál es el mensaje que dejó la Constitución de Bayona?

La Constitución de Bayona, conjuntamente con la Constitución de Cádiz de 1812, de carácter nacional y representativa, de una u otra forma es parte de los orígenes del régimen constitucional español, aún cuando sea vista como una Constitución “impuesta”, “otorgada”, “afrancesada” o “pacto constitucional entre dos sujetos soberanos Rey y pueblo”.

Los autores han sentado sus posiciones desde diversos ángulos visuales. Veamos. Para Raúl Chanamé Orbe, sin la Constitución de Bayona de 1808 no se puede comprender la Constitución de Cádiz de 1812 y de algunas de sus instituciones más relevantes. En opinión del catedrático español Antonio Torres del Moral, el texto de Bayona es una mezcla de liberalismo, corporativismo del Antiguo Régimen y pragmatismo napoleónico. Y según Ignacio Fernández Sarasola, profesor de la Universidad de Oviedo y discípulo de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, el Estatuto de Bayona estuvo destinado a ser el primer ensayo constitucional en España, y algunas de sus disposiciones llegaron a tener incluso cierta repercusión en el constitucionalismo iberoamericano.

2 SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA (1769-1846):VIDA Y OBRA

Sobre la recia y fascinante personalidad del Comendador Silvestre Pinheiro Ferreira se ha escrito ríos de tinta en diversos idiomas, en francés, alemán y español. Por tanto, constituye un reto describir en pocas líneas su *phatos* y *ethos* pensante, tal como se desprende a continuación, resaltando por ahora la parte del Derecho Constitucional.

El ilustre ciudadano Silvestre Pinheiro Ferreira nació en Lisboa el 31 de diciembre de 1769. En vida consagró una labor permanente en diversas áreas del saber humano: eminente hombre de Estado, diplomático en diversos países de Europa, Enviado Extraordinario en los Estados Unidos de América en 1820, Ministro de los Negocios Extranjeros y de Guerra, Oficial de la Secretaría de Estado, encargado de negocios en Prusia, entre otros cargos. Ejerció la docencia de manera provechosa en la Universidad de Coimbra de 1792 hasta su renuncia en 1797 ejerciendo la cátedra de Filosofía.

Entre sus obras relacionadas con el campo del Derecho Constitucional, Internacional y Diplomático, destacan las siguientes: *Cours de droit public interne et externe*, *Précis du droit public interne et externe*, *Principes du droit public, constitutionnel, administratif et des gens*, *Commentaires sur le “Précis du Droit des gens”* de George Frédéric von Martens (1756-1821), *Notes au “Droit des gens”* de



Emer de Vattel (1714-1767) y *Supplément au "Guide Diplomatique"*.

La familia real lusitana encabezada por la reina María I de Portugal (1734-1816) y el Príncipe regente el futuro João VI de Portugal (1767-1826) junto con toda la Corte establecida en Lisboa (un aproximado de 15.000 personas entre civiles, militares, la familia real y aristócratas) huyeron a la colonia portuguesa de Brasil en 1808, como consecuencia de la invasión napoleónica a Portugal. Así, la Casa de Braganza quedó instalada en Río de Janeiro desde enero de 1807 hasta abril de 1822. El Imperio colonial portugués era gobernado desde una de las colonias: Brasil. El 29 de noviembre de 1807 —un mes antes se había firmado el Tratado de Fontainebleau— la Corte partió de Lisboa en docenas de navíos portugueses que izan sus velas y se hacen a la mar escoltados por buques británicos rumbo al nuevo mundo. Juan VI y la familia real arribaron a Salvador de Bahía el 22 de enero de 1808.

El 7 de marzo arribaron a Río de Janeiro donde se establecieron definitivamente, empezando a financiar así los órganos de la administración pública. Hallándose el Rey Juan VI en Lisboa, ordenó a su hijo y heredero el Príncipe Pedro de Alcántara acudir a Portugal en 1821. El joven príncipe se negó y prefirió quedarse en Brasil a lo largo de 1822 apoyado por las autoridades locales. Juan VI amenazó emplear la fuerza para restaurar la obediencia de Brasil hacia Portugal. Sin embargo, el príncipe Pedro, apoyado por sus súbditos proclamó la independencia de Brasil el 7 de setiembre de 1822, siendo reconocido monarca del *novio* Imperio de Brasil, a partir de esa fecha tomó el nombre de Pedro I.

3 SILVESTRE PINHEIRO CONSTITUCIONALISTA

Entre las publicaciones en materia constitucional que publicó Silvestre Pinheiro destaca el *Compendio de Derecho Público Interno y Externo* que tradujo del portugués al castellano el Obispo de Arequipa, Bartolomé Herrera (1808-1864), y que cuenta a la fecha con cuatro ediciones. Con lo cual, se justifica el valor y la importancia del libro de Silvestre Pinheiro, cuya consulta es imprescindible hasta el día de hoy por parte de los especialistas en la materia.

La obra se estructura de la siguiente manera:

Sección Primera

Derecho Público Interno o Derecho Constitucional

Artículo I	Nociones preliminares
Artículo II	Del Poder Legislativo
Artículo III	Del Poder Ejecutivo
Artículo IV	Del Poder Judicial
Artículo V	Del Poder Electoral
Artículo VI	Del Poder Conservador



Sección Segunda

Derecho Público Externo o Derecho de Gentes

Artículo I	Introducción
Artículo II	De la independencia de las naciones
Artículo III	Del derecho de tránsito y mansión
Artículo IV	De los tratados de alianza y comercio
Artículo V	De las confederaciones
Artículo VI	De la propiedad territorial y demarcación de límites
Artículo VII	De la libertad de los mares
Artículo VIII	De los derechos y deberes de las naciones en tiempo de guerra
Artículo IX	Conclusión de la guerra
Artículo X	Funciones y derechos de los agentes diplomáticos

Notas de Bartolomé Herrera

- I. Notas sección primera
- II. Notas sección segunda

4 ULTIMOS DÍAS DE SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA

Luego de una vida agitada, Silvestre Pinheiro falleció el 1 de julio de 1846, a la edad de 77 años. Sus restos fueron sepultados en el *Cemitério dos Prazeres* que se haya en la parte occidente de Lisboa, el mayor cementerio de la capital portuguesa. Su personalidad y sabias enseñanzas a uno y otro lado del Atlántico siguen vigentes hasta el día de hoy, en especial por las dotes de alto político y partidario ardiente del régimen representativo, como también por su espíritu liberal y su devoción por la libertad de los pueblos, puestos de relieve en su eminente y generoso hecho de reconocer, el primero del mundo, en nombre del Real Gobierno de Portugal, la Independencia de las Repúblicas hispanoamericanas, acción imperecedera y gloriosa, acreedora a la eterna gratitud de los ciudadanos de estas Patrias autónomas, tal como sentenció Planas-Suárez.

Con razón sostuvo Joao Vicente Martins: “Honremos nós de tão longe desse ingrato Portugal, a memória do homem sem patria, do philosopho que em qualquer lugar da terra encontrava um irmão e compatriota em qualquer homem; honremo-lo; e erijamos solemne monumento que este dia não deixe mais esquecido”.



5 CRONOLOGÍA DE SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA

- 1769** Nasce em Lisboa, no dia 31 de Dezembro.
- 1784** Admitido na Congregação do Oratório, em 15 de Outubro, na Casa de Nossa Senhora das Necessidades em Lisboa, onde conclui o curso de Humanidades.
- 1791** Ano em que saiu de Congregação das Necessidades por causa da vindicta dos oratorianos.
- 1792** Dava lições de Filosofia em Lisboa.
- 1794** Obteve, por concurso, o professorado substituto da cadeira de Filosofia Racional e Moral no Colégio das Artes da Universidade de Coimbra.
- 1796** Estudava Mecânica na Universidade de Coimbra.
- 1797** Estava na capital quando a sua casa de Coimbra foi invadida pela policia que, além de lhe levar os papéis dos seus manuscritos, prendeu depois alguns dos seus amigos mais íntimos.
Passou, então, a viver em Setúbal, como seu refúgio político, donde embarcou para o estrangeiro no dia 31 de Julho.
Na viagem de barco aportou em Dover e daí seguiu para Londres, onde deparou com José Francisco Correia da Silva; foi para os Países Baixos e viajou depois para Paris.
- 1798** Nomeado secretário da Legação de Portugal em Haia Percorreu o Norte da Alemanha, tendo ali aprendido a língua alemã.
- 1799** Ainda se encontrava visitando Hamburgo, Berlim e Dresden.
- 1802-1809** Entre estes anos realiza-se o seu primeiro matrimónio com Dona Justina Dorothea Von Leidholdt, já legalmente separada do seu anterior marido, nasceram-lhe três filhas e que sobreviveu veio a casar-se com o filho segundo do marquês de São João de Marcos, o qual vem descrito por Afonso Zúquete no III volumen, p. 796, da *Nobreza de Portugal* (Secção do Brasil). Volta a Lisboa, onde foi nomeado oficial da Secretaria dos Negócios Estrangeiros.
Nomeado encarregado de negócios na Corte de Berlim.
- 1804** Em Freyburg adquire o Gabinete Mineralógico de Poldat de Cheim, destinado à Universidades de Coimbra, mas que seguiu para o Rio de Janeiro, por causa das invasões francesas.



- 1807** Acaba por estabelecer uma companhia de espigardeiros alemães no País.
- 1809** Sai da Alemanha depois de relevantes serviços diplomáticos.
Junta-se ao regente Dom João de Bragança, no Rio de Janeiro, incorporando-se no séquito do futuro rei de Portugal.
- 1811** Insiste no lugar de ministro junto do governo dos Estados Unidos da América do Norte ou no de conselheiro da Fazenda.
Nomeado deputado da Junta do Comércio, como “prova de lembrança e afeição do nosso bom príncipe”, que o defendeu dos seus ministros.
Inumbido de missão oficiosa junto do governo da Argentina, recosou cumprir o encargo.
- 1812** Solicita um substituto para o seu lugar na Junta do Comércio, porque pretendia sair do Brasil.
- 1813** Cria um Curso de Filosofia na própria corte, donde saíram as suas notáveis *Prelecções Filosóficas...*, depois publicadas na Imprensa Régia, do Rio de Janeiro.
Escreve do Brasil com saudades do “Oratório das Necessidades”.
- 1816** Esteve gravemente doente e, portanto, ausente dos seus cargos de oficial da Secretaria de Estado dos Negócios Estrangeiros e da Guerra.
- 1819** Loucura de sua esposa e respectivo internamento. Foi promovido no mês de Maio.
- 1820** Nomeado ministro plenipotenciário nos Estados Unidos da América do Norte, para onde não chega a ir. Concessão do título de conselheiro.
- 1821** Dá-se, em 26 de Fevereiro, no Brasil, a célebre “Revolução de Fevereiro”, pelo que já não segue para a América do Norte como nosso ministro.
É-lhe concedida a comenda da Ordem de Cristo.
Nomeado director da Imprensa Régia.
Escolhido para membro da Comissão Luso-Britânica para resolver questões inerentes à escravatura.
Organizar-se novo ministério e nele assume as funções de ministro dos Negócios Estrangeiros, sobreçando também a pasta da Guerra, após a revolução militar, tendo então previsto o regresso da corte a Lisboa, o que, de momento, por vezes, desaconselhou.
- 1822** Dirige-se ao presidente do Congreso a quem “lê o discurso de reposta do rei Dom João VI”, quase após o juramento das bases de Constituição, em Lisboa.



- 1823** Na sessão de 2 de Dezembro informava as Cortes de um litígio diplomático com a Inglaterra, na sua qualidade de ministro dos Negócios Estrangeiros.
- 1825** Recusou nova nomeação de ministro dos Negócios Estrangeiros e a missão de examinar as relações comerciais entre Portugal, a Inglaterra e os Países Baixos.
- 1826** Estava em Paris embrenhado nos seus estudos de Filosofia.
Escreveu uma carta a Fernando Garcia, da Congregação do Oratório, no dia 4 de Outubro.
- 1827** Inicia o período mais fecundo da sua vida de publicista.
- 1828** Em 13 de Novembro, estando em Paris, deseja com urgência falar a Victor Cousin.
- 1829** Escreveu artigos eruditos para a “Enciclopedia Moderna” de Courtin.
- 1830** Continua a sua vida em Paris.
- 1832** Escreve a Victor Cousin dizendo, em certa passagem, “...le désir de demander votre protection...”.
- 1833** Afirmava, em carta, Victor Cousin: “J’appartiens à la prémiscule ibérique en Europe et au Brésil en Amérique”.
- 1835** Ainda em Paris, dirige carta (10 de Junho) a V. Cousin a solicitar que um seu sobrinho Corrêa seja transferido da “Conciergerie” para uma casa de saúde.
Publica também a segunda edição de “Observações sobre a Constituição do Imperio do Brazil, e sobre a Carta Constitucional do Reino de Portugal”, aumentada com os seus comentários acerca de Lei das Reformas do Imperio do Brazil. París, 1935, in 8.º de III-IV-244, pp.
- 1836** A firma os “principios d’Ontologia devem fazer parte d’um curso elementar de filosofia geral...”.
- 1837** Outra vez eleito deputado, mas continua a viver em Paris.
- 1838** Novamente eleito deputado, prefere ficar em Paris.
Escolhido para correspondente da Secção de Legislação da Academia das Ciências Morais e Políticas do Instituto de França.
- 1841** No dia 22 de Abril, de Paris, escreve ao presidente da Sociedade de Ciências Médicas, a propósito da doutrina terapéutica da Homeopatia.



- 1842** Depois de ter estado em França e na Alemanha, regressa a Lisboa, já restabelecido o regime constitucional, voltando a ser eleito deputado pela província do Minho e não mais sai de Portugal.
- 1843** Organiza um projecto de lei orgânica do registo de estado civil dos cidadãos. No dia 3 de Abril leva à Câmara dos Deputados os seus projectos com base em ciências políticas e administrativas, com a reorganização dentro dos princípios da Carta Constitucional, mas não chegam a discutir-se. Ainda neste ano, em segundas núpcias, contrai matrimónio com sua sobrinha Joana Felícia Pinheiro Ferreira.
- 1844** Prossegue escrevendo artigos doutrinários, o que manteve até ao seu falecimento.
Peside à Academia das Ciências e Letras, para o convívio de jovens estudiosos, de Coimbra.
- 1846** Adoce, com gravidade, no mês de Março.
Em Junho passa a residir no Lumiar.
Falece, no dia 1 de Julho, com uma pneumonia, ao fim de 76 anos de vida agitada mas profícua.



A GLOBALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS¹

Manoel Gonçalves Ferreira Filho²

1 INTRODUÇÃO

1. A globalização dos direitos humanos fundamentais pressupõe o equacionamento de importantes questões, quer de ordem filosófica, sociológica e jurídica, assim como de ordem política. Examiná-las todas é tarefa para livro, não para uma limitada palestra. Ouso neste momento tratá-las sumariamente e apenas do ângulo jurídico, a fim de chamar a atenção para aspectos ignorados, ou pouco tratados, pelos que consideram valorizar os direitos humanos, apenas louvando-os. E pragmaticamente contribuir para interpretação de preceitos constitucionais brasileiros que os concernem

Para isto, pretendo – sempre breve e sumariamente – formular algumas reflexões acerca do fundamento de tais direitos, dos critérios para a sua identificação e, enfim, a propósito de aspectos culturais concernentes à sua universalização.

2 O FUNDAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2. A questão não é meramente acadêmica. A resposta condiciona o **valor dos direitos humanos na ordem jurídica**. Em consequência, a supremacia dos direitos humanos em face do direito positivo.

3. Tal fundamento era ponto pacífico e indiscutível, quando surgem, no século XVIII, as grandes Declarações. Era ele a natureza humana, fonte de **direitos naturais** que haveriam de ser declarados para o conhecimento de todos e que se imporiam

1 Este trabalho incorpora e melhora – assim supõe o autor – o estudo “*Alguns questionamentos em face da doutrina dos direitos fundamentais*”, inscrito no livro **Lições de Direito Constitucional, em homenagem ao Professor Jorge Miranda**, coordenado por Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (Forense, Rio de Janeiro, 2008, p. 3 s.), e em outros estudos sobre a temática dos direitos fundamentais. Desdobra-se nesta redação a questão da “dignidade da pessoa” que tem sido, como se verá, apontada, em documentos mais recentes e por autores contemporâneos como o fundamento dos “direitos humanos”.

2 Professor Emérito da Faculdade de Direito da USP. Professor Titular (aposentado) de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP. Doutor *honoris causa* da Universidade de Lisboa. Doutor pela Universidade de Paris. Ex-Professor visitante da Faculdade de Direito de Aix-en-Provence (França). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Presidente do Instituto “Pimenta Bueno” - Associação Brasileira dos Constitucionalistas.



em todas as esferas, mormente a do Poder.

4. Os documentos comprovam a tese.

A primeira das Declarações, a da Virgínia, de 1776, menciona, no art. 1º, que “todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes”. Disto resulta que, ao entrarem “no estado de sociedade”, eles não perdem nem abrem mão dos seus direitos naturais.

Insista-se. A Declaração de Independência, também de 1776, considera “verdades evidentes” que os seres humanos foram dotados pelo Criador de determinados “direitos inalienáveis”, entre os quais a “vida, a liberdade e a busca da felicidade”.

Mais. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, propõe-se no Preâmbulo a expor numa “declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem”, a fim de recordar a todos os seus direitos e deveres” e permitir que os atos do Poder sejam confrontados com eles.

Tais exemplos bastam para comprovar a afirmação. Outros poderiam ser acrescentados.

5. A ideia da existência de um direito natural vem da Antiguidade. É uma das formas por que se manifesta a concepção de que haveria um direito não criado pelo homem, como exprimem *Antígona* de Sófocles. Já reponta nos ensinamentos de Aristóteles, mas foram os estoicos que desenvolveram a tese de que da natureza humana se pode extrair o cerne do Direito – um direito natural, pois.

Cícero elegantemente exprime a noção no diálogo *De legibus*: “A lei é a razão suprema, gravada em nossa natureza, que prescreve o que se deve fazer e proíbe o que não se deve fazer”.³

Na Idade Média, essa concepção é objeto de adesão generalizada. Santo Tomás lhe deu a versão clássica, ao distinguir a Lei eterna, a Lei divina, a Lei natural e a Lei humana.⁴ É a Lei natural “a participação da Lei eterna na criatura razoável”. Identifica-se por uma inclinação da razão e é a mesma para todos. Já a Lei humana, ou positiva, é uma ordenação em vista do bem comum, editada por quem tem o encargo da comunidade. E esta última está sujeita às outras, incluída a lei natural, que não pode contraditar.

6. Observe-se, porém, que o pensamento medieval encarava o direito natural, como um direito objetivo. A subjetivação do direito natural, quer dizer, a sua projeção em direitos subjetivos do Homem – e é como tais que os registram as Declarações

3 **Das leis**, livro I, VI.

4 **Suma Teológica**, II, IIae, questões 90 a 97.



mencionadas - pressupõe a revolução operada por Grócio e seus seguidores.

É na obra de Hobbes que esses direitos naturais subjetivos aparecem claramente, pela primeira vez.⁵ Já estão eles no “estado de natureza”, ponto hipotético a partir do qual uma brilhante escola de filósofos desenvolveu o projeto de uma reconstrução da sociedade e do Estado. Assim está em Locke, em Rousseau, etc., os quais, embora não vejam com os mesmos olhos o estado de natureza, nele veem os homens com direitos naturais, de que não renunciam para viver em sociedade.

Note-se que a ideia de Constituição procede da necessidade de proteção desses direitos. Como afirma o art. 16 da Declaração de 1789: “Não tem Constituição a sociedade onde não estiverem garantidos os direitos, nem estabelecida a separação dos poderes”.

E não se olvide que, para Sieyès, são eles o limite à edificação da Lei Magna pelo Poder Constituinte. Este pode tudo, menos contrariá-los.⁶

7. No curso do século XIX, omitem-se nas Declarações as referências ao fundamento dos direitos reconhecidos. Isto ocorre mesmo com o texto inserido no Preâmbulo da Constituição francesa de 1848, no qual aparece a grande inovação: o direito ao trabalho.

Na verdade, passaram os direitos fundamentais a ser inscritos nos próprios textos constitucionais, como se vê, por exemplo, na Carta brasileira de 1824 (e mesmo na Constituição de 1848 acima referida). Isto dispensa a referência a seu fundamento, o que era cômodo em face do positivismo jurídico em franca ascensão.

8. É de se registrar que, dentre os positivistas, houve quem – por exemplo, Georg Jellinek, no **Sistema dos direitos públicos subjetivos**⁷ – procurasse dar um fundamento sólido ao reconhecimento dos direitos fundamentais. A tentativa, porém, era inglória, eis que, não admitindo houvesse direito que não o positivo, não podiam chegar senão ao imperativo de autolimitação do Poder estatal, como esse mestre o fez. Entretanto, este fundamento não transcendental evidentemente fragiliza a supremacia dos direitos fundamentais.

Vale notar que eminentes positivistas procuraram um novo alicerce para tal supremacia. Assim, por exemplo, o fez Norberto Bobbio, crítico rigoroso da doutrina do direito natural.⁸ Dissertando sobre a Declaração Universal de 1948, sugere haver um fundamento objetivo para esses direitos no seu reconhecimento universal, o

5 Segundo Michel Villey (**Le droit et les droits de l'Homme**, PUF, Paris, 1983, cap. 9, p. 136) tal doutrina nasce com Thomas Hobbes, no **Leviatã**, cap. XIV.

6 **Que é o terceiro estado?**, cap. V.

7 Cf. **Sistema dei diritti pubblici subbiettivi**, trad. italiana, Milão, 1911.

8 V. *Quelques arguments contre le droit naturel*, em **Le droit naturel**, PUF, Paris, 1959, p. 174 e s.



“*consensus omnium gentium ou humani generis*”.⁹

Noutro estudo, contudo, renuncia à identificação de um fundamento absoluto para esses direitos. Diz textualmente que a “busca de um fundamento absoluto é infundada”, mesmo porque esses direitos são uma “classe variável” historicamente; uma classe “heterogênea”; havendo antinomia entre os direitos de liberdade e os direitos sociais.¹⁰

9. A crítica positivista levou a assumir a Declaração Universal, de 1948, um posicionamento ambíguo. No seu Preâmbulo, ela se refere, a “uma concepção comum dos direitos e liberdades”, mas para apontá-la como útil para o cumprimento pelos Estados membros da ONU de suas obrigações concernentes aos “direitos do homem e das liberdades fundamentais”, não como fundamento destes.

Entretanto, a própria história da Declaração de 1948 rejeita a tese do *consensus omnium gentium*, ou da “concepção comum”. Como se sabe, vários Estados, como a URSS e seus satélites, e a Arábia Saudita maometana se abstiveram de subscrevê-la.

10. Por outro lado, após a Segunda Guerra, importantes documentos sobre direitos humanos passaram a invocar da “dignidade” ou dos “atributos” da pessoa humana, como justificativa dos direitos fundamentais.

A própria Declaração Universal refere-se, no primeiro item do Preâmbulo, ao “reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana”.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, editada em Bogotá em 1948, afirma que os “direitos essenciais do Homem” repousam sobre os “atributos da pessoa humana” (Preâmbulo, item 2º).

A Convenção americana relativa aos direitos do Homem – o Pacto de S. José da Costa Rica, de 1969, repete a fórmula. Ou seja, funda os “direitos fundamentais do Homem” nos “atributos da pessoa humana”.

A Declaração sobre os direitos do Homem, expedida pelo Conselho de Ministros da União Europeia em 1978, aponta que tais direitos decorrem da “dignidade da pessoa humana” (item 4).

A Carta Africana dos direitos do Homem e dos Povos, adotada em Nairobi em 1981 declara que os “direitos fundamentais do ser humano são fundados nos atributos da pessoa humana” (Preâmbulo, item 4).

Etc.

9 V. *Presente e futuro dos direitos do Homem*, em **A era dos direitos**, trad. port., Campus, Rio de Janeiro, 1992, p. 26.

10 Cf. *Sobre os fundamentos dos direitos do Homem*, em **A era dos direitos**, ob. cit., p. 15 e s.



11. Igualmente em importantes textos constitucionais, é ainda a “dignidade” pessoa humana que é invocada.

A Constituição alemã de 1949 claramente vincula os direitos fundamentais à “dignidade do homem”. Com efeito, no art. 1.1. afirma: “A dignidade do homem é intangível...” e segue: “1.2. Em consequência, o povo alemão reconhece ao homem direitos invioláveis e imprescritíveis como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. ”

A Lei Magna de Portugal, de 1976, não explicita a fonte dos direitos humanos que consagra, mas estabelece “1. Portugal é uma República soberana fundada na dignidade da pessoa humana [...]”. A da Espanha, de 1978, põe: “10.1. A dignidade da pessoa, os direitos que lhes são inerentes[...] são o fundamento da ordem política de da paz social. ” E em seguida enumera os direitos fundamentais, no art. 10.2.

Quanto ao Brasil, a Constituição de 1988 inscreve entre os “fundamentos da República”, “a dignidade da pessoa humana” e é nisto que a generalidade da doutrina encontra o seu fundamento” (art. 1º, III).

12. Esta invocação da dignidade da pessoa humana, todavia, procede da mesma fonte de onde provém a milenar doutrina do direito natural. Ou seja, da concepção de que, na natureza humana, se inscrevem atributos, cujas projeções são direitos naturais. Direitos estes que tão profundamente refletem a natureza humana que exprimem a sua dignidade peculiar. Por isto são a base da ordem jurídica e, no sentido mais profundo, direitos fundamentais.

13. A ideia de dignidade da pessoa humana, aliás, tem uma conotação cristã nem sempre ressaltada: a de que o Homem foi criado à imagem e semelhança de Deus. Isto a valoriza para os crentes, mas traz à questão um aspecto instigador de conflitos religiosos. Sim, porque arrasta para o debate as divergências de crença, que não se amainaram fora dos povos da Europa e de seus descendentes.

De fato, para a maioria das culturas a caracterização da dignidade da pessoa se imbrica com prescrições de ordem religiosa. Ora, esta relação é, sem dúvida, um óbice poderoso à globalização dos direitos fundamentais. Ela acarreta a suspeita de ser uma imposição dos “cruzados”...

14. Insista-se nesse ponto.

A noção de dignidade, ou ao menos os seus aspectos proeminentes, não é “universal”, nem atemporal. Ela é uma noção cultural, profundamente influenciada senão ditada pela religião. Ainda no mundo de hoje, dividido em civilizações e culturas, isto é patente.¹¹ Assim, a “dignidade da pessoa humana” não é bom fundamento para

11 Não faltam exemplos para demonstrá-lo. Um velho exemplo: No passado, na Rússia, houve revolta quando Pedro, o grande, proscreveu o uso da barba comprida pelos boiardos.



direitos que se pretende sejam “universais”. Ao contrário, a referência à natureza humana e a suas implicações afasta-se do debate sempre subjetivo quanto a religião e conduta cultural, para centrar-se num elemento mais singelo – o que é imprescindível preservar para o Homem na sua vida necessariamente social.

A natureza humana determina-se por traços suscetíveis de determinação objetiva, a sua dignidade, não. O homem e a mulher são seres humanos? Se isto é verdade, hão de ter direitos humanos iguais. Já sua dignidade é vista diferentemente em razão da história, da religião, ou, em síntese, em cada cultura.

Não faltará, sem dúvida, quem conteste ser objetiva a própria determinação da natureza humana, lembrando, no passado, o confronto Rousseau versus Hobbes. Ou, no presente, as discussões em torno da questão do gênero. Entretanto, maior possibilidade de consenso existe no tocante à natureza do que à dignidade. Aliás, as discussões atuais sobre gênero, no fundo, giram bem mais em torno da dignidade do ser humano do que a respeito de sua natureza.

Incontestavelmente, a ideia de dignidade da pessoa humana é muito atraente, pois todo ser humano se sente por ela exaltado, mas é vaga e imprecisa. Enseja as mais diferentes e subjetivas explicitações. Varia de meridiano para meridiano, de paralelo para paralelo, e, exagerando um pouco, de cabeça para cabeça, de juiz para juiz, de ativista para ativista.

3 A IDENTIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

15. Nem tudo o que decorre da natureza humana importa em direitos fundamentais. Está isto implícito na própria designação que pressupõe uma diferenciação entre as suas projeções e uma graduação de sua importância.

Daí a indagação óbvia: Quais serão os direitos fundamentais?

Claro está que para o positivismo jurídico a resposta é simples: direito fundamental é aquele ao qual o legislador atribui essa condição. Disto, porém, resultaria que o elenco dos direitos fundamentais seria meramente arbitrário. E isto desvalorizaria a ideia de que o direito fundamental é impostergável, inalienável, imprescritível, etc., pois, como foi criado, quem o criou pode eliminá-lo.

16. Para evitar o arbítrio na identificação de tais direitos, todavia, não basta afirmá-los decorrentes da natureza humana, ou da dignidade da pessoa humana. É preciso mais do que isto.

O problema não escapou a Robert Alexy. Examina-o num estudo intitulado “Direitos fundamentais no Estado constitucional Democrático”.¹² Neste ele aponta

12 Robert Alexy, “Direitos fundamentais no Estado constitucional Democrático”, em **Revista de Direito Administrativo**, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 217:55-66, jul./set. 1999, p. 58 e s.



os caracteres de um direito, necessários para que seja inscrito entre os direitos do homem.

Vale destacar os principais pontos de seu pensamento,

A primeira exigência, no seu entender, é ter o interesse um caráter *direito universal*. Isto significa *ab initio* que o direito deve concernir a todo e qualquer ser humano. Ou a coletividades humanas na medida que sejam “meio para a realização de direitos do homem”.

A segunda é ter ele um *direito moral*. Ou seja, que à sua base esteja uma norma que “valha moralmente”.

Outra consiste em fazer jus à sua “proteção pelo direito positivo estatal” – ser, na sua terminologia, um *direito preferencial*. Lembra que este aspecto está previsto no art. 28 da Declaração Universal de 1948, quando ela afirma: “Toda pessoa tem direito a que reine, no plano social e no plano internacional, uma ordem tal que os direitos e liberdades enunciados na presente Declaração aí possam ter pleno efeito. ”

Igualmente, o direito deve ser de importância *fundamental* – o óbvio muitas vezes esquecido. Ou seja, “é que o interesse ou carência (deve ser) tão fundamental que a necessidade de seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo direito”, vale dizer, quando sua violação ou não satisfação significa ou a morte ou sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia. E isto implica que o interesse ou carência possa ser atendido pelo direito, o que nem sempre é possível. Por esta razão - exemplifica – não poderia haver um direito ao amor...

Assinala ainda Alexy que todo direito fundamental é um princípio e assim suscetível de restrição e de ponderação em caso de colisão com outros.

17. A preocupação com a identificação dos caracteres próprios a um direito fundamental está presente, também, no campo dos internacionalistas. Na verdade, alguns destes é que têm dado maior atenção ao tema. A razão disto é simples. Nas instâncias internacionais, já se reconheceram direitos como fundamentais que muito longe estão do perfil dos direitos de liberdade, ou dos direitos sociais.

Neste contexto, num importante estudo, Philip Alston, depois de analisar a opinião de conhecidos estudiosos como Maurice Cranston e F. G. Jacobs sobre o assunto, manifesta a sua, a respeito dos requisitos de um direito fundamental. Para ele, na perspectiva internacionalista, não podem ser reconhecidos como fundamentais, senão os direitos que: 1) reflitam um importante valor social; 2) sejam relevantes para todos, embora em grau variável, dados os diferentes sistemas de valor coexistentes no mundo; 3) tenham base em normas da Carta da ONU, ou em regras jurídicas costumeiras, ou nos princípios gerais de direito; 4) sejam consistentes com o atual sistema de direito internacional, sem serem repetitivos; 5) sejam capazes de alcançar um muito alto nível de consenso; 6) não sejam incompatíveis com a prática comum dos Estados; e 7) sejam suficientemente precisos para dar lugar a direitos e obrigações identificáveis.



18. Esses critérios levam a uma **concepção substantiva** dos direitos fundamentais.

Esta será útil para a identificação de novos direitos fundamentais, que estarão implícitos. A previsão da existência de direitos fundamentais implícitos é explícita em vários ordenamentos jurídicos. Foi isto pela primeira vez admitido pela Emenda Constitucional nº 9, de 1791, à Constituição dos Estados Unidos da América. No texto americano, que se destaca por ser o primeiro, lê-se: “A enumeração de certos direitos na Constituição não será interpretada como excluindo ou restringindo outros direitos conservados pelo povo”.

E a existência de tais direitos implícitos é prevista noutros ordenamentos. Está na Constituição brasileira no art. 5º, § 2º, na portuguesa, art. 16.1., por exemplo.

19. Além disto, também servirão para um “controle de qualidade”, de direitos formal e constitucionalmente declarados como fundamentais, como o direito a certidões previsto na Constituição brasileira.

Igualmente, sua aplicação obstacularizará a consagração de despautérios, como a qualificação como direito fundamental de funções fisiológicas – como a proposta de um direito ao sono. Por que só ela?

4 O PRETENDIDO CARÁTER ABSOLUTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

20. A consagração de direitos fundamentais como fundamentais não pode ser entendida como atribuição de um caráter absoluto a esses direitos.

Os direitos fundamentais não são direitos absolutos, salvo no sentido de não podem ser abolidos, exatamente pela sua ligação inelidível com a natureza humana.

A vida social seria impossível se o direito fundamental de uma pessoa não fosse limitado pelo direito de outra. Se assim fosse, um teria o direito, o outro ser humano, não.

A percepção disto é clara nos contratualistas como Locke. Para estes, o contrato social traçaria os limites aceitos quanto a seus direitos por todos aqueles que se integram numa comunidade. Isto seria, na linguagem jurídica, o regime do direito fundamental. Nos primórdios do constitucionalismo isto seria fixado nas Declarações de Direitos, que seriam o conteúdo do pacto social.

21. Tal regime pode e deve variar na evolução dos momentos históricos. Mudá-lo não é abolir o direito. É o que lembra Robert Alexy, ao assinalar que somente se pode falar em abolição de um instituto, quando é contrariado o seu “conteúdo essencial”.¹³

13 **Teoría de los derechos fundamentales**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid,



Entretanto, há de se ter presente o princípio afirmado pelo art. 4º da Declaração de 1789: “O exercício dos direitos naturais de cada homem não tem como limites senão os que assegurem aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. ”

5 A UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹⁴

22. O imperativo da globalização dos direitos fundamentais – é preciso reconhecê-lo – é particularmente encarecido nos países que partilham uma cultura de gênese greco-romana-cristã – a cultura dita ocidental.

Não é surpreendente que outras culturas não a valorizem, como assinala Jorge Miranda, citando a propósito a hindu, a confucionista, etc. Ou resistam a ela, e, ao menos em pontos substantivos, dela discordem frontalmente.

Por isso, a menos que se admita a tese politicamente incorretíssima da superioridade de certas culturas sobre outras existe um obstáculo insuperável para a globalização da doutrina ocidental dos *Human rights*. A alternativa prática, certamente insatisfatória, seria reclamar a globalização de um mínimo de direitos culturalmente incontroversos.

23. Exemplo significativo de tal obstáculo cultural fornece a cultura islâmica. E nisto – sublinhe-se – está um motivo, quiçá o principal, da presente onda de terrorismo de que sofrem os Estados Unidos da América, Estados europeus como a França, a Bélgica, a Alemanha, e situações de guerra civil na Síria, no Iraque e em outros países pelo mundo afora.

A cultura islâmica, com efeito, concebe a dignidade da pessoa humana de modo diferente da que está inscrita na doutrina “ocidental”. Dela retira inferências – direitos e vedações – muito diversas das que prevalecem na cultura ocidental.

Apontem-se alguns traços que nela se registram.

O islamismo não aceita o princípio da *igualdade entre homens e mulheres*. Não admite a igualdade entre *fiéis e infiéis*.

Recusa, também, a *liberdade de crença*, não aceitando que o muçulmano abandone a religião islâmica. Na verdade, deve ele ser morto, se o fizer. Não aceita, para o homem a *liberdade de contrair casamento* com pessoas de determinadas religiões, tolerando o matrimônio com mulheres cuja religião tenha livros reconhecidos (é o caso do cristianismo); para a mulher, proíbe rigorosamente o casamento com não muçulmano.

2ª reimpressão, 2001, p. 125, citando Konrad Hesse, *Grundzüge der Verfassungsrechts*.

14 Aqui se repete, parcialmente e com algumas alterações e acréscimos, o texto **O futuro do Estado e o Estado do futuro**, incluído como cap. 1º do livro **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo** (Saraiva, São Paulo, 2. ed., 2008).



Reserva os *direitos políticos aos muçulmanos*. Não tolera, sequer, o *princípio da igualdade de acesso a cargos públicos*: a função de juiz há de ser de muçulmano. Seu direito penal *consagra penas* que, na opinião dos “ocidentais”, seriam intoleráveis, *cruéis, desmedidas*: o apedrejamento da adúltera, a amputação de membros dos culpados de certos crimes - da mão do ladrão - as marcas infamantes, etc.

E ninguém esqueça que *abençoa a poligamia*, e ainda aceita a *escravidão*.

Deve-se convir, com Sami A. Aldeeb Abu-Salieh, haver um fosso entre a concepção islâmica e aquela que prevalece na Declaração dita universal, de 1948.

É certo que os posicionamentos acima citados pertencem a uma concepção integrista do islamismo. Entretanto, como os muçulmanos consideram ter o direito um caráter religioso, estando contido no *Corão* e subsidiariamente na *Suna* (narrações e gestos) de Maomé, isto bloqueia, ou, ao menos, cerceia uma evolução que o compatibilize com a concepção “ocidental”.

6 OBSERVAÇÕES FINAIS

24. Faça-se, como conclusão, uma síntese do exposto.

A primeira observação concerne à fundamentação dos direitos humanos.

Não parece haver uma fundamentação sólida da existência de direitos superiores ao direito positivo, mesmo constitucional, sem que se recorra ao direito decorrente da própria natureza humana. Tais direitos não podem existir senão como decorrências da pessoa humana. A tese do “*consensus omnium gentium* ou *humani generis*” é desmentida pelos fatos, como já se apontou.

25. O reconhecimento de direitos naturais não lhes dá caráter absoluto, ao contrário importa na sua regulação e limitação para propiciar o respeito aos direitos naturais alheios.

Isto leva a que o exercício de um direito fundamental há de estar sujeito a um regime jurídico que não seja o mesmo em toda parte, em razão de aspectos culturais. Tal regime pode e deve variar segundo as condições sociais.

De fato, como os *atributos da pessoa humana* ou as projeções de sua dignidade são diferentemente concebidos pelas diversas culturas coexistentes, as suas decorrências não serão necessariamente iguais em toda parte, como não o foram nas sucessivas etapas históricas. Tal desuniformidade não fala contra o direito natural e deve ser respeitada num mundo que não é uniforme nas suas civilizações e respectivas tradições.

Assim sendo, dada a diversidade das culturas, a globalização deve preocupar-se com o direito em si, admitindo a diversidade dos regimes.

Não pode a doutrina dos direitos fundamentais, sob pena de frustrar-se a si





própria, ser “*ocidentalista*”, mas deve respeitar a diversidade de culturas. Assim, não lhe cabe assumir um papel civilizatório mas deve aceitar as diversidades dos regimes, desde que não anulem os direitos proclamados.

26. Como projeções primeiras da dignidade humana, os direitos fundamentais se distinguem dos direitos comuns. Não são meros direitos importantes, mas devem preencher a determinadas exigências na linha que propõe Alexy.

É isto a justificação de sua superioridade sobre o Poder e sobre os direitos comuns.

27. Enfim, uma observação pragmática. O generoso ideal de um mundo em que, em toda parte, sejam reconhecidos e concretizados os direitos fundamentais não se realizará pelos apregoados “avanços”, caso estes sejam confundidos com a multiplicação de novos direitos (o mais das vezes direitos comuns travestidos de fundamentais). Isto apenas desvalorizará, trivializando, os verdadeiros direitos fundamentais. Além de certamente criar novos pontos de atrito com outras culturas que não a dita “ocidental”.



OS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DAS NAÇÕES UNIDAS EM DIREITOS HUMANOS NUMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL

Marcílio Barenco Corrêa de Mello¹

1 INTRODUÇÃO

Atentos às transformações e diretrizes globais mundiais *exsurge* a Agenda 2030 apresentada pela Organização Mundial das Nações Unidas (ONU) em 2015, como oportunidade histórica de ação global voltada às pessoas e ao planeta, orientando países em desenvolvimento para novos rumos com vistas ao sucesso e perspectivas de vida frutíferas em seus próprios habitats.

Lastradas nos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio 2000/2015 (ODM), que se expandiu em países de liderança pública e responsabilidade social, com foco no primado de combates à pobreza, a ausência de instrução primária, a mortalidade infantil, a falta de acesso à água potável e patologias infecciosas e infectocontagiosas graves (malária, AIDS e tuberculose), defini-se agora uma nova agenda de metas e planejamento intitulados Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), todos negociados na Assembleia Geral da ONU tanto com os Estados-Membros quanto a sociedade civil.

Assim, a abertura de um “Caminho para Dignidade em 2030”² indica um mapa de objetivos para os próximos 15 anos, face ao sucesso das metas anteriormente edificadas e implementadas com as ODM.

Os espíritos de parceria e colaboração serão imprescindíveis para o sucesso ora almejado, a fim de direcionar o mundo a um trajeto perene e sustentável, nas dimensões de desenvolvimento econômico, social e ambiental, tudo em prol da humanidade e da terra.

Na ótica de benefício às Pessoas, a erradicação da pobreza e da fome, em todas as formas e dimensões irá garantir um futuro seguro de dignidade e igualdade.

Na ótica do Planeta, a proteção da degradação por meio de consumo e produção

1 Doutorando em Ciências Jurídicas Publicistas da Universidade do Minho. Procurador do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais/Brasil. Mestre em Fundamentos Constitucionais dos Direitos pela Universidade Federal de Alagoas - UFAL. Especialista em Direito Processual pela FADIMA-CESMAC - Maceió-AL. Graduado em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis-RJ. Ex-Professor de Direito Constitucional e Processual Penal da Faculdade Integrada Tiradentes – FITS – Maceió-AL. Ex-Delegado Geral (Chefe de Polícia) da Polícia Civil do Estado de Alagoas.

2 Relatório apresentado pelo secretário-geral da Organização das Nações Unidas Ban Ki-moon em 04 de dezembro de 2014. Disponível em: <www.nacoesunidas.org>. Acesso em: 02 nov. 2016.



sustentáveis, virá como ação urgente acerca do clima, garantindo não só as atuais, mas, sobretudo, as futuras gerações.

Na ótica da Prosperidade, uma vida de progresso e plena realização pessoal se harmonizarão socioeconômico e tecnologicamente com a natureza.

Na ótica da Paz, a edificação de sociedades pacíficas, justas e inclusivas será instrumento de desenvolvimento estatal sustentável.

Por fim, na ótica da Parceria, a mobilização de uma agenda global surgirá como meta material a ser alcançada pelas nações unidas, com transformação da atualidade para um mundo melhor.

De certo, a inclusão das metas pelos Estados compromissados e coordenados dependerá de indispensável equilíbrio fiscal, suficientemente capaz de equalizar e racionalizar Receitas e Despesas Públicas, sem que estas não superem àquelas, permitindo o órgão executor das políticas públicas traçadas – a Administração Pública – sustentabilidade de cunho orçamentário-financeiro, tão difícil de alcançar em tempos de crises econômicas, escassez de recursos e ausência de planejamento nos gastos públicos.

Agrega-se aos fatos acima a necessidade de aferição da eficiência durante a execução do planejamento agendado: controle de resultados.

O compromisso dos gestores públicos no cumprimento de certas normas de conduta representa método indutor de boas práticas e da escorreita administração dos recursos públicos com vistas ao resultado de maior relevância e interesse públicos: erradicação da pobreza extrema em todas as suas formas.

O princípio da colaboração entre os povos para progresso da humanidade, estampado no inciso IX, do artigo 4º, da CR/88, aparece como norma de regência constitucional brasileira nas relações internacionais, representando aqui compromisso a ser firmado pelos gestores públicos vocacionados (poder-dever) em cumprir as metas pactuadas, com proteção primária aos direitos humanos, a dignidade da pessoa, do Estado de Direito, da justiça, da igualdade, do respeito às diversidades (cor, raça, etnia, cultura), contribuindo, assim, para a edificação de um mundo provido de prosperidade sustentável compartilhada.

O desafio de superação das vulnerabilidades dos países menos desenvolvidos socioeconomicamente merece atenção especial, sobretudo nos países em conflito e pós- conflito, com compartilhamento da riqueza e combate à desigualdade social a setores estruturalmente postos, fortalecendo-se a capacidade produtiva de cada nação.

O fornecimento de educação equitativa e de qualidade em todos os níveis (infância, primário, secundário, superior, técnico e profissional), visa à inclusão de pessoas em situação de vulnerabilidade, com acesso a oportunidades de aprendizado ao longo da vida, aquisição de conhecimentos e habilidades que permitem a igualdade de condições de participação em sociedade, num ambiente saudável, próspero e sustentável.



2 DOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

Os Chefes de Estado e de Governo reunidos na sede das Nações Unidas em Nova York de 25 a 27 de setembro de 2015, decidiram criar uma agenda de ações globais afirmativas, com vigência a partir de 1º de janeiro de 2016 e intitulada “Agenda 2030”, criando 17 (dezessete) Objetivos de Desenvolvimento Sustentável de natureza ambiciosa e transformadora, para criação de um mundo mais inclusivo, equilibrado e integrado, com empenho colaborativo ao desenvolvimento sustentável sob as dimensões econômica, social e ambiental.

O reconhecimento da necessidade de erradicação da pobreza em todas as suas formas foi esculpido como maior desafio global de meta a ser transposta, requisito indispensável para o verdadeiro desenvolvimento conforme se extrai da síntese do Relatório denominado “O caminho para dignidade até 2030: acabando com a pobreza, transformando todas as vidas e protegendo o planeta” elaborado pelo Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU).³

Constituem os 17 (dezessete) Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), as metas a seguir dispostas,⁴ a saber:

ODS 1. Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares, atualmente aferidas como pessoas vivendo com menos de US\$ 1,25 por dia.

ODS 2. Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável.

ODS 3. Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades, reduzindo a taxa de mortalidade materna global para menos de 70 mortes por 100.000 nascituros.

ODS 4. Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, de promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos, permitindo que meninos e meninas tenham acesso a um desenvolvimento na primeira infância e educação pré-escolar, completem o ensino primário e secundário livre, equitativo e de qualidade, com política de resultados.

ODS 5. Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas, extirpando-se todas as formas de discriminação.

ODS 6. Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos, com acesso universal, equitativo e seguro.

ODS 7. Assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível

3 Relatório apresentado pelo secretário-geral da Organização das Nações Unidas Ban Ki-moon em 04 de dezembro de 2014. Disponível em: <www.nacoesunidas.org>. Acesso em: 02 nov. 2016.

4 Disponível em: <www.nacoesunidas.org>. Acesso em: 02 nov. 2016.



de energia para todos.

ODS 8. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos, com crescimento anual de pelo menos 7% do Produto Interno Bruto (PIB) nos países menos desenvolvidos.

ODS 9. Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação, a bem do desenvolvimento econômico e bem-estar humanos.

ODS 10. Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles, com progresso no crescimento da renda dos 40% da população mais pobre a uma taxa maior que a média nacional.

ODS 11. Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis, com habitação segura, adequada e a preço acessível e urbanização das favelas.

ODS 12. Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis, com gestão e uso eficiente dos recursos naturais.

ODS 13. Tomar medidas urgentes para combater a mudança climática e seus impactos, com políticas e planejamentos estratégicos de cada país, sem afastar o foro internacional competente disposto na Convenção Quatro das Nações Unidas.

ODS 14. Conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável, prevenindo e reduzindo todos os tipos de poluição marinha.

ODS 15. Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter à degradação da terra e deter a perda de biodiversidade, em conformidade com os acordos internacionais.

ODS 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis, reduzindo as formas de violência e mortalidade.

ODS 17. Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável, com a mobilização de recursos internos, apoio internacional para os países em desenvolvimento e melhoria da capacidade da arrecadação de impostos e outras receitas, bem como multiplicidade de fontes.

Eis aqui uma breve síntese das metas agendadas para os próximos 15 anos, representando compromisso de transformação do mundo, com ênfase no desenvolvimento sustentável e formação de legado do atual milênio para futuras gerações, lastrada na terra e na humanidade: pessoas, planeta, prosperidade, paz e parceria.



3 RECEITAS E DESPESAS PÚBLICAS RACIONAIS, EQUILIBRADAS E EFICIENTES COMO MEIO DE UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL

Após um rol de metas planejadas minuciosamente sob a perspectiva de sustentabilidade da humanidade e do planeta, preocupou-se acertadamente a Organização das Nações Unidas em edificar no Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n. 17, sob a ótica das finanças públicas, dentre outras.

Sem a fonte primária de recursos dispostos e disponibilizados pelos Estados comprometidos a implementação das metas das nações unidas, não há que se falar em possibilidade de adimplemento dos compromissos assumidos na agenda propositiva.

Nos últimos três exercícios orçamentário-financeiros vimos sistematicamente o Estado Brasileiro, por meio dos entes que compõe a Federação (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) organizados político-administrativamente na forma do art. 18, *caput*, da CR/88,⁵ amargar a inauguração da “Era dos Orçamentos Públicos Deficitários”.

Explico: em descompasso com a teleologia do mandamento constitucional preconizado no art. 169, §5º, da CR/88,⁶ materializada no art. 5º, da Lei Complementar federal n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal),⁷ as receitas públicas vem sendo superestimadas e as despesas públicas subestimadas, causando desequilíbrio das contas públicas em bilhões de reais.⁸

A Lei Orçamentária Anual, disposta nos editos descritos acima, contempla as dotações alocadas às unidades orçamentárias segundo o regime constitucional de autorizações (permissões) para que os administradores públicos realizem as despesas públicas com limitações temporais (via de regra, dentro do exercício financeiro), quantitativas (ao montante previsto na dotação orçamentária) e qualitativas (vinculada a uma finalidade de ação intitulada previamente).⁹

Por óbvio, a permissão de uma despesa pública pressupõe uma correspondente previsão de arrecadação de receita, que também virá descrita na Lei Orçamentária Anual, sem que adentremos na discussão acadêmica se aquela se encontra alocada

5 BRASIL. **Constituição da República de 1988**. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil] de 05 de out. 1988: Brasília, DF.

6 Ibidem.

7 BRASIL. **Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal**. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]: Brasília, DF.

8 Tal fato é público e notório e levou ao impedimento da Presidente da República Dilma Rouseff sendo conhecido como “pedaladas fiscais”, que nada mais foi que a ausência de recursos financeiros para adimplemento de programas sociais, valendo-se de adiantamento de receitas de bancos públicos (empréstimos) para cobrir despesas públicas de programas sociais.

9 GOMES, Emerson Cesar da Silva. **O direito dos gastos públicos no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 191.



doutrinariamente na seara de direito orçamentário ou direito financeiro, face a via estreita do presente artigo.

É neste planejamento anual que as contas governamentais brasileiras não vêm fechando, pois o aumento gradativo dos gastos públicos, aliado aos juros da dívida pública pretérita e ao déficit previdenciário, têm dificultado e comprometem não só a realização dos objetivos sociais de relevância para desenvolvimento sustentável da nação, mas sobretudo da própria Administração Pública em si.

Os orçamentos públicos brasileiros se (des)equilibram sobre a vertente de receitas públicas (incluindo desonerações), dos passivos socioeconômicos (passado), das despesas atuais e prementes (presente) e dos objetivos e metas determinadas no planos plurianuais (futuro),¹⁰ pautando o controle de equilíbrio, racionalidade e eficiência em políticas de resultados traçados no escopo deferido à Lei de Diretrizes Orçamentárias.¹¹

Não à toa, há em tramitação no Congresso Nacional uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC 241/2016)¹² intitulada “novo regime fiscal”, sob justificativa de ponto de inflexão para volta do crescimento econômico no Brasil. Em apertada síntese, tenta estabelecer um teto para os gastos públicos da União, que será reajustado pelo índice da inflação do ano anterior pelo prazo de 20 anos. Se aprovada, na primeira década, terá o índice de Preços ao Consumidor Anual – IPCA, como percentual de reajuste.

Já sob eventual vigência, caso o teto constitucional gravado aos gastos públicos seja desrespeitado pelo governo, restará defeso à União em aumentar seus gastos com funcionalismo e reajustar o salário-mínimo.

Na visão prospectiva de Paulo Springer de Freitas,¹³ consultor legislativo do Senado Federal brasileiro, sem a aprovação da proposta da emenda à Constituição o déficit primário do país vai se ampliar e chegar a 10% do Produto Interno Bruto (PIB) em 2036, e a dívida bruta chegará a 272% do PIB, o que torna o cenário fiscal insustentável.

Entretanto, em sendo a PEC aprovada, o PIB sairá de um déficit de 1,8% em 2015, para um superávit primário de 6,4% em 2036, enquanto a dívida pública retrainha de 76% do PIB, para 37,3% do mesmo num cenário de 20 anos, restando apontadas algumas inconsistências.

10 Art. 165, §1º da Constituição da República do Brasil de 1988.

11 Art. 165, §2º da Constituição da República do Brasil de 1988 c/c art. 4º e incisos da Lei Complementar federal n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

12 Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 02 nov. 2016.

13 FREITAS, Paulo Springer de. apud CANÁRIO, Pedro. Novo regime fiscal: para consultores legislativos do Senado, teto dos gastos públicos não é suficiente. **Conjur.**, São Paulo, nov. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-08/consultores-senado-teto-gastos-publicos-nao-suficiente>>. Acesso em: 08 nov. 2016.



Atentemos ao fato que junto ao novo regime fiscal proposto, se impõe a reforma da Previdência Social, sem a qual não haverá resultados possíveis de melhoria no cenário doutras áreas sensíveis (direitos sociais), pois o crescimento da despesa previdenciária (deficitária) suplementada mensalmente pelos cofres públicos federais obrigará fatalmente ao corte de despesas públicas indispensáveis ao crescimento sustentável da nação brasileira, o que representa uma verdadeira antinomia às metas traçadas pela Agenda de Ações Afirmativas de 2030 da ONU.

Ademais, numa preocupação exacerbada com as despesas públicas, passamos a sofrer de uma distrofia focal, não nos preocupando com a receita pública que é premissa maior e antecedente, sem a qual a primeira nunca poderá ser realizada.

Aqui chamamos atenção às hipóteses excepcionais de renúncia de receita, que compreendem circunstâncias jurídicas onde determinado ente federativo abdica do direito de arrecadar parte de suas receitas constitucionalmente deferidas, gravando de perda fiscal o ente titular, seja pela concessão de benefícios a grupo de pessoas, seja a contribuintes específicos..

Embora os fundamentos para instituição da renúncia fiscal sejam de natureza publicista, as atividades de contrapartida nem sempre serão executadas por agente do Estado, e os meios de controle de verificabilidade e conformidade no cumprimento das obrigações assumidas não se darão pela via dos orçamentos: públicos, de investimentos das estatais ou de seguridade social.

A fim de evitar distorções e abusos no lançamento deste instituto (renúncia fiscal), estes são contabilizados como gastos tributários indiretos, - portanto perdas na arrecadação fiscal -, sendo regulados pelo art. 165, §6º da CR/88,¹⁴ que os elenca *in numerus clausus* como: anistia, remissão, crédito presumido, isenção de caráter não geral e diminuição da alíquota de tributo ou modificação de sua base de cálculo; todas estas, acaso deferidas, deverão vir acompanhadas de estimativa de impacto orçamentário-financeiro no exercício de início de sua vigência e nos dois exercícios seguintes.

Sem planejamento e fiscalização adequados, tal perda fiscal arrecadatória poderá trazer prejuízos inimagináveis em longo prazo, visto que concedidos às vezes por décadas (10, 20 ou 30 anos), comprometendo o direito ao futuro na implementação de políticas públicas às gerações vindouras.

Em estudo de caso concreto, podemos trazer à baila levantamentos atuais realizados no site de transparência pública do Estado do Rio de Janeiro – Brasil,¹⁵ que se encontra sobre decretação de calamidade financeira, em insolvência de obrigações legais e constitucionais como: atraso no salário dos servidores, falta de pagamento de fornecedores, atraso no repasse dos duodécimos dos poderes constituídos e

14 BRASIL. **Constituição da República de 1988**. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil] de 05 de out. 1988: Brasília, DF.

15 Consulta pública de dados disponíveis em: <<http://www.transparencia.rj.gov.br>>. Acesso em: 08 nov. 2016.



inadimplemento de políticas públicas setoriais (saúde, educação, segurança pública, previdência e assistência social), bem como ausência nos pagamentos de despesas de custeio e obras e serviços de infraestrutura já executados.

A arrecadação do Imposto sobre Circulação de Bens e Serviços – ICMS, de competência constitucional dos Estados-Membros,¹⁶ sofreu no Estado do Rio de Janeiro, decréscimo por meio da concessão de benefícios fiscais à monta de R\$ 35 bilhões no ano de 2015 a contribuintes e pessoas; em contraposição a folha anual do pagamento dos servidores públicos corresponderá, em 2016, à monta aproximada de R\$ 26 bilhões, mesma folha esta que mensalmente resta inadimplida e quitada parceladamente, com futuro incerto quando a rubrica é 13º salário (gratificação natalina), como já experimentado no exercício anterior (2015).

Assim, é importante nos debruçarmos não só ao exame de legalidade, economicidade, eficiência e interesse público na realização das despesas públicas, impondo também a detenção de olhar mais acurado quanto às desonerações fiscais.

A fiscalização permanente tem o fim de manter a sustentabilidade da Administração Pública em longo prazo, como órgão responsável pela execução de políticas públicas planejadas em prol da nação e de suas futuras gerações.

Há de controlar com maior veemência interna e externamente, por meio de métodos indutivos e coercitivos, na busca do equilíbrio das receitas e despesas públicas para o cumprimento de metas pactuadas na ordem interna (objetivos republicanos) e internacional (objetivos cooperativos).

Certamente, a superação de vícios e de inconsistências no planejamento orçamentário-financeiro demandará um conjunto de procedimentos de fiscalização, ética corporativa e auditoria, alçados a um firmamento de compromisso (pelo gestor público) em grau de governança corporativa, com a esmerada prestação de contas e transparência, possibilitando maior e permanente controle dos atos de administração e de gestão do erário público.

4 CONCLUSÃO

A Organização das Nações Unidas ao aprovar a Agenda 2030 possibilitou o marco inaugural no planejamento de ações globais desenvolvimentistas sustentáveis, voltadas às pessoas e à terra, em especial às nações pouco desenvolvidas.

Expressou-se, assim, a vontade política da comunidade internacional na evolução da humanidade, num planeta equilibrado entre pessoas e os recursos naturais, rumo ao sucesso dos povos, com estrito respeito às diversidades e manutenção das soberanias.

Representam em si, a abertura de caminho do reconhecimento da dignidade

16 Art. 155, inciso II, da Constituição da República do Brasil de 1988.



para toda humanidade, com espírito de parceria e colaboração entre nações, especialmente em favor das menos favorecidas na ótica socioeconômica e ambiental, envolvendo-se ao conjunto universal de pessoas, do planeta, da prosperidade, da paz e dos laços de parceria.

Contudo, antes mesmo de internalizarmos as metas convencionais externas, há de se criar um ambiente sustentável sob ponto de vista da meta fiscal para os entes públicos, a fim de se garantir a sustentabilidade orçamentária e financeira, tão díspar em tempos de crises econômicas, escassez de recursos financeiros e falta de planejamento adequado na elaboração dos orçamentos públicos, onde se agregue racionalidade, equilíbrio e eficiência entre receitas e despesas.

A pactuação externa (internacional) se apresenta como indutora de uma repactuação interna (entes federados e seus gestores) impondo-se novas práticas de governança corporativa voltada ao cumprimento de regras (normas), observância de ética (condutas) e submissão a auditorias (controle), na busca de maior relevância e concentração de esforços nos interesses públicos coletivos: o bem-comum da sociedade. Assim, o fundamento da colaboração entre as nações como progresso da humanidade se apresenta como meio eficaz rumo à igualdade e justiça social, em sociedades plúrimas e diversificadas sob ponto de vista étnico, econômico, social e cultural, que possuem algo maior em comum, a ser preservado e eternizado na seara do desenvolvimento e da sustentabilidade: a plenitude da dignidade da pessoa e a isonomia no exercício dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. alemã, 1. ed. brasileira. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Editora Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Editora Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), In: **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Editora Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Editora Renovar, 2006.



BRASIL. **Constituição da República de 1988**. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil] de 05 de out. 1988: Brasília, DF.

BRASIL. **Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal**. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]: Brasília, DF.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Malheiros Editores, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **CRP – Constituição Portuguesa Anotada**. 1. ed. brasileira, 4. ed. Portuguesa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. V. I.

FREITAS, Paulo Springer de apud CANÁRIO, Pedro. Novo regime fiscal: para consultores legislativos do Senado, teto dos gastos públicos não é suficiente. **Conjur.**, São Paulo, nov. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-08/consultores-senado-teto-gastos-publicos-nao-suficiente>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

GOMES, Emerson Cesar da Silva. **O direito dos gastos públicos no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2015.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 1. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

HART, Herbert L A. **Conceito de direito**. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1991.

MARTINS, Fernando Barbalho. **Do direito à democracia**: neoconstitucionalismo, princípio democrático e a crise no sistema representativo. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

THOMÉ, César Pires. **Segurança jurídica e tutela dos direitos fundamentais como**



corolário do modelo garantista. Brasília (monografia): 2008. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/20957/1/Segurança_Jurídica_César%20Pires.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2016.



A CONVENÇÃO DE ISTAMBUL E A PROTEÇÃO DAS MULHERES CONTRA A VIOLÊNCIA: UMA VISÃO PANORÂMICA

Margarida Santos¹

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A 11 de maio de 2011 foi aprovada a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, designada por Convenção de Istambul, tendo sido ratificada por Portugal pelo Decreto do Presidente da República nº 13/2013, de 21 de Janeiro, tendo entrado em vigor a 1 de agosto de 2014.

Este documento internacional afigura-se de suma importância na prevenção/combate da violência contra as mulheres e proteção destas.

São vários os instrumentos jurídicos relevantes neste domínio (como, de resto, vem sintetizado no próprio preâmbulo da Convenção de Istambul), mas nenhum outro tinha ido tão longe na proteção da vítima (mulher).

Neste contexto, importa dar conta das principais linhas de força presentes na Convenção de Istambul, analisando-se, ainda que sincopadamente, a relevância deste documento legislativo no âmbito da promoção de um novo olhar jurídico-penal em torno da vítima (mulher).

2 PRINCIPAIS LINHAS DE FORÇA DA CONVENÇÃO DE ISTAMBUL

A Convenção aplica-se a todas as formas de violência contra as mulheres, incluindo a violência doméstica (artigo 2º da Convenção), entendendo-se, desde logo, a “violência contra as mulheres” como “uma violação dos direitos humanos e [...] [como] uma forma de discriminação contra as mulheres, abrangendo todos os atos de violência que resultem, ou possam resultar, em danos ou sofrimentos físicos, sexuais, psicológicos ou económicos para as mulheres, incluindo a ameaça de tais atos, a coação ou a privação arbitrária da liberdade, tanto na vida pública como na vida privada”, uma vez que a “violência de género exercida contra as mulheres” designa “toda a violência dirigida contra a mulher por ser mulher ou que afeta desproporcionalmente as mulheres” (artigo 3º da Convenção).

Na verdade, como se acentua no Preâmbulo da Convenção de Istambul, que vale a pena aqui recordar as “[...] mulheres e raparigas estão muitas vezes expostas a formas graves de violência, tais como a violência doméstica, o assédio sexual,

¹ Professora na Escola de Direito da Universidade do Minho.



a violação, o casamento forçado, os chamados ‘crimes de honra’ e a mutilação genital, os quais constituem uma violação grave dos direitos humanos das mulheres e das raparigas e um obstáculo importante à realização da igualdade entre mulheres homens e homens”. Salienta-se igualmente que “[...]a realização de jure e de facto da igualdade entre mulheres e homens é um elemento-chave na prevenção da violência contra as mulheres”.

A Convenção de Istambul abarca diferentes âmbitos, quer ao nível da proteção e assistência das vítimas, quer ao nível da prevenção e repressão da violência.² Com efeito, a Convenção abrange, desde logo, as matérias da prevenção, proteção e apoio, direito civil e penal, direito processual e medidas de proteção, migração e asilo, prevendo, igualmente, um mecanismo de monitorização.

No âmbito da prevenção (artigos 12 a 17 da Convenção) os Estados-Partes estão obrigados, desde logo, ao desenvolvimento de uma cooperação interinstitucional coordenada e ao estabelecimento de programas que visem a ensinar os agressores a adotar um comportamento não violento nas relações interpessoais, bem como a criar programas de tratamento com o objetivo de prevenir a reincidência.

No contexto da proteção e apoio (artigos 18 a 28 da Convenção), as partes comprometem-se, nomeadamente, numa abordagem integrada, a promoverem medidas de proteção e apoio das vítimas e testemunhas, garantindo, desde logo, que as medidas assentem numa compreensão da violência que tenha em conta o género, a relação entre vítimas, agressores, crianças e o seu ambiente social mais alargado, visem a evitar a vitimização secundária e o empoderamento e independência económica das mulheres vítimas de violência, designadamente através da criação de casas de abrigo adequadas (artigo 23 da Convenção), de linhas de apoio telefónico (artigo 24 da Convenção), centros de crise adequados (artigo 25 da Convenção), apoio adequado às crianças testemunhas (artigo 26 da Convenção). Neste contexto, importa também realçar que as partes se encontram obrigadas a adotar medidas que encorajem a denúncia da prática de atos de violência abrangidos pela Convenção (artigo 27 da Convenção).

Ao nível do direito material (artigos 29 a 48 da Convenção), sublinhe-se, que a Convenção impõe aos Estados-Partes, além da obrigação de adotar medidas que assegurem que os atos de violência aqui contemplados sejam tidos em conta nas decisões respeitantes ao direito de guarda, direito de visita das crianças e sua segurança (artigo 31 da Convenção), a obrigação de criminalização dos atos de

2 Ver artigo 1º da Convenção (“Finalidade da Convenção”), onde, designadamente, no nº 1, alínea c), se aponta para a construção de um quadro normativo global para a prevenção e proteção às vítimas de violência contra as mulheres. Esta abordagem holística afigura-se essencial, no contexto de uma “estratégia eficaz e não numa ótica de remédios pontuais” – assim, ver o Parecer da APAV sobre as implicações legislativas da Convenção de Istambul do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, disponível em: <http://apav.pt/apav_v2/images/pdf/Parecer_da_APAV_relativo_as_implicacoes_legislativas_da_Convencao_de_Istambul.pdf> (última consulta a 1-8-2017), p. 5.



violência psicológica, física, sexual, perseguição, de casamento forçado, de mutilação genital feminina, aborto forçado e esterilização forçada e assédio sexual (artigos 33 a 40), devendo existir “sanções efetivas, proporcionais e dissuasoras, tendo em conta a sua gravidade” (art. 45, nº 1). As partes obrigam-se, ainda, no artigo 48 da Convenção, a proibir os processos alternativos de resolução de conflitos obrigatórios relativamente aos atos de violência aqui abrangidos.³

No âmbito do direito processual penal e das medidas de proteção (artigos 49 a 58 da Convenção) constitui obrigação dos Estados-Partes a adoção de medidas que assegurem uma resposta célere e adequada a todas as formas de violência, “tendo presente a compreensão da violência sob o ponto de vista do género” (artigo 49 da Convenção), oferecendo uma proteção adequada e imediata às vítimas (artigo 50 da Convenção), bem como a consagração de medidas legislativas necessárias para que uma avaliação do risco de mortalidade, da gravidade da situação e do risco de repetição da violência seja efetuado por todas as autoridades competentes a fim de gerir o risco e garantir, se necessário, uma segurança e apoio (artigo 51 da Convenção).

No artigo 52 as partes estão obrigadas a assegurar a concessão, às autoridades competentes, do poder de ordenar, em situações de perigo imediato, ao autor da violência doméstica que deixe o domicílio da vítima ou da pessoa em risco por um período de tempo suficiente, bem como para impedir o agressor de entrar no domicílio da vítima ou da pessoa em perigo ou de a contactar (dando prioridade à segurança das vítimas). No artigo 53, constitui obrigação dos Estados-Partes a adoção de medidas para que existam ordens de restrição ou proteção adequadas para as vítimas de todas as formas de violência, apontando para a sua aplicação imediata, em caso de necessidade, e que a sua violação seja objeto de sanções penais ou outras sanções legais efetivas, proporcionais e dissuasoras.

Importa, ainda, salientar que o Capítulo IX é dedicado à monitorização da aplicação da Convenção pelas Partes. Com efeito, o verdadeiro teste sobre a aplicação prática da Convenção reside nesta monitorização. Neste sentido, compete ao Grupo de Peritos para o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência

3 Efetivamente, o recurso a estes mecanismos não deve ter natureza obrigatória, devendo o acesso às práticas de justiça restaurativa. As condições para recurso às práticas de Justiça Restaurativa deverão obedecer aos critérios estabelecidos no artigo 12 da Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de outubro de 2012 que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho. A participação voluntária da vítima deve ser *conditio sine qua non*, devendo o consentimento ser prestado de forma livre e informada e passível de ser retirado em qualquer momento do processo – neste sentido, ver o Parecer da APAV sobre as implicações legislativas da Convenção de Istambul do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, disponível em: <http://apav.pt/apav_v2/images/pdf/Parecer_da_APAV_relativo_as_implicacoes_legislativas_da_Convencao_de_Istambul.pdf> (última consulta a 1-8-2017), p. 5.



Doméstica (GREVIO)⁴ monitorizar as medidas tomadas pelos Estados-Partes para implementar a Convenção de Istambul (art. 66 da Convenção), podendo o Grupo adotar recomendações gerais sobre a aplicação da Convenção, com base nas suas constatações (art. 69 da Convenção). Tendo por base um questionário elaborado pelo GREVIO,⁵ na esteira do art. 68 da Convenção, as partes terão de apresentar ao Secretário-Geral do Conselho da Europa um relatório sobre as medidas adotadas tendo em vista a efetivação das disposições da Convenção, para que o mesmo seja apreciado pelo GREVIO.⁶ Refira-se que Portugal já entregou o respetivo relatório em setembro de 2017.⁷

3 A CONVENÇÃO DE ISTAMBUL E A PROMOÇÃO DE UM NOVO OLHAR JURÍDICO-PENAL EM TORNO DA VÍTIMA MULHER

A Convenção de Istambul transparece um “avanço ideológico e simbólico na teorização da violência contra as mulheres, ultrapassando-se a linguagem neutra em relação ao género”.⁸ Podemos encarar que a “a prioridade” é a eliminação da violência contra a mulher, sendo a violência de género encarada da perspetiva da violência contra as mulheres.

Não obstante, na legislação penal portuguesa, não se opta por uma conceção de género.⁹ Assim, “apesar de ser evidente, quer no cenário internacional, quer nacional,

4 Os peritos foram eleitos pelos primeiros 15 Estados Partes na Convenção. A eleição teve lugar no âmbito do Comité de Partes da Convenção de Istambul, criado com vista à eleição dos membros do GREVIO e a assegurar o seguimento das suas futuras recomendações. O GREVIO é atualmente composto pelos seguintes elementos: Feride Acar (Turquia), Biljana Brankovic (Sérvia), Francoise Brié (França), Helena Maria Carvalho Martins Leitão (Portugal), Gemma Gallego (Espanha), Simona Lanzoni (Itália), Rosa Logar (Áustria), Iris Luarasi (Albânia), Marceline Naudi (Malta) e Vesna Ratkovic (Montenegro).

5 O questionário poderá ser consultado em: <<http://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/grevio>>. (última consulta a 28-5-2017).

6 Para além dos relatórios recebidos das Partes, o Grupo utilizará informação proveniente de ONG e da sociedade civil, bem como de instituições nacionais para a proteção dos direitos humanos, podendo deslocar-se aos Estados em questão a fim de recolher mais informação (cfr. Art.º 68.º, da Convenção).

7 Pode ser consultada uma tabela com os prazos previstos de entrega do questionário e entrega do relatório, bem como diálogo com a respetiva Parte em <<http://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/timetable>> (última consulta em 28-5-2017). O Relatório Português (Report submitted by Portugal pursuant to Article 68, paragraph 1 of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, foi recebido pelo GREVIO em 8 de setembro de 2017 e publicado em 8 de setembro de 2017, encontrando-se disponível em: <<https://rm.coe.int/portugal-state-report/168074173e>> (última consulta a 3-10-2017).

8 Maria Clara Sottomayor, “A Convenção de Istambul e o Novo Paradigma da Violência de Género”, **Ex Aequo**, nº 31, 2015, p.105 e ss.

9 Sobre as vantagens e inconvenientes desta opção, ver Margarida Santos, “A Convenção de Istambul



que as mulheres são as principais vítimas de determinados crimes, pode a vítima ser igualmente um homem na legislação portuguesa”.¹⁰ Com efeito, cremos que a Convenção não obriga os Estados-Partes à adoção de uma conceção de género na formulação do arquétipo legal, como noutro escrito já adiantámos, apelando a que “[...] uma (eventual) introdução da perspetiva de género no direito penal português teria de assentar numa profunda reflexão criminológica em torno das causas que lhe estão subjacente e dos factos da realidade social que merecem esta tutela jurídico-penal acrescida, de forma a compreender as implicações em sede de política criminal e dogmática penal”.¹¹

A Convenção de Istambul promoveu, desde logo no ordenamento jurídico-penal português relevantes alterações, não obstante, podermos adiantar que grande parte das obrigações decorrentes da Convenção já estavam consagradas na legislação portuguesa.¹²

Especificamente no que concerne ao direito penal substantivo, foram publicadas, desde logo, as Lei nº 83/2015, de 5 de agosto e nº 103/2015, de 24 de agosto (esta última não o refere explicitamente, mas podemos compreendê-la como inserida neste contexto).¹³

Desde logo, a Lei nº 83/2015 de 5 de agosto, em cumprimento do disposto na Convenção de Istambul, como expressamente se refere no sumário da Lei, autonomizou o crime de mutilação genital feminina (Artigo 144 - A), criou os crimes de perseguição (Artigo 154-A) e casamento forçado (154 - B), e alterou os crimes de violação (Artigo 164), coação sexual (art. 163) e importunação sexual (Artigo 170). De referir, ainda, que esta lei aditou o Artigo 154-C, referente aos atos preparatórios do

e a ‘violência de género’”: breves apontamentos à luz do ordenamento jurídico-penal português”, **Fides**, 16. edição, nov., 2017, no prelo.

10 Para uma reflexão em torno da inexistência da perspetiva de género no ordenamento jurídico-penal português, indagando se o direito penal deveria adotar a perspetiva de género, ver Margarida Santos, “A Convenção de Istambul e a ‘violência de género’”: breves apontamentos à luz do ordenamento jurídico-penal português”, *Fides*, 16. edição, nov., 2017, no prelo.

11 Idem.

12 Idem. Por exemplo, o legislador tem dado uma crescente atenção aos atos de violência entre pessoas que se ligam/ligaram por uma relação de proximidade, nomeadamente, uma relação de intimidade – assim, ver, Cândido da Âgra (Coord.), Jorge Quintas, Pedro Sousa e André Lamas Leite, **Homicídios conjugais: estudo avaliativo das decisões judiciais**, Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, 2015 p. 22. Com interesse, sobre o caminho feito, e sobre as alterações motivadas pela Convenção de Istambul ver o já citado Relatório Português (Report submitted by Portugal pursuant to Article 68, paragraph 1 of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, recebido pelo GREVIO em 8 de setembro de 2017 e publicado em 8 de setembro de 2017, disponível em: <<https://rm.coe.int/portugal-state-report/168074173e>> (última consulta a 3-10-2017).

13 Assim, ver também Cândido da Âgra (Coord.), Jorge Quintas, Pedro Sousa e André Lamas Leite, **Homicídios conjugais: estudo avaliativo das decisões judiciais**, Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, 2015 p. 21, nota 5.



crime de casamento forçado.

Numa visão integral, as alterações normativas, desde logo de índole penal e processual penal, contribuem para um aumento da tutela jurídico-penal.

Alguma doutrina tem advogado que estes novos tipos legais de crime representam, mais uma vez, o caminho para um “Direito Penal simbólico”, na medida em que as novas incriminações típicas não protegem novos bens jurídicos.

Há quem critique, por exemplo no que concerne à autonomização da mutilação genital feminina, referindo, por exemplo, que à exceção da novidade do nº 2, do artigo 144-A (punição dos atos preparatórios), cuja norma se revela bem fundada em termos político-criminais, o nº 1 do artigo 144 - A revela-se “[...] mais uma marca de um ‘Direito Penal simbólico’ que uma irreprimível necessidade do ordenamento jurídico”, entendendo que “[...] não se tratou de colmatar uma lacuna – inexistente – na nossa legislação penal, mas de colocar mais em evidência a censura do nosso ramo de Direito, sinalizando-se porventura à comunidade, de um jeito mais claro a importância do bem jurídico protegido (que continua a ser a integridade física do modo amplo como deixámos mencionado) e a gravidade da sua comissão”.¹⁴

Estamos, no entanto, com aqueles que entendem que, subjacente a este reforço jurídico-penal, nomeadamente através das incriminações autónomas de condutas que, de certa forma, já eram punidas, estão aqui em causa, desde logo, razões de prevenção geral e especial que justificam a opção do legislador. Assim, por exemplo, referindo-se especificamente à autonomização do crime de mutilação genital feminina, Maria Clara Sottomayor refere que estão em causa “[...] importantes objetivos de prevenção geral, associados ao simbolismo do Direito Penal na comunidade, e chama a atenção da população para o valor do bem jurídico em causa e para o género feminino da vítima, contribuindo, assim, para o aumento da consciência social em relação ao carácter ilícito destas práticas enquanto violação dos direitos humanos das mulheres”.¹⁵ Na mesma linha, por exemplo, Paula Ribeiro de Faria refere que “[...] a tipificação e a incriminação autónoma das condutas desempenha uma função muito importante ao nível da interiorização da sua gravidade por parte dos agentes e da colectividade, ao mesmo tempo que permite à norma penal funcionar mais eficazmente como mecanismo de dissuasão deste tipo de práticas”.¹⁶

Além de se sublinhar que estarão aqui em causa razões de prevenção geral e especial, concordamos com Mário Monte quando sintetiza que, no que se diz respeito

14 André Lamas Leite, “As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – nótulas esparsas”, **Julgar**, nº 28, 2016, p. 63.

15 Maria Clara Sottomayor, “Assédio Sexual nas ruas e no trabalho: uma questão de direitos humanos”, In: Maria da Conceição Ferreira da Cunha (Coord.), **Combate à violência de género: da Convenção de Istambul à nova legislação penal**, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 2016, p. 72.

16 Paula Ribeiro de Faria, “A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina”, in Maria da Conceição Ferreira da Cunha (Coord.), **Combate à violência de género: da Convenção de Istambul à nova legislação penal**, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 2016, p. 106.



especificamente ao ordenamento jurídico português, “[...] as novas incriminações típicas têm um significado e um simbolismo claramente assumido na direção da proteção da vítima, em especial, da mulher”, “[...] como sujeito igual, por um lado, mas necessitado de um olhar diferente, por outro lado, a merecer uma maior discriminação positiva, no sentido da sua efetiva proteção jurídico-penal”.¹⁷

Na linha do autor “[...] nunca se tinha ido tão longe como se foi em 2011. [...] Mas mais: [...] nunca como agora a vítima foi encarada como um desafio jurídico-penal”.¹⁸ Este modo de intervir jurídico-penal, baseado, como nos diz o autor, num “outro modo de olhar o problema criminal”, rompe com a tradição que “assenta sobretudo numa certa perenidade dogmática que é resistente a intervenções ideológicas”.¹⁹

Assim, vislumbra-se uma alteração de paradigma, que, como salienta Mário Monte “embora começando por um certo tipo de criminalidade [...] significa, para além de outras implicações, a assunção de que a vítima nem sempre tem sido devidamente protegida pelo direito penal. Nisto consiste o resgate jurídico-penal da vítima, em particular da mulher”.²⁰

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Convenção de Istambul assume-se um instrumento de extrema importância na prevenção/combate da violência contra as mulheres e proteção destas, promovendo que se avance ideologicamente na proteção da mulher contra a violência.

A Convenção promove uma visão holista e interdisciplinar, vertida em vários planos no âmbito da proteção da vítima mulher contra os atos de violência, incluindo o criminal.

Este instrumento normativo convoca um novo olhar jurídico-penal em torno da vítima mulher, salientando-se os fundamentos de prevenção geral e especial que estão na base dos (novos) tipos legais constantes do ordenamento jurídico-penal português. Estes tipos legais atendem à vítima como “desafio jurídico-penal”.

17 Mário Ferreira Monte, “O resgate político-penal da vítima (mulher) em matéria de direitos humanos – considerações em torno da Convenção do Conselho da Europa para a prevenção e o combate à violência contra as mulheres e a violência doméstica, adotada em Istambul, a 11 de maio de 2011, e da Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto”, in Patrícia Jerónimo (Org.), **Temas de investigação em direitos humanos para o século XXI – edição comemorativa do 10.º Aniversário do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade do Minho**, Direitos Humanos. Centro de Investigação Interdisciplinar/Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016, p. 283 e 284.

18 Idem, p. 277 e 278.

19 Idem, p. 285 e 286.

20 Idem, p. 277 e 278.



E SE É O ROBOT QUEM DECIDE MATAR? ALGUNS PROBLEMAS JURÍDICOS DOS SISTEMAS DE ARMAMENTO AUTÓNOMOS

Maria de Assunção do Vale Pereira¹

1 APRESENTAÇÃO DA QUESTÃO A TRATAR

Tendo nós, no I Congresso *Direito na Lusofonia*, tratado de algumas vicissitudes que, no plano jurídico, decorrem do uso bélico dos *drones*,² decidimos abordar, em termos sumários, neste IV Congresso, alguns dos problemas – também de natureza jurídica – que se podem antever do desenvolvimento da robótica aplicada aos armamentos; ou seja, questões jurídicas que a utilização – que se prevê que possa ocorrer a breve trecho – de sistemas de armamento autónomos (os chamados *killer robots*) poderão suscitar. Certo que há autores, como é o caso de Dinstein, que consideram que tais sistemas não existirão num horizonte próximo, pelo que sustentam “não haver nenhuma urgência particular em resolver as consequências de sua ação putativa”.³ Apesar disso, Estados como os Estados Unidos da América ou o Reino Unido já definiram, como objetivo, atingir a plena autonomia destes sistemas bélicos; quanto a outros Estados, como a Rússia ou a China, não tendo assumido claramente esse propósito, vai-se tendo conhecimento de que se encaminham no mesmo sentido. E a verdade é que não existe grande transparência nesta matéria que nos permita saber exatamente em que ponto se encontra o desenvolvimento destes sistemas em cada um dos países envolvidos, havendo mesmo a convicção, por parte de alguns autores, de que já ocorreram experiências com sua utilização.

Assim, em nossa opinião, o problema deverá ser debatido e analisado de modo a que a comunidade internacional não seja apanhada de surpresa ao deparar-se com um ataque perpetrado por esses sistemas.

1 Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho (Braga, Portugal).

2 Cf. Maria de Assunção do Vale Pereira, “Reflexões sobre o impacto do uso bélico dos drones nos direitos humanos fundamentais”, **Direito na Lusofonia. Cultura, Direitos Humanos e Globalização**, Mário Ferreira Monte, Maria Clara Calheiros, Maria Assunção do Vale Pereira e Anabela Gonçalves (Coord.), Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016, p. 297-307.

3 Yoram Dinstein, “The Principle of Distinction and Cyber War in International Armed Conflicts”, **Journal of Conflict & Security Law**, vol. 17, 2012 (2), p. 268. Esta ideia é muitas vezes traduzida pela afirmação de que haverá sempre um homem no circuito (“a man in the loop”).



2 DO QUE FALAMOS QUANDO NOS REFERIMOS A SISTEMAS DE ARMAMENTO AUTÓNOMOS?

A nível de armamento, existem graus de autonomia muito diversificados. Assim, torna-se importante distinguir entre armas com diferentes graus de autonomia, nomeadamente entre armas automáticas, semi autónomas e autónomas.

Os sistemas autónómicos são sistemas que estão previamente programados e em que, introduzindo-se os dados, eles respondem fazendo o que estão programados para fazer. É o que acontece, a nível de armamento,⁴ com boa parte das armas ligeiras (prime-se o gatilho e arma dispara a munição como foi programada para fazer) ou, por exemplo, com as minas anti pessoal⁵ (em que, apesar do facto de que quem as colocou não tem qualquer controlo sobre elas, elas fazem o que estão programadas para fazer, deflagrando designadamente quando são pressionadas pelo peso de um pessoa).⁶ Também os *drones* se integram nesta categoria. Apesar de serem aparelhos mais sofisticados não têm autonomia, sendo o humano que o comanda que determina o que o *drone* faz, acionando os dispositivos que pretende; portanto, apesar de o controlo ser remoto, há um efetivo controlo humano, que determina a atuação do *drone*.

Diferentes são os sistemas semi autónomos, que definem um conjunto de parâmetros (fazem a observação, a análise dos dados, definem procedimentos...), mas antes de agirem consultam o humano que decide se a ação prevista é levada a cabo ou é cancelada. Portanto, o humano pode, no mínimo, cancelar o ataque que a máquina programou levar a cabo. E temos exemplos deste tipo de armamento nos robots sentinela autónomos que patrulham a fronteira da Coreia do Sul, com capacidade para identificar, rastrear e disparar sobre alvos, embora esta última fase necessite, atualmente, de autorização humana.⁷ Igualmente se pode inserir nesta categoria o sistema PHALANX, usado pela marinha dos Estados Unidos, que tem capacidade para detetar, rastrear e atacar autonomamente mísseis anti navio, embora esses ataques possam sempre ser anulados por um humano.

Pelo contrário, quando falamos em sistemas autónomos estamos a referir-nos a

-
- 4 Ou seja, o funcionamento é idêntico ao de aparelhos usados no nosso dia a dia, como, por exemplo, um micro-ondas: programamos a temperatura e o tempo, acionamos o sistema e ele aquece de acordo com a programação que escolhemos.
- 5 Recorde-se que, por força da Convenção de Otava de 1997 – de seu nome, Convenção Sobre a Proibição da Utilização, Armazenagem, Produção e Transferência de Minas Antipessoal e Sobre a sua Destruição –, a utilização (e não só, como decorre do título da Convenção revela) de minas anti pessoal foi proibida.
- 6 Nos termos do art. 2º, nº 1, da Convenção referida na nota anterior, mina antipessoal é “uma mina concebida para explodir devido à presença, proximidade ou contacto de uma pessoa e destinada a incapacitar, ferir ou matar uma ou várias pessoas”.
- 7 Veja-se “Killer robots: the soldiers that never sleeps”, <<http://www.bbc.com/future/story/20150715-killer-robots-the-soldiers-that-never-sleep>> [15.2.2017].



sistemas com capacidade para fazer a observação e recolha de dados, a análise dos mesmos, definir procedimentos e agir de acordo com os procedimentos definidos sem qualquer intervenção humana. Ou seja, aqui já não haverá humanos no circuito. Fala-se em ODDA loop (observe, orient, decide and act) numa referência a todo o processo condutor à decisão de agir e à ação, que pode ter lugar sem intervenção humana.



3 ALGUNS CASOS PROBLEMÁTICOS

Como é sabido, a regulação jurídica do uso da força no contexto de conflitos armados é feita pelo Direito Internacional Humanitário (DIH), com o objetivo fundamental de limitar o sofrimento humano também nesse cenários.⁸ Apesar de ainda não termos sistemas plenamente autónomos em uso no contexto de conflitos armados, já ocorreram algumas situações problemáticas envolvendo a utilização de armas semiautónomas. Vamos referir dois deles que são os mais conhecidos e foram alvo de maior atenção e, conseqüentemente, suscitaram questões a propósito da utilização destes novos armamentos.

3.1 O caso do Iran Air Flight 655

Este caso refere-se a um incidente verificado no dia 3 de julho de 1988, em que um avião comercial – o Iran Air Flight 655 –, que fazia uma rota comercial entre Teerão e Dubai, com escala em Bandar Abbas, foi abatido por um míssil anti aéreo, lançado a partir do navio norte-americano *USS Vincennes*. Este navio estava equipado com um sistema computadorizado Aegis, desenhado para defender navios contra ataques aéreos. A verdade é que esse sistema, a funcionar em modo semi automático,⁹

⁸ Nesse sentido, o DIH “pode ser definido como o conjunto de normas jurídicas internacionais, de origem convencional ou consuetudinária, especificamente destinado a ser aplicado em situações de conflitos armados, internacionais ou não internacionais, e que limita, por razões de humanidade, o direito das partes em conflito de escolher livremente os métodos e os meios utilizados na guerra, ou que protege as pessoas e os bens afetados, ou que possam ser afetados, pelo conflito” (Maria de Assunção do Vale Pereira, **Noções Fundamentais de Direito Internacional Humanitário**, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 3).

⁹ O sistema pode ser ativado num de quatro modos. No modo “semiautomático, [...] o humano



registrou aquele avião comercial como um caça militar F-14 em procedimento de ataque, o que levou a que ele fosse abatido. Desta atuação resultaram 290 mortos, dos quais 16 eram membros da tripulação e 274 eram passageiros, onde se incluíam 66 crianças.

A verdade é que o caso se tornou ainda mais difícil de compreender atento o facto de que o F-14 era um avião com metade do tamanho daquele outro que fazia a rota comercial.¹⁰

Este caso deu, aliás, origem a um processo perante o Tribunal Internacional de Justiça – caso *Aerial Incident of 3 July 1988* (Islamic Republic of Iran v. United States of America) –, em que o Irão pedia que o Tribunal reconhecesse que o comportamento imputado aos Estados Unidos violava disposições da Convenção de Montreal para a Repressão de Actos Ilícitos Contra a Segurança da Aviação Civil, de 1971, e que esse Estado fosse responsabilizado pelos danos gerados por esse comportamento ilícito. O Tribunal acabou por não proferir sentença em virtude de os Estados litigantes terem chegado a um acordo, em fevereiro de 1996 (pelo qual os Estados Unidos se obrigaram a pagar o montante de 131,800,000 dólares ao Irão), que pôs fim ao caso.

Para Chantal Grut, este caso “é um exemplo particularmente escandaloso de pré-orientação da automação, devido à abundância de provas fora do sistema Aegis, que indicava claramente que o avião era civil”.¹¹

3.2 Mísseis antiaéreos US Army Patriot, no Iraque, em 2003

Uma outra situação problemática verificou-se no contexto da intervenção que ocorreu no Iraque, liderada pelos Estados Unidos, em 2003. No decurso da invasão pelas tropas dos Estados Unidos e seus aliados, baterias de mísseis antiaéreos US Army Patriot abateram dois aviões aliados que foram incorretamente identificados como rockets iraquianos.¹² Estas baterias revelaram-se perigosamente inseguras, o que levou a que os pilotos das forças aliadas dispendessem boa parte dos seus

interage com o sistema para decidir quando e o sobre o quê disparar” (Peter W. Singer, **Wired For War: The Robotics Revolution and 21st Century Conflict**, New York, The Penguin Press, 2009, p. 124).

10 Aliás, segundo Chantal Grut, “a rota, a velocidade, a emissão do radar, e o sinal de provenientes do avião, todos indicaram que era um voo civil comercial” (Chantal Grut, “The Challenge of Autonomous Lethal Robotics to International Humanitarian Law”, **Journal of Conflict & Security Law**, vol. 18, 2013 (1), p. 15).

11 Cf. Chantal Grut, “The Challenge of Autonomous Lethal Robotics to International Humanitarian Law”, cit., p. 15.

12 Lamberth refere “três incidentes particularmente perturbantes de [mísseis] terra-ar fraticidas contra aeronaves aliadas (o segundo evitado no limite)” (Benjamin S. Lamberth, *The Unseen War. Allied Air Power and the Takedown of Saddam Hussein*, Annapolis, Naval Institut Press, 2013, p. 115). Veja-se uma referência a estes casos nas p. 115 a 117.



esforços a evitar as consequências do acionamento das referidas baterias. E, ainda assim, se verificou um caso em que um piloto da Força Aérea disparou contra uma tripulação do Patriot.

A verdade é que “durante a invasão do Iraque por forças americanas e aliadas, na primavera de 2003, as baterias de mísseis antiaéreos Patriot, do Exército dos EUA, eram tão perigosamente inseguras – e propensas a disparar em aviões amigos – que provocaram uma breve e hoje largamente esquecida guerra civil entre *missileers* e pilotos de caça”.¹³

Segundo afirma Benjamin Lamberth, “muitos pilotos aliados acreditavam que o Patriot representava uma ameaça maior para eles do que qualquer outro míssil de superfície no ar do Iraque”.¹⁴

4 ALGUNS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE SE ANTEVEEM DA UTILIZAÇÃO DE SISTEMAS AUTÓNOMOS

4.1 Enquadramento da questão

Sabendo que ainda não se atingiu a plena autonomia nos sistemas de armamento, temos também a noção que, ao ser atingida e ao serem usados esses meios no contexto de conflitos armados, a sua utilização deve subordinar-se aos princípios gerais que regem a condução das hostilidades.¹⁵ De entre estes, refiram-se como

13 David Axe, “That Time an Air Force F-16 and an Army Missile Battery Fought Each Other”, **War is Boring**, <<http://warisboring.com/that-time-an-air-force-f-16-and-an-army-missile-battery-fought-each-other/>> [30/01/2017]. Obviamente, neste excerto, a expressão *guerra civil* (*civil war*) não é usada em sentido técnico.

14 Benjamin S. Lamberth, **The Unseen War. Allied Air Power and the Takedown of Saddam Hussein**, cit., p. 115. A verdade é que “[e]m 2003, havia sérias deficiências no software do Patriot. O sistema aplica algoritmos computacionais complexos para avaliar a velocidade e altitude de um alvo e, no caso de um avião, o seu sinal do *transponder* de rádio. Se o computador decidir que um espectro corresponde ao perfil de uma aeronave ou míssil inimigo, ele mostra o alvo como hostil nos ecrãs dos operadores” (David Axe, “That Time an Air Force F-16 and an Army Missile Battery Fought Each Other”, cit.),

15 Aliás, a sujeição a esses princípios decorreria, desde logo, da Cláusula Martens – que começou por se encontrar inserida no preâmbulo das II e IV convenções da Haia, de 1899 e 1907, respetivamente e que encontra versão atualizada no n.º 2 do art. 1.º do I Protocolo Adicional às Convenções de Genebra – que tem, desde logo, a função de “fornecer padrões básicos de conduta dirigidos a cobrir possíveis vazios na regulação escrita no contexto do desenvolvimento progressivo do direito internacional humanitário” (Manuel Pérez González, “Fundamentos del Derecho Internacional Humanitario: la Cláusula Martens y el Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra”, in *Derecho Internacional Humanitario*, José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto / Joaquín López Sánchez (coords.), 3. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 82). No mesmo sentido se pronunciou o TIJ referindo-se especificamente à “rápida evolução da tecnologia militar” (veja-se TIJ Rep., 1996, p. 257, par. 78 – parecer sobre a *Licitude do Uso ou da Ameaça de Armas Nucleares*).



fundamentais os princípios da distinção e da proporcionalidade, como reconhecido pelo Tribunal Internacional de Justiça.¹⁶

Além disso, é também sabido que este ramo de Direito Internacional estabelece o dever de responsabilização dos autores de violações graves às normas que o integram;¹⁷ e que a comunidade internacional se tem também empenhado nesse sentido, como demonstra o facto de ter conseguido (ao final de 50 anos sobre a primeira resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas visando a criação de uma jurisdição internacional criminal)¹⁸ adotar o Estatuto do Tribunal Penal Internacional e instituir o Tribunal assim criado, visando o fim da impunidade dos perpetradores de violações graves ao DIH (mas não só).¹⁹

Cabe, portanto, fazer uma breve análise acerca da compatibilidade do uso destas armas os referidos princípios.

16 Recorde-se a afirmação deste Tribunal: “os princípios cardeais contidos nos textos que formam o tecido do direito internacional humanitário são os seguintes. O primeiro é destinado a proteger a população civil e os bens de carácter civil, e estabelece a distinção entre combatente e não combatente; os Estados não devem nunca tomar civis por alvo, nem, consequentemente, utilizar armas que são incapazes de distinguir entre alvos civis e alvos militares. De acordo com o segundo princípio, não devem ser causados males supérfluos aos combatentes: é, portanto, proibido, utilizar armas que lhes causem tais males ou agravem inutilmente o seu sofrimento; em aplicação deste segundo princípio, os Estados não têm uma escolha ilimitada quanto às armas que empregam” (TIJ Rep., 1996, p. 257, par. 78 – parecer sobre a *Licitude do Uso ou da Ameaça de Armas Nucleares*). E note-se que, na declaração junta por Mohammed Bedjaoui, Presidente do Tribunal à data da emissão do parecer – e cujo voto de qualidade definiu o sentido do mesmo –, estes princípios são claramente qualificados como de *jus cogens* (“Para mim, não há dúvida de que a maior parte dos princípios e regras do direito internacional humanitário e, em todo o caso, os dois princípios que interditam, um, o emprego de armas com efeitos indiscriminados e, outro, o das armas que causam males supérfluos, fazem parte do *jus cogens*”, *ibid.*, Déclaration de M. Bedjaoui, p. 273, par. 21), o que não acontece no Parecer – o que não surpreende, atenta a parcimónia com que o Tribunal usa essa expressão –, embora tenha qualificado os referidos princípios como “princípios intransigíveis do direito internacional costumeiro” (*ibid.*, p. 257, par. 79).

17 Nesse sentido, vejam-se, por exemplo, os arts. 49, 50, 129, 146 das I, II, III e IV Convenções de Genebra, de 1949, respetivamente, ou o art. 85 do I Protocolo Adicional a essas Convenções, de 1977.

18 Cf. Resolução AG 260 B (III), de 9 de dezembro de 1948.

19 É sabido que nem todos os crimes que cabem na competência *ratione materiae* deste Tribunal têm, como elemento, o facto de ocorrerem no contexto de um conflito armado, pelo que há crimes que não constituem violações graves do DIH, mas de outros ramos do Direito Internacional, designadamente do Direito Internacional dos Direitos do Homem. A disposição que refere especificamente as violações graves do DIH é o art. 8º, sob a epígrafe *Crimes de guerra*.



4.2 Quanto ao princípio da distinção

Como decorre do afirmado pelo TIJ no excerto que transcrevemos,²⁰ este princípio exige fundamentalmente que seja feita a distinção entre combatentes e civis e entre objetivos militares e bens de carácter civil, sendo certo que só os combatentes e os objetivos militares podem lícitamente ser alvo do fogo inimigo.²¹

Trata-se de um princípio que, nos conflitos atuais, se revela de muito difícil aplicação. Afirmado desde a origem do DIH – ou seja, desde 1864, quando foi aprovada a Convenção de Genebra para melhorar a sorte dos militares feridos nos exércitos em campanha, de 22 de agosto daquele ano²² –, verificava-se então maior facilidade na sua aplicação, uma vez que as guerras eram travadas em campos de batalha – por vezes batalhas muito ferozes –,²³ onde estavam presentes apenas aqueles que iam combater.²⁴ Nos conflitos atuais – cuja larguíssima maioria são conflitos internos –,²⁵ os combatentes estão misturados com a população civil, tornando a distinção difícil e, pior, os civis são frequentemente e de forma deliberada tomados como alvo; ou seja, nesses conflitos, verifica-se frequentemente que “aqueles grupos que, por força do princípio da distinção, deveriam ser salvaguardados se tornam os alvos primordiais dos ataques”.²⁶

20 Veja-se *supra*, nota 16.

21 Para maiores desenvolvimentos acerca deste princípio, veja-se Maria de Assunção do Vale Pereira, **Noções Fundamentais de Direito Internacional Humanitário**, cit., p. 155-163 e bibliografia aí referida.

22 Embora este princípio não surja aí referido, dado a Convenção versar apenas sobre combatentes feridos em campanha, ele decorre claramente da Declaração de São Petersburgo, de 1868, onde *inter alia* se afirma que o único fim legítimo que os Estados devem prosseguir durante a guerra é o enfraquecimento das forças militares do inimigo” para o que “é suficiente pôr fora de combate o maior número de homens possível”.

23 Basta recordar que a Batalha de Waterloo fez cerca de 47.000 mortos em 3 dias de combate.

24 Ressalva feita a pessoal sanitário, também muitas vezes alvo do fogo inimigo por não se distinguir dos demais membros dos exércitos. Aliás, nessa Convenção de 1864, foi afirmada a neutralidade dos serviços sanitários (hospitais, ambulâncias, pessoal, ...) e foi fundamentalmente para a sua proteção que foi instituído o símbolo de “uma cruz vermelha sobre fundo branco”, como se lê no seu art. 7º

25 Esta tendência verifica-se desde o final da Segunda Guerra Mundial. No início dos anos 90 do séc. XX, o Stockholm International Peace Research Institute revelava que, dos trinta maiores conflitos no mundo, apenas um era internacional (entre a Índia e o Paquistão) (cf. Lord David Owen, “A Clinician’s Caution: Rethoric and Reality”, **Preventive Diplomacy. Stopping Wars Before They Start**, Kevin M. Cahill (ed.), New York / London, Routledge, 2012, p. 7). Atualmente, os conflitos internos são mais de 90% da totalidade dos conflitos armados. Refira-se, todavia que os conflitos internos sofreram importantes mutações desde então, havendo assinaláveis diferenças entre os verificados durante a guerra fria e no pós guerra fria.

26 Maria de Assunção do Vale Pereira, **Noções Fundamentais de Direito Internacional Humanitário**, cit., p. 105.



A questão que se coloca a propósito dos sistemas autónomos é a de saber se eles são capazes, ou mesmo mais capazes, de distinguir entre os alvos legítimos e não legítimos e, portanto, de melhor preservarem os civis. E, em favor da conclusão pela maior capacidade de cumprimento das exigências do princípio da distinção, tem sido referido que estes sistemas não têm instinto de auto conservação, pelo que serão mais capazes de autossacrifício; e ainda que a ausência de emoção desses mecanismos poderia conduzir a uma avaliação mais objetiva dos alvos a abater.

A verdade é que não se pode presumir a referida capacidade de autossacrifício. Atentos os custos de cada um desses sistemas, seguramente eles serão programados para se preservarem.

Além disso, quanto à capacidade de distinguir a natureza dos alvos, tenha-se em conta o afirmado por Peter Singer: “a nossa inteligência artificial atual não consegue distinguir de forma eficaz entre uma maçã e um tomate. [...] Um computador olha para uma mulher de 80 anos numa cadeira de rodas da mesma maneira que olha para um tanque T-80. Eles são apenas zeros e uns”.²⁷ Isto significa que a experiência humana pode permitir um melhor conhecimento do que são efetivamente objetivos que podem lícitamente ser tomados como alvos.²⁸ Além disso, segundo narra quem esteve no terreno, muitas vezes é a emoção que leva a que se tente até ao limite levar, por exemplo, a que uma criança soldado entregue a sua arma e não seja morta. É a compaixão gerada pelo facto de se estar face a uma criança que leva a que se tente a todo o custo não a abater, embora sendo um alvo legítimo em virtude de estar em armas.

Por outro lado, temos que ter em conta que a avaliação da natureza dos alvos é feita em cenários que exigem uma análise complexa e contextual que dificilmente os sistemas de inteligência artificial, como hoje os conhecemos, poderão fazer; e cenários que, além do mais, estão em permanente mutação.

4.3 Quanto ao princípio da proporcionalidade

Ao contrário do princípio da distinção, o princípio da proporcionalidade não foi afirmado desde a origem do DIH, mas mais tardemente. Isto porque não se sentia a

²⁷ “Interview with Peter W. Singer”, **International Review of the Red Cross**, Vol. 94, Nº 886, 2012, p. 476.

²⁸ E não se pense que, nos conflitos atuais, existe um tão elevado número de vítimas civis por incapacidade de distinguir os alvos. O que se passa é que hoje não são fundamentalmente membros de exércitos, com formação adequada que impõe a preservação dos civis, quem combate (embora sejam bem cohecidas violações graves de DIH por forças armadas estaduais, como é o caso de uso de armas químicas pelo exército sírio). São sobretudo grupos armados que recorrem aos meios que se lhes revelam mais fáceis e mais idóneos para prosseguir os seus objetivos, sem considerações de licitude. E quando estes são o de instalar o terror no seio dessa população civil, é evidente que fazer dela alvo de atos de violência atroz, surge como um meio apetecível, a que recorrem sem qualquer pejo.



necessidade da sua estatuição quando “a população civil raramente era afetada pela morte ou destruição da guerra”. Foi o surgimento da aviação e do poder aéreo, com “a sua capacidade de bombardear a partir do ar que chamou, pela primeira vez, a atenção para as questões da imunidade dos civis e da proporcionalidade”²⁹ e que levou à necessidade de afirmação deste princípio.

E a verdade é que nos conflitos atuais, dadas as características que revestem, é, na prática, impossível evitar que civis e objetivos de caráter civil sejam atingidos. Portanto, o que este princípio estabelece é a proibição de um ataque se os danos civis incidentais forem excessivos em relação à vantagem militar concreta e direta antecipada pelo ataque. Ou seja, para que um ataque possa ser considerado lícito não basta que “um alvo lícito tenha sido devidamente identificado [...]”. Uma consideração crucial [...] é a proporcionalidade, em termos de danos colaterais esperados do um ataque”, sendo que por danos colaterais se deve entender: a) perdas incidentais ou danos a civis; b) destruição ou danificação de objetos civis; ou c) uma combinação de ambos.³⁰ Do afirmado resulta que, nesta avaliação, apenas se deve atender a danos (colaterais) produzidos em civis ou em objetos civis, pelo que “a proporcionalidade nada tem a ver com os danos infligidos a combatentes ou a objetivos militares”.³¹

Sendo certo que não temos uma disposição que especificamente consagre este princípio, ele pode ver-se refletido em vários preceitos, nomeadamente na al. b) do nº 5 do art. 51 do I Protocolo Adicional às Convenções de Genebra, que dispõe: “5 - Serão considerados como efetuados sem discriminação, entre outros, os seguintes tipos de ataques: [...] b) Os ataques de que se possa esperar venham a causar incidentalmente perda de vidas humanas na população civil, ferimentos nas pessoas civis, danos nos bens de carácter civil ou uma combinação destas perdas e danos, que seriam excessivos relativamente à vantagem militar concreta e direta esperada”.

Na prática essa avaliação não é fácil, dada a complexidade e volatilidade do terreno onde decorrem as hostilidades; além disso, deve reconhecer-se que essa avaliação tem sempre um certo grau de subjetividade.

A questão que se coloca em relação aos sistemas autónomos é a de saber se eles têm capacidade para fazer tão complexa avaliação. A verdade é que, como refere Grut, “não há uma métrica clara para as exigências do princípio da proporcionalidade”.³² A pluralidade de fatores a avaliar – do nível do dano civil que resultaria do ataque, do valor da vantagem militar que se espera obter e, ainda, da existência de opções

29 A.P.V. Rogers, «The Principle of Proportionality», In: **The legitimate use of military force**, Howard M. Hensel (ed.), Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2008, p. 191-192.

30 Yoram Dinstein, **The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict**, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 128-129.

31 Yoram Dinstein, **The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict**, cit., p. 129.

32 Chantal Grut, “The Challenge of Autonomous Lethal Robotics to International Humanitarian Law”, cit., p. 12.



alternativas para conseguir a mesma vantagem militar com menos danos civis – e a ponderação a fazer entre eles – não parece suscetível de ser inserida num algoritmo. Como se pode inscrever uma regra com tantas variáveis numa peça de software codificada?

Além disso, mesmo que se pudesse reduzir estes diferentes fatores e a sua ponderação a um algoritmo, poderia ainda questionar-se a capacidade da máquina para lidar com fatores surpresa. É que, muitas vezes ocorre que, tendo um ataque sido planeado com todo o cuidado e depois de feitas todas as ponderações devidas, surgem elementos não previstos – v.g., uma carrinha cheia de crianças – que obrigam a abortar o ataque no último momento. A verdade é que o terreno, num conflito armado, está em mutação constante, pelo que não se torna previsível. E há uma dúvida séria, atento o desenvolvimento atual da robótica, acerca da capacidade de estes sistemas autónomos se adaptarem a tais mudanças.

4.4 Responsabilização por violações graves do DIH

A ideia de responsabilizar os autores das mais graves violações do direito internacional humanitário, como vimos, vem prevista em várias normas desse ramo do direito internacional, assim como do direito internacional penal.³³

A propósito dos sistemas autónomos, a pergunta que surge de imediato é: quem vai ser responsabilizado pelas violações graves de DIH por eles cometidas? Não fará certamente sentido responsabilizar o robot...

Será que se vai responsabilizar quem programou o sistema? Esta hipótese não parece fácil de concretizar – ou justa –, tendo em conta o que explicam Marchante *et al.*, mesmo referindo-se aos sistemas já existentes. Segundo afirmam, há “um equívoco comum de que os robots vão fazer apenas o que os temos programado para fazer. Infelizmente, essa crença está muito desatualizada, lembrando uma época em que os computadores eram mais simples e seus programas podiam ser escritos e compreendidos por uma única pessoa. Agora, programas com milhões de linhas de código são escritos por equipas de programadores, nenhum dos quais conhece todo o programa; portanto, nenhum indivíduo pode prever o efeito de um determinado comando com certeza absoluta, uma vez que largas partes de programas

³³ Pensando em violações graves dos princípios anteriormente enunciados, elas aparecem tipificadas como crimes de guerra no Estatuto do TPI como decorre, quanto ao princípio da distinção, *inter alia* da qualificação como crimes dos comportamentos que se traduzem em “atacar intencionalmente a população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades”; ou “atacar intencionalmente bens civis, ou seja, bens que não sejam objetivos militares” (art. 8.º, b), i) e e) i), b) ii)). Da mesma forma, e agora em relação ao princípio da proporcionalidade, é definido como crime de guerra o facto de “lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de carácter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa” (art. 8.º, b), iv)).



podem interagir de forma inesperada e não testada. [...] Além disso, o aumento da complexidade pode levar a *comportamentos emergentes*, isto é, comportamentos não programados, mas decorrentes de pura complexidade”.³⁴

Aliás, mesmo falando dos sistemas semiautónomos e dos casos problemáticos referidos, a questão da responsabilização por violações graves do DIH não é de resposta fácil. É certo que, nestes casos, há um homem no circuito (“a man in the loop”, na versão inglesa). Mas, pensando no caso do avião iraniano abatido, será que faz sentido responsabilizar o humano que não abortou o ataque?

Nesse caso, poderá sempre dizer-se que havia alguém na tripulação que podia não ter autorizado o ataque. Mas temos homens face a uma máquina em que lhes disseram poder confiar e que têm segundos para decidir. Se a máquina os informa de que estão face a um caça militar F-14 (um ‘inimigo assumido’) em procedimento de ataque que, a concretizar-se, acabaria muito provavelmente com as suas vidas, percebe-se que não tenham duvidado da informação transmitida pela máquina e tenham autorizado o ataque contra o avião que pensavam ser um F-14, embora houvesse dados que indicavam o contrário. Portanto, “só depois do facto é que a tripulação percebe que tinha acidentalmente abatido um avião comercial e não um caça [...]”...³⁵

A verdade é que “o sistema automatizado Aegis tinha sido projetado para travar batalhas contra ataques de bombardeiros soviéticos no mar aberto do Atlântico Norte, não para lidar com os céus congestionados do Golfo, repletos de civis”.³⁶ Mas, independentemente disso – um facto cujas consequências a tripulação do *USS Vincennes* não estaria em condições de ponderar –, e nas circunstâncias do caso, parece claramente abusivo e injusto responsabilizar quem não impediu o ataque.

Chegou a ser questionado se poderia haver responsabilização do chefe militar, ou seja, aquilo que tradicionalmente é referido como a responsabilidade do comandante, que o art. 28 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional consagra. Efetivamente, o comandante tem o dever de assegurar o respeito pelas normas do DIH, como decorre do art. 45 da I Convenção de Genebra, reiterado pelo art. 87 do I Protocolo Adicional, de 1977, que tem precisamente por epígrafe *Deveres dos comandantes*, lido conjuntamente com o n.º 2 do art. 86. Todavia, analisando as diferentes disposições referidas – e deixando de lado alguns aspetos controversos –, conclui-se que a responsabilização do comandante não é uma responsabilização pelo facto ilícito cometido por alguém sob seu comando; antes, a sua responsabilização decorre de uma omissão de agir para impedir a concretização de violações graves do DIH, no caso de ter tido conhecimento – ou no caso de, atentas as circunstâncias do momento, dever ter tido conhecimento – de que os seus subordinados se preparavam

34 Gary E. Marchante et al., “International Governance of Autonomous Military Robots”, **The Columbia Science and Technology Law Review**, Vol. XII, 2011, p. 284.

35 Peter W. Singer, **Wired For War: The Robotics Revolution and 21st Century Conflict**, cit., p. 125.

36 Peter W. Singer, **Wired For War: The Robotics Revolution and 21st Century Conflict**, cit., p. 125.



para cometer esses crimes; ou pode também decorrer de uma omissão de agir para reprimir violações graves do DIH por parte dos seus subordinados de que teve conhecimento.³⁷ Com este entendimento, bem se percebe que a responsabilidade do comandante não é aplicável às situações em análise.

Quem poderá ser responsabilizado? Ficamos numa situação complicada em que, em última análise, parece que apenas o Estado poderá (e, mesmo assim, com dúvidas) ser responsabilizado pela violação grave de normas DIH por estes sistemas, em virtude da decisão de deles se socorrer, o que não parece uma boa solução ou uma solução que caminhe no sentido pretendido de terminar com a impunidade, garantindo a efetiva responsabilização de quem, por alguma das formas contempladas no art. 25 do Estatuto do TPI, cometeu violações graves do DIH, bem como de assegurar uma efetiva reparação das vítimas de tais atuações.

5 BREVE REFERÊNCIA A OUTROS PROBLEMAS PERTINENTES

Como dissemos em relação ao uso dos *drones*, também neste caso o recurso a sistemas autónomos, no futuro, levará a que o Estado que os usa não sofra baixas; e isso pode ter por consequência o completo desinteresse da opinião pública em relação a um conflito em que o seu país esteja envolvido. Ou seja, “não haverá marido ou mulher, pai ou mãe, filho ou filha a correr um particular risco pelo que a informação revelada não surtirá grande impacto. E essa falta de interesse leva a que seja pouco rentável enviar repórteres para o terreno para conseguirem mais notícias. [...] A opinião pública deixa assim de constituir, nesta matéria, o mecanismo de controlo que deveria ser”,³⁸ o que pode ter uma consequência muito perniciosa: facilitar o recurso à força por parte de quem detenha tais sistemas autónomos.

A verdade é que a opinião pública se preocupa com os ‘seus’ mortos, esquecendo as mortes que ocorrem na outra parte do conflito. Nesse sentido, veja-se a reação de um pai de um soldado da Marinha dos Estados Unidos, morto numa operação especial no Iémen, ordenada pela administração Trump para combater a Al-Qaeda. Sem nos interessar, neste contexto, refletir sobre a (i)licitude da referida operação, atentemos na atitude desse pai, que se recusou conhecer Trump e que afirmou: “Porque é que esta missão estúpida tinha de acontecer quando eles [administração Trump] só estavam no poder nem há uma semana? Durante os dois anos anteriores, não houve botas no terreno no Iémen, era tudo mísseis e drones, porque não havia um único alvo que valesse uma vida americana. Agora, de repente, querem fazer este

37 Para maior desenvolvimento acerca da problemática responsabilidade do comandante, veja-se Maria de Assunção do Vale Perira, “Os deveres do comandante e a sua responsabilização à luz do Direito Internacional Humanitário”, **Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho**, Tomo I, Ano de 2012 – Responsabilidade e Cidadania, p. 147-167, <http://issuu.com/eduminho/docs/final_responsabilidade_e_cidadania?mode=a_p>.

38 Maria de Assunção do Vale Pereira, “Reflexões sobre o impacto do uso bélico dos *drones* nos direitos humanos fundamentais”, cit., p. 302.



grande espetáculo?".³⁹

Esta pronúncia reflete bem o que acabamos de dizer. Para este cidadão norte-americano – que espelha o sentimento generalizado dos seus concidadãos –, as consequências (mortos, feridos, destruições,...) do uso dos mísseis e *drones* americanos no território do lémen são absolutamente indiferentes; o relevante era não haver ‘botas’ do seu país naquele Estado da Península da Arábia. A atuação americana no lémen só passa a interessar quando há mortos americanos.

A falta de censura da opinião pública pode levar a encarar “o recurso à força com ligeireza, mesmo para resolver conflitos menores que, com algum esforço, poderiam ser resolvidos por meios pacíficos, fazendo os Estados esquecer a obrigação que assumiram, ao subscrever a Carta das Nações Unidas, de resolver as suas controvérsias internacionais por essas vias”.⁴⁰ Ora, tudo o que seja atenuar essa proibição, consagrada depois de séculos de esforços nesse sentido, parece-nos um retrocesso altamente pernicioso na regulação jurídica do uso da força.

6 ALGUMAS CONCLUSÕES

Sendo certo que ainda – tanto quanto nos é dado saber – não foram criados sistemas de armamento plenamente autónomos, o desenvolvimento da robótica parece deixar antever que não faltará muito para se atingir esse patamar.⁴¹ Por outro lado, não podemos esquecer que o art. 36 do I Protocolo Adicional às Convenções de Genebra, com a epígrafe *Armas novas*, determina: “Durante o estudo, preparação, aquisição ou adopção de uma nova arma, de novos meios ou de um novo método de guerra, a Alta Parte Contratante tem a obrigação de determinar se o seu emprego seria proibido, em algumas ou em todas as circunstâncias, pelas disposições do presente Protocolo ou por qualquer outra regra do direito internacional aplicável a essa Alta Parte Contratante”. Daqui decorre uma *obrigação*, para o Estado que pretende criar e/ou usar os referidos sistemas, de garantir a aptidão dos mesmos para respeitar as regras de Direito Internacional Humanitário.

Ora, a propósito dessa aptidão as opiniões dividem-se, sendo certo que os que defendem o desenvolvimento e uso dos sistemas de armamento autónomos

39 “Pai de soldado morto em operação especial no lémen ordenada por Trump recusa-se a conhecer o Presidente”, **Expresso**, 27.02.2017, <http://expresso.sapo.pt/internacional/2017-02-27-Pai-de-soldado-morto-em-operacao-especial-no-lemen-ordenada-por-Trump-recusa-se-a-conhecer-o-Presidente-2> [28/02/2017].

40 Maria de Assunção do Vale Pereira, “Reflexões sobre o impacto do uso bélico dos *drones* nos direitos humanos fundamentais”, cit., p. 302.

41 Na opinião de um vasto conjunto de investigadores e cientistas, “a tecnologia de Inteligência Artificial (IA) chegou a um ponto onde a implantação de tais sistemas é – praticamente, se não legalmente – viável dentro de anos, não décadas [...]” (“Autonomous Weapons: an Open Letter from AI & Robotics Researchers”, <<https://futureoflife.org/open-letter-autonomous-weapons/>>).



são sobretudo os Estados com capacidade para levar a cabo essa tarefa. Nesse sentido, era noticiado, no *The Guardian*, a oposição do Reino Unido à proibição do desenvolvimento dos *killer robots*, no contexto de uma conferência das Nações Unidas sobre a matéria, em 2015. Sendo certo que a argumentação ia no sentido de que essa proibição não é necessária porque o DIH já fornece regulamentação suficiente; e de que as forças armadas do Reino Unido estarão sempre sob supervisão e controlo humanos, não se percebendo a razão de tanto empenho na proibição desses sistemas.⁴²

Na sociedade civil, há uma grande desconfiança em relação a esses sistemas. Nesse sentido, atente-se em que, em abril de 2013, foi lançada a *Campaign to Stop Killer Robots*,⁴³ uma coligação da sociedade civil internacional coordenada pela Human Rights Watch que pretende a proibição prévia do desenvolvimento, produção e uso de armas totalmente autónomas. E, além destas, várias outras iniciativas têm sido lançadas com vista à proibição destes ‘robots assassinos’.⁴⁴ Refira-se, ainda, que foi assinada uma petição contra o desenvolvimento destes sistemas por cientistas e investigadores da área da inteligência artificial; ou seja, por pessoas especialmente qualificadas na matéria.⁴⁵

Também são vários os autores que vêm sustentando que se deveria proibir os sistemas totalmente autónomos e consagrar essa proibição num tratado internacional sobre a matéria,⁴⁶ de modo a que os humanos não deleguem numa máquina a capacidade de decidir o uso da força. Essa decisão deve continuar a caber aos seres humanos, que a decidem conhecendo as restrições jurídicas, e mesmo morais, que a devem enformar.

Por nós, somos de opinião de que estamos face a uma situação em que o Direito pode ser proativo – o que raramente acontece – e que se deveria regular esta questão antes de termos os *killer robots* a funcionar e virmos lamentar – como cremos que aconteceria – as consequências da sua atuação; e, entendemos que essa regulação deve ser no sentido de proibir a sua utilização pelas razões que deixamos expostas.

42 Cf. “UK opposes international ban on developing 'killer robots'”, *The Guardian*, <<https://www.theguardian.com/politics/2015/apr/13/uk-opposes-international-ban-on-developing-killer-robots>> [03/12/2016].

43 Veja-se <<https://www.stopkillerrobots.org/>>.

44 Nesse sentido, veja-se, na página oficial da *Campaign to Stop Killer Robots*, uma relação das principais iniciativas, desde 2007, de Organizações Não Governamentais com vista a banir os sistemas de armas autónomos antes de plenamente desenvolvidos (cf. <<http://www.stopkillerrobots.org/chronology/>> [27/02/2017]).

45 Cf. Mafalda Ganhão, “Cientistas assinam petição contra “robôs assassinos””, *Expresso*, 28.07.2015, <<http://expresso.sapo.pt/sociedade/2015-07-28-Cientistas-assinam-peticao-contrarobos-assassinos>> e “Autonomous Weapons: an Open Letter from AI & Robotics Researchers”, cit.

46 Nesse sentido, veja-se, a título de exemplo, Peter Asaro, “On banning autonomous weapon systems: human rights, automation, and the dehumanization of lethal decision-making”, *International Review of the Red Cross*, No. 886, 2012, p. 687-709.



Em nossa opinião, e face ao tipo de conflitos insanos que se vive na atualidade, os esforços da comunidade internacional devem ser sobretudo dirigidos para o desenvolvimento dos mecanismos de prevenção de conflitos,⁴⁷ por um lado; e para a formação / educação – em especial das novas gerações – para os direitos humanos bem como para os princípios fundamentais do DIH.⁴⁸ É verdade que esse é um processo moroso, mas cremos que vale a pena prosseguir, uma vez que nada será mais eficaz para a preservação dos direitos humanos do que a criação de mentalidades que os defendam...



47 Desde logo os referidos por Boutros-Ghali em **Uma Agenda para a Paz**.

48 E encontramos afirmada, nas Convenções de Genebra e respetivos Protocolos Adicionais, a obrigação, a cargo dos Estados partes, de proceder à divulgação do conteúdo desses documentos e de incluir o seu estudo nos programas de instrução militar e, se possível, civil, de modo a que os princípios deles constantes sejam conhecidos do conjunto das suas forças armadas e da população. Vejam-se arts. 47, 48, 127, 148 das I, II, III e IV Convenções de Genebra de 1949, respetivamente, e arts. 83 e 19 dos I e II Protocolos Adicionais, se bem que o texto deste último seja mais conciso, limitando-se a dispor: “O presente Protocolo será divulgado o mais amplamente possível”.

PROVA BIOLÓGICA, PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DIREITOS HUMANOS

Mário Ferreira Monte¹

1 INTRODUÇÃO

Uma viagem ao admirável mundo novo do processo penal que é o das novas tecnologias ao serviço da prova, da descoberta da verdade material, atira-nos para lugares onde o perigo da violação de direitos humanos é inevitável. E contudo, por muito paradoxal que venha a ser, é também o recurso à prova biológica, por amostra de DNA, que permite a declaração de inocência de muitas pessoas. Incluindo – pasme-se! – de condenados, por vezes, há mais de 20 anos, alguns a prisão perpétua e pena de morte.

De modo que o recurso à prova biológica põe-nos perante dois desafios muito complexos, intimamente ligados aos direitos humanos: na fase de investigação criminal, o uso de prova biológica deve respeitar os direitos fundamentais das pessoas visadas – integridade física e moral, reserva da intimidade da vida privada, entre outros; mas, depois da condenação, havendo possibilidade de demonstrar que o juízo de culpabilidade assenta em pressupostos errados, e portanto que o condenado é inocente, o seu uso deveria ser permitido praticamente sem quaisquer limites.

Em causa está sobretudo o *princípio da presunção de inocência*: no caso da investigação criminal, por se presumir inocente, a pessoa visada não deve ser submetida a qualquer tipo de teste sem limites, uma vez que isso poderia contender com direitos fundamentais diversos decorrentes da dignidade da pessoa humana; no caso da condenação, a mínima dúvida sobre a culpabilidade continuaria a suscitar, pelo respeito pela presunção de inocência, a necessidade de confirmação ou, *rectius*, a infirmação da sentença de condenação.

É por isto que se trata de um novo desafio para o direito processual penal. Este desafio foi-nos colocado justamente quando há pouco tempo, em pesquisa para

¹ Professor Associado com agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho (EDUM). Diretor do Centro de Investigação Interdisciplinar de Direitos Humanos da EDUM. Diretor do Mestrado em Direito Judiciário da EDUM; Membro da Comissão Diretiva do Doutoramento em Ciências Jurídicas da EDUM.



um outro artigo,² revisitámos o *The Innocence Project*.³ Trata-se de uma Plataforma que auxilia condenados a provar a sua inocência através de prova biológica (análise de DNA), levando a que o seu resultado imponha a imediata exoneração da pena e consequente libertação do condenado. Um Projeto que nos Estados Unidos da América já permitiu a libertação de cerca de 347 reclusos, dos quais cerca de vinte estavam condenados à pena de morte.

Então, os problemas maiores com que nos deparamos são os seguintes: a) qual o limite para se rever uma sentença condenatória já transitada em julgado, obtida em julgamento validamente decorrido, com base em nova prova biológica? b) para se tornar possível uma tal solução, que procedimentos se deveriam adotar e que exigências deveriam ser feitas? c) que papel terá o princípio da presunção de inocência após o trânsito em julgado da sentença de condenação? d) e que relação se estabelece entre as exigências da descoberta da verdade material e o respeito pela presunção de inocência?

Vamos analisar estes tópicos tendo em conta a solução norte-americana, como é óbvio, mas com vista à sua aplicação, quer no direito português, quer no brasileiro. Desta análise resultará que as respostas, seja no sentido de admitir a prova biológica, seja no sentido de a recusar, terão sempre como fundamento o respeito pelos *direitos humanos* que, numa única expressão, se podem resumir ao respeito pela dignidade da pessoa humana. E, por ser assim, desde já antecipamos, o princípio da presunção de inocência só pode ser um verdadeiro direito humano.

2 A REVISÃO DE SENTENÇA PENAL MOTIVADA POR NOVA PROVA (BIOLÓGICA)

A revisão de sentença com base em novas provas, neste caso biológicas, só tem sido possível porque, entre coisas, o ordenamento jurídico norte-americano o permite e porque nos Estados Unidos da América é possível tanto a obtenção de dados biológicos como a sua comparação com perfis que se encontram numa base de dados previamente organizada.

A primeira questão a colocar seria esta: de acordo com a legislação portuguesa, seria possível rever a sentença, passados tantos anos, com base numa nova prova? Que limites existem para uma revisão de sentença penal que já transitou em julgado, quando o julgamento, afinal, terá decorrido de modo válido?

Em Portugal, uma tal situação só seria possível através de um recurso

2 Realizado em homenagem ao Professor Doutor Manuel da Costa Andrade, onde abordámos o problema da verdade material e da relevância da prova biológica. Aqui, o exercício é outro: é o de saber qual o valor do princípio da presunção de inocência quando, após condenação, houver razões para recorrer à prova por DNA que ponha em causa a prova produzida anteriormente em julgamento. Os dois artigos, assim, como que se complementam.

3 Para mais informações sobre este Projeto, veja-se <<http://www.innocenceproject.org/free-innocent>> (consultado em 14 de dezembro de 2016).



extraordinário de revisão. Está previsto no artigo 449, n.º 1, do Código de Processo Penal, que determina que “[a] revisão de sentença transitada em julgado é admissível quando: d) se descobrirem novos factos ou meios de prova que, de per si ou combinados com os que foram apreciados no processo, suscitem graves dúvidas sobre a justiça da condenação”.

Não basta, portanto, que se queira fazer um exame de DNA. Se isso já tiver sido feito, não há, neste caso, prova nova. É necessário que o meio de prova que se quer apresentar seja efetivamente novo. Ora, o que acontece em muitos casos daqueles que são tratados no âmbito do *The Innocence Project* é que a prova biológica é completamente nova. Basta pensar em que, há vinte e mais anos atrás, não havia sequer a possibilidade de produzir tais meios de prova, ou pelo menos não havia as técnicas que hoje existem, muito menos com a fiabilidade com que hoje são produzidos. Então, como é que na prática veio a ser possível isso, tantos anos depois? Muito simplesmente porque, em muitos casos, os vestígios do crime, encontrados em objetos, foram guardados, e mais tarde veio a ser possível voltar a esses vestígios e comparar o material genético nele depositado com o perfil de DNA do condenado – determinando-se a sua falta de coincidência – e com os perfis de uma base de dados nacional – determinando-se a sua coincidência com alguém que ali tem o perfil arquivado.

Mutatis mutandis, em Portugal, se não se tivesse produzido tal prova biológica e se mais tarde fosse possível fazer esta produção, comparando o material genético encontrado em vestígios do crime com o perfil do condenado ou com a base de dados existente, então, também estaríamos perante prova nova e, nesse caso, ela seria admitida como fundamento da revisão extraordinária de sentença.

Mas que não haja confusão: o que é permitido é a produção de um novo meio de prova; não um novo exame pericial. Para que dúvidas não existam, a jurisprudência portuguesa já se pronunciou sobre o conceito de novo meio de prova. Considerou em diversos acórdãos que uma coisa é a produção de um meio de prova, que nunca havia sido produzido, situação que se integra na letra do artigo 449, n.º 1., al. d) do CPP, outra coisa é um novo relatório pericial, sobre determinado meio de prova. Neste último caso, já não estaríamos perante um novo meio de prova, mas sim perante um novo parecer, uma nova opinião, um novo relatório pericial, coisa que não integraria o conceito de novo meio de prova daquela norma. Nesse sentido, veja-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de março de 2010.⁴

Que implicações tem esta norma e a jurisprudência citada? Tratando-se de um meio de prova que só recentemente começou a ser utilizado, é natural que muitos dos vestígios do crime tenham sido entretanto extraviados, destruídos, etc. Nestes casos, não há como produzir um novo meio de prova. Mas isso são contingências processuais relativamente às quais nada se pode fazer.

4 Encontra-se em www.dgsi.pt (consultado em 7 de novembro de 2016). No sentido exposto no texto, veja-se CARNEIRO, Ana Teresa. **Dos fundamentos do recurso extraordinário de revisão**. Lisboa: Rei dos Livros, 2012, p. 128 e respetivas notas.



E se porventura o relatório pericial tiver sido feito, mas tiverem sido usadas técnicas diferentes das atuais e se conseguir agora, com novas técnicas, atingir outras conclusões? Neste caso, cremos que ainda estamos no âmbito do conceito de novo meio de prova. Na verdade, a perícia é um meio de prova. De modo que, realizada uma perícia, se se pretende recorrer extraordinariamente com base em nova perícia, é óbvio que não estamos a utilizar um novo meio de prova, mas um meio de prova que já tinha sido produzido. Exceto se as técnicas utilizadas anteriormente forem diferentes das que se utilizam agora e cuja diferença seja relevante para chegar a um resultado novo.⁵ Neste caso, é óbvio que a nova perícia integra o conceito de novo meio de prova e não de meio de prova repetido.

No Brasil, tanto quanto nos é dado compreender, o cenário não é muito diferente. Também aqui se pode rever extraordinariamente uma sentença penal, desde que a revisão assente em novos meios de prova, e que apontem no inequívoco sentido da inocência do condenado. Isso decorre do artigo 621 do Código de Processo Penal brasileiro que determina que a revisão dos processos findos será admitida “quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que autorize diminuição especial da pena”. Trata-se, portanto, de ação proposta perante tribunal recursal, baseada em novas evidências que venham a demonstrar a inocência do condenado. Naturalmente que o Código de Processo Penal do Brasil, que já remonta a 1941, não se refere, no que às novas provas diz respeito, à prova biológica. À uma, porque não tinha de o fazer. À outra, porque o que importa é que seja uma prova nova – independentemente da sua natureza –, não produzida, portanto, em julgamento, e que essa prova aponte no sentido da inocência do condenado (ou da atenuação especial da pena). E, sendo assim, não anda longe do que sucede no processo de revisão extraordinária de sentença em Portugal, valendo portanto, aqui, o que já dissemos para o direito português.

Digamos pois, em resumo, que tanto o direito português como o brasileiro admitem a revisão extraordinária da sentença penal, quando baseada em nova prova, o que integraria facilmente a produção de prova biológica.

3 A UTILIZAÇÃO DE BASES DE DADOS GENÉTICOS PARA FINS CRIMINAIS

Problema diferente é o de saber se, sendo possível a revisão de sentença, seria igualmente viável a produção do novo meio de prova, neste caso, biológica.

No sistema norte-americano, existindo uma base de dados genéticos, praticamente universal, sendo possível obter material genético do suspeito ou dos objetos do crime, é possível comparar o DNA deixado nos objetos do crime, mesmo que isso tenha sucedido há mais de vinte anos, com a base de dados existente, de molde a compreender duas coisas: se o DNA do agente condenado coincide afinal com o dos vestígios encontrados nos objetos do crime; se o DNA encontrado nestes

5 CARNEIRO, Ana Teresa. cit., p. 129, nota 273.



objetos coincide com o de alguém cujo perfil esteja inscrito na base de dados pré-existente.

Em Portugal, uma tal possibilidade, hoje, seria praticamente utópica.

A comparação com vestígios biológicos encontrados em objetos do crime só seria possível se tais dados fossem preservados. Seria necessário que houvesse uma regulamentação que obrigasse à recolha e preservação dos vestígios. O que em rigor está longe de ser possível.

Comecemos por assinalar que se os Órgãos de Polícia Criminal apreenderem objetos do crime, nos termos do artigo 178, n.º 4, do CPP, e daí, com autorização do juiz, procederem à perícia necessária, cumprindo as exigências do artigo 154, n.º 2, do CPP, não poderiam sequer integrar o perfil obtido naqueles objetos do crime na base de dados nacional.⁶

Mas poderiam ao menos comparar a informação obtida a partir do objeto do crime com os dados existentes na base de dados nacional? A resposta, sendo discutível, é negativa: “Além disso, [a Lei n.º 5/2008] também não prevê a possibilidade de cruzamento desta informação com a informação existente na base. Pelo que aquilo que parecia uma porta aberta para, por meios indiretos, obter o perfil de ADN de um suspeito, acaba por não ter qualquer utilidade prática”.⁷

Neste momento, ao aplicarmos esta realidade ao caso de Anthony Wright, seríamos impelidos a admitir que, se fosse em Portugal, este condenado não teria como provar a sua inocência. Felizmente que em Portugal não existe pena de morte, nem pena de prisão perpétua. Mesmo assim, as consequências de um erro judiciário seriam sempre trágicas por se admitir que um inocente pudesse cumprir, nem que fosse um só dia de prisão, sobretudo por se não poder utilizar a prova científica para provar a inocência.

Esta realidade demonstra que, para que a Anthony Wright fosse dada a possibilidade de provar a sua inocência, em Portugal, teria de haver uma modificação legal no sentido de se tornar *obrigatório* preservar os dados biológicos deixados no local do crime. Uma tal possibilidade permitiria comparar tais dados com o perfil genético do condenado e, caso se verificasse a falta de coincidência, implicaria a inocência do mesmo. Mas, por outro lado, seria necessária a inserção daqueles dados resultantes da apreensão na base de dados, para comparar com outros. E só assim se poderia estabelecer uma ligação com o eventual agente do crime.

As dúvidas que temos sobre este ponto – que meios têm os OPC para preservar

6 Nesse sentido vai MONIZ, Helena. Parâmetros adjetivos, constitucionais e de direito comparado na estrutura das soluções legais previstas na Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro. In MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (Org.), **Bases de dados genéticos forenses. Tecnologias de controlo e ordem social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 62, em termos que nos parecem muito esclarecedores: “a Lei n.º 5/2008 não só não prevê a inserção de perfil de ADN obtido a partir de colheita de material biológico em objeto apreendido, como não prevê a inserção de perfil de suspeito”.

7 Cfr. MONIZ, Helena. cit., p. 62.



estes dados, se não é possível inserir perfil de ADN obtido a partir de colheita de material biológico em objeto apreendido?⁸ – não nos tranquilizam quando sabemos que é o arguido quem está disposto a fornecer esses dados para provar a sua inocência.

Dito de outro modo: se em Portugal não é possível mais do que a constituição de uma base de dados a partir de condenações, valeria a pena aprofundar no sentido de um alargamento dessa base de dados?

Deixemos a resposta à reflexão e espreitemos o ordenamento jurídico brasileiro. No Brasil a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a propósito da identificação criminal de alguém, mesmo que identificado civilmente, determina, no artigo 5º, parágrafo único, que “a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético” (esta possibilidade foi inserida pela Lei nº 12.654, de 2012). Tal hipótese só é possível, nos termos do inciso IV do artigo 3º, quando “a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente”. Ora, é a propósito destes dados, colhidos em processo de identificação criminal, que a mesma Lei, no § 1º, do artigo 5º-A determina que “[o]s dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal”.

Porém, nos termos do artigo 7º-A da mesma Lei determina-se a possibilidade de “exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados [que] ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito”. Mas é necessário, a nosso ver, relacionar este artigo com o anterior artigo 7º que determina que tal exclusão será possível “[n]o caso de não oferecimento da denúncia, ou sua rejeição, ou absolvição”, o que significa, por leitura *a contrario* que, quando exista oferecimento de denúncia ou condenação, então por aplicação do artigo 5º-A e do artigo 7º B, o perfil genético do identificado criminal deve ficar armazenado em banco de dados sigiloso.

A lei não o refere, mas pensamos que é possível concluir que, havendo armazenamento de dados em caso de condenação, será possível recorrer a esses dados para futura análise, caso venha a ser necessário. Problema é que, por um lado, a lei não o admite expressamente⁹ e, por outro, a lei não determina as condições para que tal suceda.

Uma coisa, no entanto, é certa: existe uma aproximação entre o regime português

8 Como sustenta e bem MONIZ, Helena. cit., p. 62.

9 Este problema entronca num outro mais geral e não menos complexo que no Brasil é conhecido por “cadeia de custódia”, ou seja, “designação pela qual é conhecido o dispositivo que pretende assegurar a integridade dos elementos probatórios, não obstante o seu significado em termos de redução de complexidade de garantia constitucional contra a prova ilícita”, como explica PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controlos epistêmicos**. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/ São Paulo, 2014, p. 80. Aliás, sobre a cadeia de custódia no Brasil, em que “praticamente não há referências doutrinárias”, vale a pena ler as considerações de PRADO, Geraldo. cit., p. 80 e ss.



e o brasileiro, na medida em que só se admite uma base de dados genéticos de condenados e não mais do que isso.

Uma tal limitação, que se compreende pelo respeito por direitos fundamentais, ademais pessoalíssimos, implica uma menor possibilidade de resgatar a verdade dos factos em casos como o de Anthony Wright. Naturalmente que não podemos olhar apenas para esta perda. Temos de ver o problema na sua globalidade e compreender que as razões que limitam a criação de uma base de dados genéticos para fins criminais de carácter universal são muito relevantes e não podem ser simplesmente ignoradas. Pensamos, no entanto, que no sentido de um equilíbrio, pelo menos a preservação de dados biológicos extraídos de vestígios do crime deveriam ser devidamente armazenados para eventual prova futura.

4 O VALOR DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: ATÉ TRÂNSITO EM JULGADO OU ATÉ PROVA DO CONTRÁRIO?

Problema curioso que se coloca a este respeito é o do valor do princípio da presunção de inocência. Normalmente diz-se que o seu conteúdo significa que qualquer pessoa se presume inocente até prova do contrário. No entanto, o direito positivo costuma enunciar a validade da presunção de inocência até trânsito em julgado. Convenhamos que não é a mesma coisa.

Em Portugal, o princípio da presunção de inocência está previsto no artigo 32, nº 2, da Constituição da República Portuguesa: “Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação”.

No Brasil, o princípio da presunção de inocência está previsto na Constituição da República Federativa, no artigo 5º, inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A fórmula adotada nos dois países é sensivelmente a mesma: a presunção de inocência está garantida até trânsito em julgado da sentença condenatória.

O trânsito em julgado da sentença penal dá-se quando, não havendo possibilidade de recurso ordinário, o condenado tem de cumprir a pena. Aliás, enquanto a sentença penal de condenação não transitar em julgado, a pena não pode ser cumprida, justamente porque se presume a inocência do arguido.

Veja-se que o CPP brasileiro impõe como condição para cumprimento da pena de prisão o trânsito em julgado da sentença condenatória. Determina o artigo 283: “Ninguém poderá ser preso senão [...] em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado [...]”. E, em Portugal, a análise dos artigos 467 e 477 do CPP também torna claro que só após o trânsito em julgado de sentença penal é que esta assume força executiva, podendo, a partir daí, e só daí, o Ministério Público proceder à sua execução.

E não será muito difícil de entender que na base deste pressuposto está o princípio da presunção de inocência. Na verdade, seria inconstitucional, tanto em



Portugal como no Brasil, que alguém pudesse cumprir pena de prisão – o que não é o mesmo que prisão preventiva –, sem uma declaração solene de culpabilidade insusceptível de recurso ordinário.¹⁰

Por isso, se relacionarmos as normas referidas dos códigos processuais penais com os comandos constitucionais, compreende-se que até ao trânsito em julgado de uma sentença penal se presume a inocência do acusado¹¹ e, conseqüentemente, este não pode ser sujeito ao cumprimento de uma pena.

Uma tal visão poderia precipitar a conclusão segundo a qual o princípio da presunção de inocência vale até ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No entanto, quer o Código de Processo Penal português, quer o brasileiro, admitem a revisão (extraordinária) da sentença penal, mesmo depois do trânsito em julgado. E entre vários fundamentos para essa revisão, tanto um como o outro admitem a existência de novas provas. A existência de novas provas que aponte no sentido da inocência do condenado é o pressuposto para a reafirmação do estado natural (e jurídico) que se presume a qualquer cidadão: o de ser inocente.

Portanto, a presunção de inocência supera o trânsito em julgado e força a uma revisão da sentença penal. Logo, a presunção de inocência prevalece *até prova do contrário*¹² e não até trânsito em julgado. E não podia ser de outro modo.

10 A este propósito, são muito interessantes as reflexões feitas por SANTIAGO, Nestor. Norberto Bobbio e a era dos direitos: sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana na jurisprudência penal do supremo tribunal federal. In: MORAES, Filomeno (Org.) **Política e Direito em Norberto Bobbio. Luzes para a liberdade, a igualdade, a democracia e a República**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 254. O Autor, a propósito de uma situação semelhante à que colocamos no texto – um caso de recurso extraordinário nos termos do artigo 637 do CPP brasileiro –, chega a questionar aquilo a que chama a “execução antecipada da pena”, em virtude de se ter negado efeito suspensivo ao recurso em causa. E a argumentação que levanta é muito interessante porque ela anda em torno do princípio da presunção de inocência. Entre outras razões, considera inconcebível que alguém “fosse preso antes de haver o trânsito em julgado de sua condenação”, por, entre outras razões, se considerar que “aplicação plena do princípio da presunção do estado de inocência poderia inviabilizar a atividade jurisdicional do STF”. É certo que a hipótese do recurso extraordinário do artigo 637 do CPP brasileiro não se confunde com a da revisão de sentença penal do artigo 621 (este último que, no direito português, corresponderia ao recurso extraordinário de revisão). Mas as considerações de Nestor Santiago são muito importantes para se compreender até onde pode ir o princípio da presunção de inocência. Levado a sério e até às últimas consequências, sempre que possa haver recurso, ainda que extraordinário, a execução a pena deveria suspender-se. Não sucedendo isso, em rigor, a admissibilidade do recurso significa a discussão da questão de fundo – culpa ou inocência –, apesar de se manter o cumprimento da pena.

11 Nesse sentido, PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2014, p. 17: “O papel que a presunção de inocência joga nos dias atuais consiste, pois, em fundar o estado original de incerteza que marcará a persecução penal, da notícia do crime ao momento imediatamente anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória”.

12 Repare-se que foi assim que a Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, o



Se o princípio da presunção de inocência estivesse dependente do trânsito em julgado, estaríamos a impor um limite meramente processual àquele princípio. Como se verdadeiramente a estabilidade da certeza jurídica, firmada na obtenção da verdade material e ditada na sentença, fosse mais importante do que a presunção de inocência. Pois o que se conclui é exatamente o contrário: a instabilidade da certeza jurídica é admissível, não só porque a verdade processual nunca é uma verdade ontológica, mas também porque a presunção de inocência justifica que, sempre que se revele aceitável, a sentença não se torne definitiva.

De tal sorte que, apesar do trânsito em julgado de uma sentença penal, só pode falar-se em *definitividade* dos seus efeitos quando em rigor já não se puder recorrer. E tal só ocorre quando, não sendo possível recorrer ordinariamente, também se não puder recorrer extraordinariamente. E não vale a pena perguntar qual é o limite temporal para isso, por duas razões: por um lado, processualmente, porque nada está estabelecido na Lei; por outro, porque axiologicamente, esse direito nunca preclui em nome da dignidade da pessoa humana (base da presunção de inocência). Por isso vale aqui em pleno aquela máxima segundo a qual, mais vale um culpado na rua do que um inocente na prisão.

5 VERDADE MATERIAL E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A força que os meios de prova biológica têm no processo penal permite hoje afirmar com razoável segurança que se trata de prova científica de grande fiabilidade. Há quem chegue mesmo a falar em meio de prova 100% seguro.¹³ E se nos é permitido discordar de um tão alto grau de infalibilidade, não é por razões técnicas, científicas, mas por razões jurídicas que entroncam – atente-se! – no princípio da presunção de inocência. É este princípio que obriga a tratar o acusado como pessoa e não apenas como objeto de prova. Não quer dizer que, na medida em que o material genético obtido é da pessoa, esta não venha a ser objeto de prova.¹⁴ Mas para o ser, terá de observar-se um conjunto de regras processuais, de princípios, que de um modo geral visam garantir a validade processual da obtenção de tal meio de prova. Não vamos agora enunciar tais princípios, mas é consabido que andam em torno do princípio da dignidade da pessoa humana. De tal sorte que qualquer prova que seja obtida

enunciou no artigo 9º, ou seja, como presunção de inocência até prova do contrário – cfr. DIAS, Figueiredo. **Direito processual penal**. 1. ed. 1974, reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 67.

13 Hipótese colocada por BAJO, Cabezudo. La prueba de ADN: valoración preliminar de la regulación española y de la Unión Europea. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (Org.), **Bases de dados genéticos forenses. Tecnologias de controlo e ordem social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 109.

14 Sobre o tema, vale a pena ler GUIMARÃES, Ana Paula. **A pessoa como objecto de prova em processo penal: exames, perícias e perfis de ADN – reflexões à luz da dignidade humana**. Nova Causa: Edições Jurídicas, 2016, passim.



em contramão de tais regras, com certeza que põe em causa a dignidade da pessoa humana. E, como esta é a base da presunção de inocência, é fácil entender-se que seria contraditório tratar-se uma pessoa como inocente e ao mesmo tempo admitir-se todo o tipo de práticas destinadas a obter certa prova. Claro que todos concordariam se déssemos como exemplo do que acabamos de dizer a tortura. Mas a evidência de um tal exemplo é apenas o ponto de partida para ir mais longe e ver que outros meios intrusivos, ocultos, que limitam a reserva da intimidade da vida privada das pessoas, não podem ser utilizados sem o respeito por certas regras que garantam, senão mais, o núcleo duro e inviolável da dignidade da pessoa humana.¹⁵

A conclusão é clara: é o princípio da presunção de inocência que limita, nestes termos, a busca de verdade material.

Paradoxalmente, nos casos que tratamos aqui – de revisão de sentença por novas provas – é também o princípio da presunção de inocência que justifica a busca de uma *outra* verdade material.

Destarte, não seria correto afirmar que a possibilidade de uma revisão extraordinária de sentença por nova prova ou novo facto decorre apenas do princípio da verdade material. A busca pela verdade em processo penal sempre poderia ter como limite o trânsito em julgado da sentença penal. E, de certo modo, assim sucede. Se verificarmos bem, as possibilidades de revisão de sentença penal, além de poucas, impõem limites à busca da verdade material. Não é admissível recurso extraordinário, nomeadamente de revisão, apenas porque se tem mais uma prova ou porque se tem mais um relatório pericial. E isto significa, no caso português, que além de novos, têm de suscitar “graves dúvidas sobre a justiça da condenação” e, no caso brasileiro, “de inocência” do condenado. Portanto, não se trata apenas de discutir a verdade processual, mas de oferecer factos ou meios de prova que, tendo implicações na verdade apurada, apontem no sentido da inocência do condenado. É a inocência que legitima a revisão e não apenas a verdade. A verdade é instrumento para determinar a inocência, que se sustenta, por sua vez, em novos factos ou meios de prova. E não o contrário.

Além disso, não será admissível uma revisão de uma sentença penal absolutória, ainda que assente em novas provas. E, no entanto, ninguém ousaria discutir uma tal revisão à luz do princípio da verdade material. Simplesmente, uma vez estabilizada

¹⁵ Naturalmente que são vários os interesses relevantes que podem estar em jogo. Mas não é imprudente, bem pelo contrário, reconduzi-los todos a uma única categoria: a dignidade da pessoa humana. E isto porque, invocando palavras de LEWANDOWSKI, Enrique. Pesquisas genéticas e o princípio da dignidade da pessoa humana. In: MARTINS, Ives Gandra et al. (Org.). **Estudos: direito público. Homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso**. São Paulo: Lex Magister, 2012, p. 169, “a dignidade da pessoa humana, não só constitui o cerne dos direitos fundamentais, como configura, igualmente, um dos pilares da própria república”. Estas palavras são proferidas no âmbito da problemática das pesquisas genéticas. A proximidade desse problema com o que aqui tratamos – utilização de prova biológica (genética) – é por demais evidente e, por isso, faz todo o sentido alicerçar esta matéria no princípio da dignidade da pessoa humana.



a sentença, esta só pode ser questionada quando, para além de novos factos, de novas provas, estiver em causa a justiça da *condenação* ou a prova da *inocência* do condenado, e não o contrário.

Tudo isto deve ser levado à conta de duas conclusões: a verdade em processo penal, além de não ser ontológica¹⁶, é sempre provisória; a presunção de inocência só se afasta quando exista prova do contrário.

Neste trocadilho de ideias está explícita uma ideia fundamental: a verdade é meio para realizar a justiça; mas não é um fim em si mesmo. Ela só é finalidade processual porque o processo tem como fim a realização da justiça. Não fosse assim e sempre se admitiria a produção de novas provas, em busca da verdade, mesmo quando se tratasse de condenar uma pessoa anteriormente absolvida. Mas, por outro lado, a verdade é também meio e não fim, porque ela assume, perante a presunção de inocência que envolve a pessoa humana, duas características essenciais: é *limitada*, na medida em que, para ser processualmente válida, nunca pode ser ontologicamente firmada – e nisto o princípio da presunção de inocência é o principal limite processual da verdade material; e é *provisória*, porque mesmo depois de transitada em julgado, ela é sempre susceptível de revisão – ainda em nome da presunção de inocência. Ali, para se condenar, prova-se a culpa, respeitando-se o princípio da presunção de inocência; aqui, para se absolver, afasta-se a culpa, reafirmando-se o princípio da presunção de inocência como direito humano.

6 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO HUMANO

E aqui entramos nós no derradeiro ponto: do que se trata quando falamos em presunção de inocência não é de um princípio meramente processual. Do que falamos em rigor é de um direito subjetivo que radica na condição humana que é de inocência (até prova do contrário). Logo, do que falamos é afinal e acima de tudo de um *direito humano*.¹⁷

Se o princípio da presunção de inocência resiste ao trânsito em julgado de uma sentença penal é porque ele não é apenas de natureza processual, mas vai mais longe. Trata-se de algo que radica na própria natureza humana, uma vez que, apesar de se saber que qualquer cidadão pode cometer um crime, não havendo por isso quem

¹⁶ Nesse sentido, PRADO, Geraldo. cit., p. 35.

¹⁷ Há quem prefira dizê-lo de outro modo, em termos que, genericamente, convergem com a ideia que expomos no texto. Nesse sentido, vai SILVA, Germano Marques da. **Direito processual penal português. Noções gerais. Sujeitos processuais e objeto**. Vol. I, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa Editora, 2013, p. 51: “A presunção de inocência não é uma presunção em sentido técnico-jurídico (art. 349 do CC); é um princípio cultural do nosso tempo, um princípio geral do Direito que recebeu consagração nos textos internacionais sobre direitos fundamentais e nas constituições democráticas modernas como a portuguesa”.

possa considerar-se imune a essa pecha,¹⁸ o ser humano, por princípio, não o quer fazer. Negando-se qualquer natureza criminógena humana, afirma-se, pelo contrário, a sua racional humanidade que o impele axiologicamente para a convivência social sem uma “natural” e “fatídica” inclinação para cometer crimes. Trata-se, como afirma Germano Marques da Silva, “de um acto de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda a sociedade livre”.¹⁹ Por isso, em princípio, todos são inocentes, apesar de qualquer um poder cometer crimes. Partir do inverso seria admitir que o homem em geral fosse um ser criminoso, que, por o ser, tivesse de provar sempre a sua inocência quando sobre ele houvesse suspeitas de um crime. Um tal negativismo humano seria de repudiar. E os instrumentos jurídicos internacionais há muito que optaram por um certo otimismo antropológico, apesar de todas as fragilidades a que o ser humano está exposto.

Vale como supremo exemplo a fórmula contida na Declaração Universal dos Direitos Humanos que é, de longe, mais rigorosa que, por exemplo, as que as Constituições de Portugal e do Brasil enunciam. O artigo 11, nº 1, determina: “1. Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”. Se a presunção de inocência se admite até que a “culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”, então, isso significa que a presunção de inocência persiste sempre que seja processualmente possível afastar aquela culpabilidade. Não é o trânsito em julgado que releva; é a impossibilidade de afastar a declaração de culpabilidade. E esta torna-se impostergável quando, mesmo depois do trânsito em julgado, não exista qualquer possibilidade de a afastar.

O princípio da presunção de inocência significa, para nós e como o interpretamos a partir das normas processuais penais, contrariando em parte o que as normas constitucionais dizem, que as pessoas se presumem inocentes *até prova do contrário, e não até trânsito em julgado*. Coisa diferente é admitir que, para efeitos de cumprimento de uma pena, venha a ser suficiente a declaração solene de culpabilidade fundada em julgamento. Mas como isso não afasta o direito (humano) à prova da inocência, e porque a inocência é o estado natural de qualquer pessoa, então, desde que existam fundamentos relevantes, como seria uma nova prova de carácter absolutório, aquela declaração de culpabilidade pode sempre ser posta em causa.

É portanto um direito humano – o direito à *presunção de inocência*, que se traduz no direito à *prova da inocência* – o que está em causa quando se admite uma revisão de sentença penal.

18 Quem está imune à *banalidade do mal*, como diria Hannah Arendt? Sobre esta nota no seu pensamento, na relação com a justiça penal, veja-se MONTE, Mário. A violência, expressão da banalidade do mal, no controverso pensamento arendtiano: um olhar despretensiosamente jurídico. In: MACEDO, Ana; KEATING, Maria (Org.). **O poder das narrativas. As narrativas do poder**. Braga: Universidade do Minho, 2007, p. 371 e s.

19 SILVA, Germano Marques da. cit., p. 51.



7 CONCLUSÃO

A utilização de novos meios de prova biológicos vem trazer à liça velhos problemas. Se, por um lado, o princípio da presunção de inocência, fundamentado na dignidade da pessoa humana, impõe limites à investigação criminal e à descoberta da verdade material, por outro lado, a indiscutível fiabilidade científica da prova biológica tem implicado que, mesmo depois do trânsito em julgado de sentenças condenatórias, a verdade material validamente obtida em processo penal possa ser superada em nome da presunção de inocência. Deste modo, o que este tipo de provas vem relançar é o velho problema do valor do princípio da presunção de inocência: mais do que um princípio processual, ele é um verdadeiro direito humano. Porque só assim se compreende que por ele se imponha um conjunto de limites à descoberta da verdade material; e, igualmente por ele, se supere a verdade material quando em causa esteja a possibilidade de absolver alguém cuja condenação já tenha transitado em julgado. E, sendo um verdadeiro direito humano, e não apenas um instrumento processual, praticamente não tem limites, uma vez que ele supera qualquer caso julgado, impondo-se à pretendida certeza jurídica. Por isso, o seu enunciado, ao invés de o vincular ao trânsito em julgado, como o fazem as Constituições de Portugal e do Brasil, deveria vinculá-lo à prova do contrário. Só assim, ele será verdadeiramente um direito humano, de carácter universal, como o faz a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

- BAJO, Cabezudo. La prueba de ADN: valoración preliminar de la regulación española y de la Unión Europea. In: MACHADO, Helena; MONIZ, Helena (Org.). **Bases de dados genéticos forenses. Tecnologias de controlo e ordem social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 103-138.
- CARNEIRO, Ana Teresa. **Dos fundamentos do recurso extraordinário de revisão**. Lisboa: Rei dos Livros, 2012.
- DIAS, Figueiredo. **Direito processual penal**. 1. edição 1974, Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- GUIMARÃES, Ana Paula. **A pessoa como objecto de prova em processo penal: exames, perícias e perfis de ADN – reflexões à luz da dignidade humana**. Nova Causa: Edições Jurídicas, 2016.
- LEWANDOWSKI, Enrique. Pesquisas genéticas e o princípio da dignidade da pessoa humana. In: MARTINS, Ives Gandra et al. (Org.). **Estudos: direito público**. Homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso. São Paulo: Lex Magister, 2012. p. 157-173.
- MONIZ, Helena. Parâmetros adjetivos, constitucionais e de direito comparado na estrutura das soluções legais previstas na Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro. In MACHADO, Helena/MONIZ, Helena (Org.). **Bases de dados genéticos forenses. tecnologias de controlo e ordem social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 47- 66.
- MONTE, Mário. A violência, expressão da banalidade do mal, no controverso pensamento arendtiano: um olhar despretensiosamente jurídico. In: MACEDO, Ana;



KEATING, Maria (Org.). **O poder das narrativas. As narrativas do poder.** Braga: Universidade do Minho, 2007. p. 367-379.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos.** Madrid/Barcelona/Buenos Aires/ São Paulo, 2014.

SANTIAGO, Nestor. Norberto Bobbio e a era dos direitos: sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana na jurisprudência penal do supremo tribunal federal. In: MORAES, Filomeno (Org.) **Política e direito em Norberto Bobbio. Luzes para a liberdade, a igualdade, a democracia e a República.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 237-258.

SILVA, Germano Marques da. **Direito processual penal português. Noções gerais. Sujeitos processuais e objeto.** Lisboa: Universidade Católica Portuguesa Editora, 2013. v. 1.



INTERLOCUÇÕES TEÓRICAS SOBRE A VIOLAÇÃO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA MULHER AO LONGO DOS TEMPOS NA LEGISLAÇÃO NACIONAL E INTERNACIONAL

Marli Marlene Moraes da Costa¹

Rosane Teresinha Carvalho Porto²

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Abordar os aportes teóricos e suas especificidades sobre os direitos fundamentais do gênero ao longo dos tempos na legislação nacional e internacional é importante enquanto um dos precedentes, ou se não o principal, para se propor uma política pública interinstitucional de prevenção envolvendo o homem e a mulher. Com a busca pelo subsídio conceitual a partir da lei e do comportamento dos seus destinatários, se almeja depois de uma prévia compreensão das delimitações dadas pelos termos e conceitos que envolvem conteúdos inerentes ao gênero, desvelar a carga cultural carregada pelo patriarcalismo nas relações e os respectivos papéis que envolvem o homem e a mulher; de maneira a lidar melhor com isso.

Com o advento da Lei 11.340/2006 a violência de gênero passou a ter mais visibilidade na sociedade brasileira em virtude do seu extremo de violação de direitos humanos: o feminicídio, diga-se de passagem, passou a ser intolerável, bem como a cultura patriarcal vem se fragilizando diante do poder feminino, que labuta historicamente para compartilhar espaços de poder com o homem. Por outro lado, ainda é incipiente a força feminina, pois algumas mulheres culturalmente ainda estão revestidas pelo patriarcado, o que as sufoca e as confunde nas suas subjetividades. É preciso ter cuidado com a dimensão da lei que pode virar em uma perpetuação da lógica punitiva ou não declarada, quando deixa de lado um de seus principais protagonistas o homem. Não dá para ignorar que, muito embora, as mulheres

1 Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Burgos – Espanha, com bolsa Capes. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Coordenadora e Professora da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISC. Coordenadora do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas na mesma Universidade. Especialista em Direito Privado. Professora do Curso de Direito da Fema. Psicóloga com Especialização em Terapia Familiar. Autora de livros e artigos em revistas especializadas.

2 Doutora e Mestre em Direito, área de concentração: Políticas Públicas de Inclusão Social e Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade de Santa Cruz do Sul UNISC. Policial Militar. Professora de Direito da Infância e da Juventude, na UNISC. Editora da Revista do Direito. Subcoordenadora do Curso de Direito/UNISC de Sobradinho RS. Estuda temáticas voltadas a Segurança Pública, criança e adolescente, criminologia, gênero e Justiça Restaurativa. Integrante do Grupo Direito, Cidadania e Políticas Públicas coordenado pela Professora Pós-Doutora Marli Marlene Moraes da Costa



sejam as maiores vítimas do flagelo da violência, a lei não as colocou como únicas protagonistas ou agentes sociais, também deu lugar ao homem dentro das políticas públicas.

O maior desafio quando se labuta em discorrer um texto com essa envergadura e complexidade está em delimitar no tempo e no espaço categorias contributivas a partir de um marco teórico, que não engesse o tema. Quer-se dizer, com isso, o quanto complexo é abordar este tema e dar a densidade necessária sobre a violência voltada aos gêneros, objetivando desconstruir mitos, descobrir identidades e fazer o seu enfrentamento ao longo dos tempos na sociedade e no direito, explorando e confrontando algumas ideias dos pensamentos dos teóricos como Beauvoir, Butler (2003), Deleuze (2006), Foucault (2009), Bourdieu (2005). De qualquer sorte, os elementos de Butler que serão referenciados aqui, estão mais ao encontro de justificar que o gênero vai além da construção social do feminino *versus* masculino, seria como desmistificar o que fora construído e levantado por Beauvoir; com isso sendo possível reconhecer que o homem também é protagonista nas políticas públicas, construídas internacionalmente e nacionalmente, a partir da condição de vítima da mulher, dada a violência cometida contra ela pelo masculino em que ele também é um vitimado desse processo. Sob esse prisma, tem-se por parte de Bourdieu, os elementos *habitus*, campo e simbologismo na linguagem e na comunicação entre os envolvidos no cenário categórico do gênero dentro da sociedade.

Nesse concatenamento de ideias rememora-se que o homem e a mulher, cada qual com um entorno ou campo social, cultural e econômico próprio, vivem e convivem com o outro, pairando a dúvida, se isso se dá e se perpetua pela construção social dada a repetição de papéis ou pela diferença essencial biológica, que pressupõe cérebros diferentes, ou seja, o cérebro masculino é sistemático e o cérebro feminino é empático (BARON, 2004). Sendo assim, a filosofia da diferença de Deleuze, convida a refletir, questionar, e até desconstruir conceitos, inclusive do próprio gênero, para compreender e avançar a partir de novos arranjos que podem se dar nas políticas públicas, depois desse enfrentamento (dos conceitos) em especial conforme a lei e seu destinatário, olhando para a generalidade, e especificidade.

Ao abordar a complexa temática da ressignificação de gênero e das relações delas circundantes a partir de uma abordagem sociojurídica e política do termo, dada a sua gênese nos fortes contributos do movimento feminista no Brasil. Faz-se um recorte histórico crítico sobre o gênero, descortinando a cultura patriarcal, a repetição dos papéis masculino e feminino na sociedade, ampliando e polemizando o debate na lógica de repensar a dimensão dos sujeitos a partir de conceitos diversos, reconhecendo os axiomas da complexidade, do pluralismo e da subjetividade, e associando nessa conjuntura outras categorias mais apropriadas a modernidade: a cidadania, a democracia, a justiça, a solidariedade, a reciprocidade e as políticas públicas.

Para tanto é relevante fazer o enfrentamento dos conceitos de gênero com Deleuze sobre a linguagem ou elementos que constituem a terminologia, as



expressões e que ao terem sentido dado ao contexto espacial e temporal que são reportados, como o caso da violência de gênero, o próprio homem, a justiça, formam o entendimento, o conceito. Com efeito se propõe ainda a um diálogo necessário com Foucault (2009) e Bourdieu (2005), a partir da compreensão que se quer ter da estrutura conceitual dessas palavras carregadas de um simbologismo, dos rituais e das metáforas decorrentes de junções do Poder disciplinar, do *habitus* e do capital do homem.

E ainda, segundo essa perspectiva de desvelamento, de esclarecimentos sobre a ideia ultrapassada de gênero, que vai além dos sexos e dos papéis sociais construídos está a reflexão ou as contribuições pontuais Beauvoir (1970), e Butler (2003), objetivando na desconstrução de conceitos postos, mesmo que partam do marco legal dos direitos humanos, propor uma justiça social com base nos gêneros.

2 DIÁLOGOS NECESSÁRIOS DE DELEUZE COM FOUCAULT E BOURDIEU, BEAUVOIR, BUTLER

É importante mencionar que para desconstruir conceitos, observando a sua estrutura, os seus elementos, com a finalidade de propor algo novo, se torna viável depois de dialogar com autores como Deleuze (2006), Foucault (2009), Bourdieu, (2005), Beauvoir (1970), Butler (2003).

A partir de Deleuze, ao delimitar essas categorias norteadoras do tema: gênero, práticas restaurativas e políticas públicas, quer-se pensar e reconhecer algo nos elementos dessas categorias enquanto ideias que fundam conceitos acabados ou que pelas deficiências da representação de um sistema de direito controlador podem não ser considerados conceitos de diferença, pelo fato de repetirem, de maneira mais apurada valores culturais patriarcais ou reacionários de uma sociedade, que não inova em mudanças e na criação de ideias que sirvam para emancipação dos sujeitos. Nessa seara, tem-se que a “repetição só é uma conduta necessária e fundada apenas em relação ao que pode ser substituído” (DELEUZE, 2006, p. 19). Ela dispõe de três distinções, a primeira dá-se pelo ponto de vista das condutas, a segunda pelo ponto de vista da lei e a terceira pelo ponto de vista dos conceitos.

Significa ao caso concreto que mesmo que o ser humano repita atos ou comportamentos na linguagem, no discurso, seja pela conduta, pela lei ou pelos conceitos a sua funcionalidade e relevância dar-se-á apenas naquilo que pode ser substituído. Não há originalidade e intocabilidade no discurso, nem mesmo no contexto da categoria da repetição, por isso, ainda afirma-se que ela não é propriamente um conceito.

A respeito da repetição por condutas, tem-se o comportamento masculino e feminino, a repetição de papéis sociais, questionada pelo movimento feminista. Até o século passado, as mulheres permaneciam no âmbito doméstico, privado e os homens no espaço público, pois eram responsáveis pelo sustento da família. Muito



embora, no século XXI, as mulheres tenham ocupado algumas posições no espaço público, tendo voz e vez, bem como o reconhecimento do corpo político, os papéis sociais exigidos pela sociedade do homem e da mulher dão continuidade, porém, o tempo e o espaço dessa repetição ou reprodução de papéis não são mais os mesmos do século passado, por isso, sua relevância na análise, da repetição na lei e nos conceitos. A lei trata de definir e reconhecer os direitos iguais entre homens e mulheres, bem como diz quem são os destinatários dos direitos e quais são os seus direitos e responsabilidades.

No que tange à última distinção, do ponto de vista dos conceitos, estes também se repetem podendo ser decorrentes das condutas das pessoas, mas também conforme o tempo e o espaço não são semelhantes, por isso se distinguem da categoria diferença e semelhança. Portanto o conceito da diferença não se reduz a simples diferença conceitual, mas exige uma ideia própria, bem como a repetição não se reduz a uma diferença sem conceito (DELEUZE, 2006).

Conforme Deleuze, a repetição de um conceito fora do tempo e do espaço pode ser sem sentido, pois não traz a ideia: a diferença que sirva como contraste para tal contexto, por isso é relevante rearticular, mudar a sua concepção de conceito, para não olhar somente a mulher como vítima e protagonista da lei, mas reconhecer que este espaço também pertence ao homem. Entende-se ainda, que a diferença só pode ser pensada nas quatro dimensões do mundo clássico da representação mostrado por Foucault: a identidade no conceito, a oposição no predicado, a analogia no juízo e a semelhança na percepção (DELEUZE, 2006).

Em outras palavras, a representação diz respeito aos papéis sociais vivenciados pela mulher e pelo homem; a repetição do conceito de gênero, mais especificadamente o que se quer demonstrar aqui, está em aceitar a imposição dos velhos paradigmas resquícios da cultura patriarcal, atendo-se apenas à ideia do exercício dos papéis sociais de ser homem e mulher. Já a analogia do juízo está no paradoxo: bom ou mau, assujeitadas ou empoderadas, algozes ou desempoderados. Com relação às semelhanças na percepção do homem e da mulher: os homens e as mulheres têm percepção distinta, sendo eles mais sistemáticos, objetivos e elas mais empáticas e com efeito abertas para o diálogo. As semelhanças de ambos podem estar na reciprocidade, no respeito e no exercício da alteridade para com o outro.

A partir dos contributos de Foucault (2009) e também de Bourdieu (2005) é possível desvelar e desconstruir mitos tidos pela diferença de gênero, que adiantando as considerações, nada mais são do que uma correprodução (cópia, repetição), do estereótipo, por isso sem conceito na linha de Deleuze (2006). O conceito precisa ser inovador, uma ideia que pontue a diferença essencialmente e contribua com o processo evolutivo do sujeito e das comunidades.

Para Foucault (1996), as formações discursivas são verdadeiras práticas de linguagem capazes de causar transformações. Também tratam da existência de modelos e de realidades denominadas estruturas, como por exemplo, a posição e a dimensão em que os sujeitos presumidamente estão estruturados. Bourdieu (2005),



no *habitus* e no campo social trabalha com a perspectiva de estrutura, de posição, status ocupado pelos sujeitos. E dentro dessa estrutura, está o poder envolto nas instituições e nas relações humanas.

De igual modo, quando o assunto é poder para docilização do corpo do sujeito, não dá para deixar de levar em conta as instituições (a família, a escola, o Estado e a igreja) que são espaços deliberadores de poder por meio da mecanização de conceitos, ideias repetidas com a finalidade de controlar socialmente e exercer a dominação.

Significa dizer, que as instituições emanam poder e estrategicamente por meio dos seus discursos cheios de signos, códigos e linguagens controlam os sujeitos socialmente e ressignificam ideias/conceitos que serão legitimados pelo monopólio estatal como regras de direito a ser seguida, uma espécie de violência simbólica. Em outras palavras, transformam ideias em verdades, e estas nada mais são do que produto das relações de poder (FOUCAULT, 2009). Isso é perigoso, pois colocam em xeque os conceitos categóricos que são levantados nos discursos da sociedade moderna, por exemplo: políticas públicas com perspectiva de gênero as mulheres. Mesmo sabendo pelos indicativos que as mulheres sob um determinado prisma, são as maiores vítimas da violência doméstica dada pelo poder exercido pelo sujeito masculino, prima-se pelos direitos humanos integradores dos sujeitos, pela lógica de uma justiça social, humanizadora, por isso além dos gêneros que refutem a lógica punitiva.

O *habitus*, é um conhecimento adquirido e também um capital do sujeito ou do agente em ação, também indica a disposição incorporada. No que refere ao campo social é a postura incorporada, o *habitus* em determinado local, espaço, posição de condição de exercício ou de ação. Em outras palavras, compreende-se o campo social como sendo a posição de um determinado agente no espaço social podendo ser definida pela posição em que ele ocupa nos diferentes campos, quer dizer, na distribuição dos poderes que atuam em cada um deles, seja, sobretudo, o capital econômico – nas suas diferentes espécies -, o capital cultural e o capital social e também o capital simbólico, geralmente chamado prestígio, reputação, fama, etc. que é a forma percebida e reconhecida como legítima das diferentes espécies de capital (BORDIEU, 2005).

Pode-se assim construir um modelo simplificado do campo social no seu conjunto que permite pensar a posição de cada agente em todos os espaços de jogo possíveis. Não dá para deixar de mencionar a respeito do campo jurídico considerado o “lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito”, que também é utilizado pelo Estado, com isso caracterizando a violência simbólica, que em outros termos diz respeito ao monopólio de poder combinado ao exercício da força física (BOURDIEU, 2005, p. 211).

A maneira com que o Estado administra os conflitos, com um terceiro, reforça o pensamento crítico de Foucault (2009, p. 63) a respeito do discurso estratégico de ideal de justiça, ou seja: “de que uma justiça só é justa se for exercida por alguém



exterior á questão, por um intelectual, um especialista da idealidade. O que não condiz com as outras alternativas de resolução de conflitos.

Da maneira que está posta a justiça nas sociedades modernas, neste caso no Brasil, é *habitus* que um terceiro resolva seus conflitos sociais, reforçando, ainda mais, a lógica da seletividade das classes, onde os intelectuais ou especialistas (elite pensante) é que podem exercer o poder e ditar as verdades a serem ditas e cumpridas. Pela herança cultural da colonização brasileira, as comunidades pouco exercem sua capacidade de resolução de conflitos, o que reforça e empodera mais o Estado de dizer a quem cabe o direito e quem é sujeito de direitos, tendo ele um amplo controle do campo jurídico.

Não se está aqui querendo defender e considerar o homem, a vítima da violência de gênero, deixando a mulher de lado quando os discursos das verdades construídas socialmente querem levar a crer que a própria mulher é culpada pelo que sofre, pois não rompe com o ciclo. A culpabilização e a criminalização são repetições de padrões punitivos na sociedade, partindo de Deleuze, pois são elementos da representação imersos na funcionalidade da justiça criminal ou retributiva. Por conta disso, o poder de se construir algo como verdade pode ser uma forma de dominação ou de controle social por meio da domesticação dos domesticados elementos presentes para a instauração da violência simbólica (BOURDIEU, 2005).

Diante desse contexto, a sociedade brasileira necessita rememorar sua história de colonização, construir sua identidade para buscar uma forma complementar de justiça fundada na ética e na cidadania, para o enfrentamento da exclusão social, das desigualdades sociais, com efeito, a criminalidade.

O diálogo com os autores, sob a perspectiva de desconstruir conceitos como o gênero, as políticas públicas e a justiça, para conhecer os seus elementos que se deram dentro de contextos históricos e com reflexos na lei, tem por finalidade avançar teoricamente, no sentido de propor algo novo e diferente no lugar, diga-se, outro entendimento sobre as categorias que formarão novos conceitos que combinam na práxis da comunidade. Sendo assim, segue a desconstrução do termo gênero, para poder reafirmar e propor a necessidade de se ter uma política pública voltada aos gêneros. Para isso, é preciso desvelar e desconstruir conceitos, de maneira a olhar o Judiciário em parceria com a comunidade e outros caminhos de justiça voltados à reciprocidade dos sujeitos.

3 GÊNERO E MITOS A SEREM (DES)CONSTRUÍDOS: VÊNUS *VERSUS* MARTE

Aqui está o primeiro termo: o gênero a ser enfrentado e desconstituído com as principais categorias dos pensadores que integram o marco teórico. Em outras palavras, para se propor algo novo no lugar do que existe, mister conhecer a atual estrutura, para construção de uma nova forma complementar e integrativa. Então, para elaborar e implementar uma política pública para os homens autores de violência de gênero, se pressupõe a integração com a política das mulheres ou uma que



efetivamente contemple estes dois universos, seres humanos distintos; assim sendo um dos primeiros passos é repensar o contexto conceitual do termo gênero, a partir dos mitos que o circundam; por isso, também o paradoxo: vênus versus marte, em que se associa a mulher ao primeiro e o homem ao segundo.

Na origem da formação humana, o feto começa feminino, depois é que são acrescentados os atributos masculinos. A história biológica do ser humano é exatamente inversa à de seu principal mito de criação, em que a mulher sai de dentro do homem, pois ela quem gera e concebe a criança. O mito não é apenas um desmentido do fato, e do feto, como uma apropriação masculina de um feito feminino. Todos os mitos, desde os inaugurais, como toda a cultura humana, têm sido masculinos, num contraponto ressentido pela história biológica, verdadeira e feminina da espécie. Muitos se questionam onde caberiam todas as divindades, imaginadas ao longo dos séculos.³ E afinal qual dos mitos é o mais verdadeiro? Independente da resposta, todos são ficção, o que não os extingue, muito pelo contrário, os redime e os faz matéria preciosa para a compreensão dos símbolos que formam a cultura.

Não há de se negar que a partir do direito ao voto e a ocupação da mulher nas fábricas,⁴ espaço até então exclusivamente masculino, o olhar falocêntrico em relação ao feminino não seria mais o mesmo, com efeito, desconstruindo a ideia da fragilidade e a impotência da mulher. No entorno do termo gênero, alguns mitos circulares se formaram, entre eles, a ideia de que ele trata exclusivamente da construção social, incumbindo papéis sociais do homem e da mulher, e ainda, refutando as contribuições da psicologia sobre esses protagonistas.

Contudo, apesar de a primeira onda do movimento feminista ter levado esta

3 Quando da ascensão do falo, o homem subjuga a Mãe Deusa e coloca em seu lugar Deus, o Pai denegando qualquer possibilidade de condição à mulher de equiparação, cooperação ou igualdade na manutenção da raça humana. Inicia, o período da escuridão, em que a mulher é banida da sociedade, servindo de mera procriadora, sem qualquer significação. Logo, a Mãe Deusa perdeu seu status sagrado e o poder que lhe era imamente; e nessa violência desvalorização, rainhas, sacerdotisas e mulheres comuns, em todos os estágios de suas vidas, desde o nascimento até a morte, compartilharam da perda do 'direito materno'. O falo que agora se destacava dos ritos de adoração da mãe tornou-se em si objeto sagrado de veneração e, depois, o centro de todo poder criador, tirando o lugar do útero, para terminar como símbolo e instrumento da dominação masculina sobre a mulher, a criança, a Mãe Terra e outros homens. Tinha de haver mais – uma ideia de imanência, de eternidade masculina que não fosse a física, visível, falível; que fosse maior que todas as mulheres por ser maior que o homem; cujo poder fosse onipotente e inquestionável – um Deus, Deus o Pai, que agora o homem inventava à sua própria imagem (MILES, 1989, p. 86).

4 Com relação aos direitos da mulher, em 1848 uma inglesa, uma tal sra Dawson, entrou com uma petição de divórcio. Na América as mulheres formaram o único grupo na história do país a lutar ativamente contra o seu próprio direito ao voto. Em outros lugares, também, toda vez que um punhado de reformadores conseguiam colocar os direitos da mulher na agenda nacional, passavam a ser atacadas violenta e fisicamente por oponentes de ambos os sexos e igualmente resolvidos a preservar a supremacia natural do homem (MILES, 1989, p. 260).



questão, como no transcorrer do capítulo, observar-se-á que os elementos definidores desse termo vão além, inclusive se refuta metáforas que ligam a figura feminina com o planeta Vênus e o homem com o planeta Marte.

Assim, a tendência de naturalização pela sutileza de coisificação do outro, evidencia, ainda mais, que o termo gênero é muito mais que uma construção social e cultural, tal como o sexo é biológico (BUTLER, 2003). Com base na obra de Simone Beauvoir (1970), publicada em 1949 e lançado na França, *O Segundo Sexo*, fica evidenciado que o movimento feminista abriu espaços de interlocuções sobre as desigualdades sociais provenientes da diferença entre os sexos, diga-se de passagem, as relações de poder e de dominação. A obra que trata sobre Fatos e Mitos, critica o determinismo biológico, as abordagens psicológicas e o materialismo histórico e menciona o argumento de que a mulher é uma construção social historicamente determinada. Por conseguinte, a obra intitulada *A experiência vivida* examina o processo pelo qual a mulher torna-se mulher e como se dá a sua submissão.

Beauvoir refletiu sobre as práticas e mitos históricos que fundamentaram a sociedade e levou a mulher a ser considerada, subjugada como sendo um segundo sexo, inferior e diferente. Além disso, destacou assimetria das relações de poder entre os sexos, em que prevalecia o referencial masculino neutro, e o feminino era considerado o Outro, sempre inferior em relação ao primeiro. Em outras palavras: “A mulher determina-se e diferencia-se em relação ao homem, e não este em relação a ela; a fêmea é o inessencial perante o essencial. O homem é o Sujeito, o Absoluto, ela é o Outro” (BEAUVOIR, 1970, p. 52). Conforme destacou-se anteriormente, a obra de Beauvoir é um marco teórico com outra percepção sobre a mulher em relação ao homem, muito embora tenha se evidenciado que o trabalho mais importante para o feminismo foi de Butler (*Gender Trouble*) (DIAS; COSTA, 2013).

Tendo por base a ideia de que a palavra “sexo” é uma construção social e biológica inacabada, o movimento feminista substituiu o termo por “gênero”, que em inglês é *gender*. A utilização dessa nomenclatura permite a análise das identidades, o feminino e o masculino, sem reduzi-las a um plano biológico, adaptando essas identidades de acordo com o período histórico (SABADEL, 2008).

Sobre os conceitos de gênero, Joan Scott propõe o gênero como categoria de análise histórica, apresentando-o como elemento constitutivo das relações sociais, baseado nas diferenças “percebidas” entre os sexos, como forma primeira de significar as relações de poder. Para ela, o gênero é composto de quatro elementos que funcionam de maneira articulada, mas não obrigatoriamente ao mesmo tempo (CAMPOS; CORREA, 2012).

Primeiramente, têm-se os conceitos normativos que são as expressões nas doutrinas religiosas, educativas, científicas, políticas, jurídicas, colocando em evidência as interpretações limitantes dos símbolos e suas contradições. Geralmente são veiculados como posição binária (inocente-pecador; puro-impuro; forte-delicado), definido de forma categórica o sentido do masculino e do feminino. Em segundo,



referenciam-se as instituições e organizações sociais – família, mercado de trabalho, sistema político, sistema educacional, sistema de saúde – que divulgam, reafirmam os conceitos e organizam-se sobre estas bases. Em terceiro, trata-se da identidade subjetiva – vinculada ao indivíduo –, da construção do sujeito, definindo sua forma de reagir ao que lhe é apresentado como “destino” e sobre essas possibilidades, pouco se pode questionar. A articulação desses caracteres vai compondo identidades, papéis, crenças, valores, relações de poder, mas a história descreve esses processos como se estas posições normativas fossem produto de consensos e não de um conflito, de uma sociedade (CAMPOS; CORREA, 2012).

Segundo Beauvoir, a frase “ninguém nasce mulher, torna-se mulher” (BEAUVOIR, 1970, p. 09), remetia à necessidade de tornar-se mulher, libertando-se dos grilhões opressores para se constituir e ser reconhecida enquanto destinatária de direitos um sujeito de direitos e obrigações, definindo o que é feminino e o que é masculino para muito mais além do que o sexo. No entanto, existiam divergências de pensamento com os de Butler, pois enquanto a primeira imaginava um sujeito universal, a segunda defendia a existência de um sujeito prévio a toda escolha de gênero possível. Butler referenciava que a concepção biologicista de Beauvoir era limitada e a inviabilizava de trabalhar com outras possibilidades além do homem e da mulher.

Assim, Butler revelava que não havia nada na explicação de Beauvoir que garantisse o “ser” que se torna mulher fosse necessariamente fêmea. Para Butler (1987) o indivíduo tornar-se-ia o seu gênero, não o seu corpo, uma vez que o tornar-se seria um processo impulsivo no qual a realidade deveria ser interpretada com o que seria o gênero, não o corpo, que informaria a maneira pela qual a anatomia se revestiria no organismo social.

Apesar das divergências entre as autoras, veem-se ambas apresentarem teorias cruciais para as interpretações que até hoje influenciam nas questões de gênero. Feita essas considerações, cabe abordar Pierre Bourdieu, mais especificadamente sua intitulada obra *A dominação masculina*, para destacar sua interlocução com Simone Beauvoir. Em *A dominação masculina*, Bourdieu (1999, p. 9) salienta que o debate sobre a diferenciação sexual “está presente em estado objetivado no mundo social e, em estado incorporado nos corpos e *habitus* dos agentes, funcionando como sistemas de esquemas de percepção, de pensamento e de ação”.

A partir da década de 1960, segundo os debates teóricos, que iniciaram principalmente com a expansão do movimento feminista, o gênero não seria o resultado causal do sexo, nem aparentemente fixo e binário como ele. Em outras palavras, que o sexo (macho e fêmea) seria definido no nascimento e que o gênero (masculino e feminino), por sua vez, seria formado ao longo da vida e de acordo com as inúmeras interações sociais e culturais pelas quais passam os indivíduos. Assim, o gênero afastar-se-ia do sexo (puramente biológico) na medida em que abrangeria uma categoria de análise que problematizaria e visaria expandir a representação dos papéis considerados “naturais” aos atores do corpo social (BUTLER, 2003).

A expressão gênero, como fruto do movimento feminista e que transita nas



legislações nacionais e internacionais, representando o universo feminino e masculino, não se restringe ao sentido de distinções biológicas e repetições de papéis. No entanto, questiona-se até que ponto o sentido dado pela linguagem e representatividade do homem e da mulher mantém-se fiel e estática a partir das mudanças que ocorrem no campo e *habitus* que cada um deles está envolvido. Dentro das imbricações que podem surgir, como é possível pensar que o termo gênero não seja uma repetição de discursos perversos oriundos da cultura patriarcal? É possível considerar essa categoria apenas uma diferença conceitual e não simplesmente uma repetição? Com isso pode-se considerar o gênero ou o que está no seu entorno, diferença conceitual ou diferença sem conceito? Depende, pois a repetição pode não sair conforme o esperado, a origem, dando assim indícios de diferença parcial.

A diferença entre os gêneros, não pode se dar apenas nos conceitos. Nesse aspecto semelhanças não são repetições, por isso mesmo que conceitos apurados nas legislações embora pareçam ser semelhantes podem não representar repetições da vontade humana, logo, mais um fato preponderante precisa ser levado em conta o tempo e o espaço em que se formaram os signos linguísticos e predicativos de tal conceito. Então pensar é um exercício de reconhecimento de algo em um conceito. É preciso ter cuidado para não confundir o conceito de diferença com uma diferença simplesmente conceitual, pois duas coisas, por exemplo, o homem e a mulher somente são distintos um do outro se forem expressas em conceitos diferentes, afastando o que eles têm em comum, que é a condição de ser humano. Ao contrário disso, a repetição só pode ser entendida como uma diferença sem conceito (DELEUZE, 2006).

Há de se observar que um conceito sobre gênero que perpassa ao longo dos tempos em face as conquistas do movimento feminista, ainda não está pronto ou acabado, pois também precisa dar conta do sujeito masculino enquanto destinatário de políticas públicas preventivas. Para tanto, considera-se o termo gênero como mais que uma complexa construção social de identidade, hierarquia e diferença da identidade sexual. No entendimento de Vera Soares (2004), essa construção designa às pessoas diferentes papéis, direitos e oportunidades, de acordo com seu sexo, enquanto o sexo se refere às diferenças biológicas entre os homens e as mulheres. É preciso compreender que o espaço social é construído pela função e posição econômica e cultural dos seus agentes e que a educação diferenciada dada aos homens e às mulheres equivaleria às distâncias sociais (BOURDIEU, 1996).

Ao reconhecer que o gênero vai além da construção social e da cultura, abre-se caminhos de interpretação e compreensão no direito pela interdisciplinaridade. Ou seja, mais uma vez o direito reporta-se para outras ciências, no caso a psicologia, a neurociência não com a finalidade de buscar justificativas nem a desculpabilização do homem. Ao contrário, acolhendo outros entendimentos sobre o homem e a mulher, o termo gênero torna-se a diferença por realmente ter um conceito adequado ao tempo e ao espaço, e não mais uma mera repetição terminológica.

Em outras palavras, gênero não pode mais ser uma ideia conceitual que defina



uma protagonista, a mulher, mas também precisa incluir o outro: o sujeito masculino. Desse modo, o direito estará lidando com um conceito: uma diferença, e não mais uma repetição, que se esvazia no tempo e no espaço quando reproduz dogmas estereotipados, como por exemplo:

Enquanto as primeiras feministas afirmavam que não havia nada que o homem fizesse que a mulher não pudesse fazer igualmente bem, muitas feministas atuais dizem com orgulho que existem coisas que o homem não consegue fazer tão bem quanto a mulher. (BARON, 2004, p. 29).

Em virtude das construções socioculturais sobre o termo gênero, que enquanto conceito não dá conta na totalidade do que seja ser homem ou ser mulher dentro do campo social, no exercício de inúmeros papéis pelo que a própria convivência em coletividade os exige, contudo, previamente se reconhece que estes sujeitos são cidadãos plurais e complexos.

Para que o sujeito recupere sua perspectiva de sujeito é importante compreender o caráter do discurso moderno ou pós-moderno e fortemente ideológico. O sujeito precisa ter disposições e atitudes frente a lei que são: a rebeldia solidária, a rebeldia e liberdade, a reflexividade e liberdade, o reconhecimento relativo, a razoabilidade dialógica, o conhecimento da lei, a oposição as idolatrias, bem como uma crítica reveladora. Todas são interessantes, mas ressalta-se que na última deve ocorrer uma desconstrução dos mitos, da lei e do poder, para que se situe a horizontalidade onde se encontra os seres humanos (RUBIO, 2013).

Em meio a tudo isso, por mais paradoxal que possa parecer, na modernidade, período da consciência e da racionalização nota-se com ações desumanizadoras entre os sujeitos, uma alienação com o mundo e não propriamente com o ego. Em outras palavras, com a expropriação individual e o acúmulo de riquezas por poucos, os homens e as mulheres deixam de ser percebidos como sujeitos e conforme o papel ou a relação que se vinculam na sociedade, a lei os identifica enquanto *Homos faber* (proprietário, fabricante, produtor, agressor, vítima, mulher - esposa), esvaziando suas subjetividades e os arremessando, a necessidade de se voltarem para si (ARENDT, 2005).

Pertinente abordar a respeito do marco teórico e protetivo internacional e nacional dos Direitos Humanos, pois também são elementos estruturantes para uma concepção distinta e inovadora, no enfrentamento a violência de gênero.

4 MARCO TEÓRICO INTERNACIONAL E NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS DE PROTEÇÃO A MULHER

É importante tratar das normativas internacionais que influenciaram o sistema normativo nacional de Direitos Humanos, dada a relevância ao tema, no que



tange a evidenciar que a violação de direitos da mulher, assim como a do homem, além de ser uma afronta desmanteladora e persuasiva à pessoa humana é uma violação expressa aos seus direitos humanos.⁵

Também se quer compreender melhor o desencadeamento da violência de gênero por parte do sujeito masculino. Sujeito esse que, até então, era absoluto em relação ao poder feminino, identificada como dependente e responsável pelos filhos e pela casa. Com base nos tempos atuais, alguns homens estão mais participativos e envolvidos com as atividades domésticas, bem como na criação dos filhos, o que significa um ponto positivo.

Além desse enfoque, não dá para deixar de fora a preocupação em estudar, dentro das principais legislações de natureza internacional e nacional, se nelas se faz presente uma delimitação conceitual clara e objetiva da categoria gênero a fim de se aproximar do discurso de poder que impera nas relações sociais, o que, por efeito, prejudica as estratégias de emancipação e do exercício da cidadania.

Estudar acerca das normativas internacionais e nacionais sobre os Direitos Humanos é justamente para explicitar, no trabalho, que toda a violência, independentemente de ser simbólica aos gêneros é uma violação aos Direitos Humanos, mais especificadamente à pessoa humana. Além disso, as reflexões sobre tais normativas são meramente conceituais, o que é muito pertinente, já que se busca desvelar elementos integrativos de conceitos postos no campo social que envolvem o homem e a mulher, sobremaneira maculando estratégias regulamentadoras pelo poder do discurso, pela colonização da linguagem como sendo de origem emancipadoras, o que, com efeito, afeta a cidadania dos sujeitos.

No entanto, é sabido que essas condições são difíceis de serem alcançadas, pois estão repartidas de forma desigual no espaço social. Assim, mesmo que paradoxal, e pela pressão neoliberalista, as pessoas que mais se veem pressionadas pela busca da autonomia são aquelas que estão mais privadas das condições de autonomia. Assim, os Direitos Humanos não foram introduzidos nas políticas internacionais como um ponto decisivo par a dignidade da pessoa humana. Na verdade os Direitos Humanos são mais parte do problema, do que solução, devido à sua fragilidade. Em nenhuma outra área é tão importante reconhecer a possibilidade de concepções contra-hegemônicas dos Direitos Humanos como na área dos modelos de desenvolvimento (SANTOS, 2014).

5 Com o sistema normativo global, surgem os sistemas regionais de proteção, que buscam internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais, principalmente na Europa, América e África. Consolida-se a convivência do sistema global da ONU com instrumentos do sistema regional, por sua vez integrado pelos sistemas interamericano, europeu e africano de proteção aos direitos humanos. Os sistemas global e regional são complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional. Os diversos sistemas de proteção de direitos humanos, somando-se ao sistema nacional de proteção, proporcionam a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais (PIOVESAN, 2014).



Nessa seara, os principais documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário e que tratam, em especial, sobre os Direitos Humanos das Mulheres, são os seguintes: a) Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW); b) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará); c) Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Conferência de Cairo) e d) IV Conferência Mundial sobre a Mulher (Conferência de Pequim- 1994), sendo nesta última que o termo gênero e transversalidade aparecem de forma expressa. Embora as normativas representem mecanismos protetivos, inicialmente as mulheres, a partir delas, se recepcionam de maneira integral também políticas para o homem, dentro de uma releitura da Declaração dos Direitos Humanos, que reconhece a ambos os sexos como destinatários de direitos.

As normativas de ordem nacional e internacional a respeito de matéria de Direitos Humanos sobre gênero se deram a partir do reconhecimento da violação de direitos da mulher pela violência masculina, pelo poder dela exacerbado, que não tem uma única origem e face, mas várias faces, por isso, polissêmicas são suas delimitações conceituais. Antes de qualquer profundidade sobre a legislação nacional é fundamental discorrer sobre os principais comandos normativos internacionais e seus desdobramentos, que implicou mudanças na legislação pátria. Além disso, refletir sobre o termo gênero sob o ponto de vista da lei é relevante, até para verificar se o que está posto na lei, leia-se nas normativas, representa, uma diferença, no aspecto de mudança, inovação e ruptura de paradigma em busca da equidade dos gêneros, ou repetição de discurso patriarcal, quando, dentro das práticas de alguns tribunais,⁶ tem-se observado um descaso, uma colonização do sujeito pelo poder.

Sendo assim, importa reconhecer que os Direitos Humanos nascem das necessidades básicas das pessoas, provenientes de um processo de construção e de reconstruções. Refletem uma filosofia dos valores, particularmente dos valores morais, simbolizado pela luta e ação social. “Para Carlos Santiago Nino, os Direitos Humanos são uma construção consciente vocacionada a assegurar a dignidade humana e a evitar sofrimentos, em face da persistente brutalidade humana” (PIOVESAN, 2014, p. 02).

Neste contexto, a concepção contemporânea de Direitos Humanos, com a sua internacionalização, veio a ser introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993. A proteção

6 Nesta obra em que Santos denomina de nova atitude teórica, prática e epistemológica ou mais precisamente de senso comum jurídico tem por base três premissas: a primeira é uma crítica ao monopólio estatal científico do direito, a segunda consiste no questionamento do carácter despolitizado do direito e da administração da justiça e na necessidade de repolitizar o direito e a justiça como fatores de democratização e a terceira crítica está no novo senso comum jurídico de se ampliar a compreensão do direito como princípio e instrumento da transformação social e politicamente legitimada (SANTOS, 2014, p. 12).



dada aos indivíduos na sociedade pelo sistema protetivo dos Direitos Humanos perpassa concepções meramente locais, se dando na sua ampla interpretação, abrangência e universalização. Em virtude da 1ª e 2ª Guerras Mundiais e, com efeito, com o totalitarismo, ocorre o esvaziamento do sujeito, dada a racionalização e instrumentalidade humana, uma espécie de desumanização dos sujeitos. Em outras palavras, violações de direitos que tinham como fundamento a dicotomia do “eu versus o outro”, em que a diversidade era captada como elemento para aniquilar direitos, tais como sexismo, nazismo, espécies de práticas de intolerância (CAMPOS, 2011, p. 103).

Notadamente ocorreu uma busca pelo movimento feminista, no que tange a uma interpretação e concepção de Direitos Humanos, fundada na diversidade, na diferença, fragilizada em um primeiro instante pela desigualdade formal e material entre os gêneros, necessitando de equidade. “Assim, direito à diferença implica o direito ao reconhecimento de identidades próprias, o que propicia repensar, revisitar e reconceitualizar os Direitos Humanos a partir da relação entre os gêneros, como um tema transversal” (CAMPOS, 2011, p. 105).

Para o enfrentamento da reprodução simbólica e cultural busca-se a efetividade do sistema de proteção universal dos Direitos Humanos, por meio das normativas nacionais e internacionais que tratam da violência de gênero. Para garantir a proteção integral de todas as mulheres contra a violência, inclusive dos homens, o sistema das Nações Unidas desenvolveu regras aplicáveis universalmente que são: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ambos de 1966), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres em 1979 (CEDAW) e da Convenção das Nações Unidas contra tortura e Outras normas de combate ao tratamento cruel, desumano ou degradante. Tais documentos contêm requisitos basilares para a investigação de violência e o estabelecimento de obrigações que visam proteger as mulheres contra violações de direitos humanos e fundamentais (ONU, 2012).

A partir de então, diversos tratados e convenções passaram a ser aprovados pelas entidades internacionais de direitos, o que se deu no processo de internacionalização dos Direitos Humanos. A ratificação dessas novas normas pelos Estados e a caracterização da violência de gênero como violação dos direitos humanos permitiram que esses direitos fossem definidos como universais e, logo, exigíveis tanto no campo internacional, como no contexto interno dos países signatários. Assim, os Estados nacionais passaram a poder ser responsabilizados por ações e omissões de desrespeito aos direitos humanos das mulheres (MARTINS; CERQUEIRA; MATOS, 2015).

Esses instrumentos representam a luta histórica dos movimentos feminista para incluir na agenda internacional os direitos das mulheres como direitos humanos. Estes devem ser garantidos pelo Estado e observados pela sociedade. A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979,



doravante denominada Convenção da Mulher, em vigor desde 1981, é o primeiro tratado internacional que dispõe amplamente sobre os direitos humanos da mulher. São duas as frentes propostas: promover os direitos da mulher na busca da igualdade de gênero e reprimir quaisquer discriminações contra a mulher nos Estados-parte (FROSSARD, 2006).

Em outras palavras, o sistema universal de proteção dos Direitos Humanos por meio do artigo 1º da Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres define a violência contra a mulher como: “qualquer ato de violência com base no sexo feminino que tenha ou possa resultar em uma lesão ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, inclusive ameaças de tais atos, coerção ou privação arbitrária de liberdade, ocorrida em público ou na vida privada” (TRISTAN, 2005, p. 10).

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW é considerada o documento mais importante de defesa dos direitos da mulher. Foi adotada em 1979 pela Assembleia Geral das Nações Unidas após um longo trabalho da Comissão sobre a Condição da Mulher –CSW, que, desde 1946, tem como objetivo formular recomendações ao Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas – ONU. Em março de 1983 o Brasil assinou a Convenção, inicialmente com reservas na parte dedicada à família, e em 1984 ela foi ratificada, desta forma, pelo Congresso Nacional. Somente dez anos depois, em 1994, o governo brasileiro retirou as reservas ratificando plenamente a Convenção. No Brasil, ela tem força de lei, conforme o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal vigente. Em 1999, a Assembleia Geral da ONU adotou o Protocolo Facultativo à Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, assinado em 2001 pelo governo brasileiro e ratificado pelo Congresso Nacional em 2002. Este é outro documento fundamental nesse campo, que pode ser usado pelas mulheres quando o sistema nacional falhar ou se mostrar omissivo na proteção de seus direitos (FROSSARD, 2006).

Neste ponto, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulher (CEDAW), que define a discriminação contra as mulheres, pode ser entendida como o principal mecanismo de proteção e garantia do direito a não discriminação e a igualdade de direitos como forma de efetivar a dignidade humana de mulheres. Diante disso, segundo a própria Convenção, a discriminação se apresenta como um obstáculo para o bem-estar da sociedade no momento em que impede o potencial das mulheres para servir ao seu país e à humanidade (ONU, 2012).

Da mesma forma, reza no seu artigo 1 que para os fins da presente Convenção, o termo "discriminação contra as mulheres" significa qualquer distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que tenha como objetivo ou efeito impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade entre homens e mulheres, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em o outro campo político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro (TRISTAN, 2005, p. 10).



Com efeito, a Convenção foi o primeiro tratado internacional de direitos humanos que utilizou o termo gênero, ainda que não o tenha definido. Dentre os direitos reconhecidos e protegidos destaca-se o direito das mulheres a uma vida sem violência, devendo os Estados adotar políticas orientadas a prevenir, sancionar e erradicá-la (BIANCHINI, 2014). O art. 6º da Convenção reconhece o direito de toda mulher a uma vida livre de violência; seu art. 4º estabelece o direito à igual proteção perante a lei e da lei (letra f). A convenção estabeleceu, dentre outros⁷.

Um ponto de destaque da Convenção é o reconhecimento da relação existente entre a violência de gênero e discriminação: quanto maior a segunda, também maior a primeira. A violência contra as mulheres é decorrência de uma manifestação de poder historicamente desigual entre homens e mulheres, o qual foi, por tempos legitimado juridicamente.

Embasando-se em tais assertivas algumas mulheres não são adeptas ao Dia Internacional da Mulher, pela sua evidente e histórica hipocrisia: elas ainda são discriminadas e exploradas, numa sociedade reconhecidamente machista e patriarcal. Visto por este ângulo, não há mesmo muito a comemorar no dia 08 de março.⁸ Infelizmente, não se muda isso por decreto. Fosse assim, talvez fosse possível pressionar os representantes políticos e os delegados da ONU (homens, na maioria) para que a bem-intencionada homenagem fosse substituída por algo mais coerente,

7 Capítulo III – Deveres dos Estados. Artigo 7º Os Estados- Membros condenam todas as formas de violência contra a mulher e concordam em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas orientadas a prevenir, punir e erradicar a dita violência e empenhar-se em: Parágrafo 1. Abster-se de qualquer ação ou prática de violência contra mulher e velar para que as autoridades, seus funcionários, pessoal e agentes e instituições públicas se comportem conforme esta obrigação. Parágrafo 2. Atuar com a devida diligência para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher. Parágrafo 3. Incluir em sua legislação interna normas penais, civis e administrativas, assim como as de outra natureza que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher e adotar as medidas administrativas apropriadas que venham ao caso (BIANCHINI, 2014, p. 125).

8 O dia 25 de março de 1911 era um sábado, e às 5 horas da tarde, quando todos trabalhavam, irrompeu um grande incêndio na Triangle Shirtwaist Company,¹⁴ que se localizava na esquina da Rua Greene com a Washington Place. A Triangle ocupava os três últimos de um prédio de dez andares. O chão e as divisórias eram de madeira, havia grande quantidade de tecidos e retalhos, e a instalação elétrica era precária. Na hora do incêndio, algumas portas da fábrica estavam fechadas. Tudo contribuía para que o fogo se propagasse rapidamente. A Triangle empregava 600 trabalhadores e trabalhadoras, a maioria mulheres imigrantes judias e italianas, jovens de 13 a 23 anos. Fugindo do fogo, parte das trabalhadoras conseguiu alcançar as escadas e desceu para a rua ou subiu para o telhado. Outras desceram pelo elevador. Mas a fumaça e o fogo se expandiram e trabalhadores/as pularam pelas janelas, para a morte. Outras morreram nas próprias máquinas. O Forward publicou terríveis depoimentos de testemunhas e muitas fotos. Morreram 146 pessoas, 125 mulheres e 21 homens, na maioria judeus. A comoção foi imensa. No dia 5 de abril houve um grande funeral coletivo que se transformou numa demonstração trabalhadora. Apesar da chuva, cerca de 100 mil pessoas acompanharam o enterro pelas ruas do Lower East Side. No Cooper Union falou Morris Hillquit e no Metropolitan Opera House, o rabino reformista Stephen Wise (BLAY, 2001).



a citar o Dia da Igualdade de Gênero, por outro lado, também é temeroso, pois seria mais um dia. E os outros? Não os outros, mas todos deveriam ser celebrados como Dia da Pessoa Humana, sem distinções. Se for abominável que as mulheres sejam inferiorizadas, submetidas a jornadas triplas de trabalho, condicionadas e rotuladas por padrões estéticos e sociais duvidosos, até mesmo escravizadas e maltratadas em algumas sociedades, também é inaceitável que homens sejam criados para competir, para guerrear, para serem dominadores e opressores.

A nova conjuntura normativa e política internacional, somada aos esforços do movimento feminista brasileiro para a conquista de direitos relativos a uma vida sem violência, impactaram as instituições públicas brasileiras especialmente após o caso de Maria da Penha Fernandes, Recomendação da Comissão Interamericana no caso n.54/01 -, Ao recorrer à Organização dos Estados Americanos (OEA), tendo em vista a impunidade e a morosidade da resposta judicial às tentativas de homicídio que sofreu, Maria da Penha obteve, em 2001, a condenação do Estado brasileiro por omissão e negligência no enfrentamento à violência conjugal. Destaca-se a atuação do movimento de mulheres brasileiro no processo de *advocacy* feminista nesse caso, assim como na proposição do projeto de lei que, mais tarde, viria a se tornar a Lei Maria da Penha (MARTINS; CERQUEIRA; MATOS, 2015).⁹

Nesse cenário de legislações internacionais e movimentos contra a violência de gênero, salienta-se que estas influenciaram significativamente o Brasil, para que de forma impositiva, aderisse no seu ordenamento jurídico uma legislação protecionista à

9 No Brasil, o mais significativo passo à concreção das Declarações de Direitos Humanos das Mulheres, restou evidenciado na Lei 11.340/06. Em 1998, o Centro para Justiça e o Direito Internacional (*CEJIL- Brasil*) e o Comitê Latino-americano do Caribe para Defesa dos Direitos da Mulher (*CLADEM-Brasil*), em conjunto com a vítima, Sr^a. Maria da Penha Maia Fernandes, encaminharam à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA), petição contra o Estado brasileiro, tendo-se em vista o fato do Brasil não estar cumprindo com os compromissos internacionais assumidos para os casos de violência doméstica, então sofrida pela vítima (case n. 12.051). As agressões e ameaças sofridas pela vítima foram constantes durante todo o período em que Maria da Penha permaneceu casada com o agressor, Sr. Heredia Viveiros. Esse temor se concretizou. Em 1983, Maria da Penha sofreu tentativa de homicídio por parte de seu marido, tendo, este, atirado em suas costas, deixando-a paraplégica. Na ocasião, o agressor tentou eximir-se da culpa alegando, para tanto, que se tratava de um caso de tentativa de roubo. Duas semanas após o primeiro ato contra a vida da vítima, Penha sofreu nova tentativa de assassinato, por parte de seu marido, que segunda vez tentou eletrocutá-la durante o banho. Nessa segunda ocorrência, Maria da Penha decidiu colocar um fim no martírio que se transformou a sua vida. Assim, durante as investigações, foi apurado que o Sr. Heredia Viveiros teria agido de forma premeditada, pois semanas antes da agressão tentou convencer Maria da Penha a fazer um seguro de vida em seu favor e, cinco dias antes de sua ação ilícita, obrigou-a a assinar o documento de venda de seu carro, sem que constasse do documento o nome do comprador. Posteriormente à agressão, Maria da Penha conseguiu provas de que o marido era bígamo e tinha um filho em seu país de origem, a Colômbia. Diante deste fato, as peticionárias (CLADEM, CEJIL e vítima), denunciaram a tolerância da violência Doméstica por parte do Estado brasileiro, pelo fato de não ter adotado, por mais de quinze anos, medidas efetivas necessárias para punir o agressor, apenas das denúncias da vítima (CAMPOS, 2012, p. 44, grifo no original).

mulher, - a Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha, que também se estende ao homem, quando reconhece que ele pode ser encaminhado, por exemplo, a um Centro de habilitação e reeducação contra a violência. Diga-se de passagem, que o termo gênero definido nas normativas internacionais, rompe com concepções feministas que o reconheciam para identificar a mulher. Abrange além dessa concepção, o que significa um diferencial sob o ponto de vista da lei, como trabalhado segundo Deleuze.

A Lei Maria da Penha-, Lei nº 11340/2006 criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar nos termos do artigo 226, § 8º da CF/88 e das Convenções ratificadas, já tratadas anteriormente pelo Brasil. Também motivou o Estado brasileiro a criar uma Secretaria Especial de Políticas para Mulheres. Além disso, dispõe sobre a criação de Juizados Especiais de Violência Doméstica e familiar. Possibilita que o homem autor de violência de gênero seja preso em flagrante ou tenha sua prisão preventiva decretada, quando ameaçar a integridade física da mulher e filhos. Afastamento do agressor do lar, nos casos de risco para mulher e filhos; Tipifica de violência doméstica contra a mulher. A mulher só poderá renunciar à denúncia perante o Juiz. Ficam proibidas as penas pecuniárias (pagamento de multas ou cestas básicas), etc. A mulher deverá estar acompanhada de um advogado ou Defensor Público; Retira dos Juizados Especiais Criminais a competência para julgar crimes de violência contra a mulher (CAMPOS, 2012).

As diretrizes e princípios, então preceituados na Lei 11.340/06, estão diretamente vinculados às concepções humanitárias, asseverando-nos que a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos. O art. 1º da mencionada Lei traz importantes princípios, que são: a) Princípio da dignidade da pessoa humana; b) Princípio da máxima proteção; c) Princípio da integração sistêmica; d) Princípio da finalidade social como método de Interpretação; e) Princípio da celeridade ou da urgência; f) Princípio da informalidade; g) Princípio do atendimento integral (vítimas, dependentes e agressor) e h) Princípio da prioridade processual, com especial atenção às crianças e adolescentes (CAMPOS, 2012).

Importante ressaltar que a lei destaca em sua síntese inovações no sistema jurídico- legislativo do Brasil. São sete as Inovações trazidas pela lei de proteção as mulheres com suporte na CF/88: a) Mudança no enfrentamento da violência de gênero com ótimas repercussões na área da infância; b) Incorporação da perspectiva de gênero para tratar a desigualdade; c) Incorporação da ótica preventiva, integrada e multidisciplinar; d) Fortalecimento da ótica repressiva; e) Harmonização com a Convenção CEDAW – ONU e Belém do Pará; f) Consolidação de um conceito ampliado de família; g) Visibilidade ao direito à livre orientação sexual e h) Criação de banco de dados e estatísticas.

Portanto, todos esses elementos combinados ainda mantêm a mulher na exclusão social, política, econômica e jurídica. Cabe ressaltar que muito já se avançou, mas neste sentido, a despeito do Brasil ter implementado e efetuado várias medidas, a violência de gênero, em especial contra a mulher é uma realidade a ser enfrentada arduamente. Dentro dessas dificuldades é importante salientar a carência



ou insuficiência de Centros de educação para homens autores na violência de gênero.

Nesse aspecto o gênero no contexto dos Direitos Humanos passa a ser reconhecido no sentido relacional e transversal do termo, como aquele que necessariamente precisa perceber o sujeito masculino, pois dessa forma é que todo o debate proposto em cima da proteção humana contra a violência de gênero encontrará sua melhor razão de ser.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, enquanto objetivo de abordagem, os aportes teóricos e suas especificidades conceituais que circundam a violência de gênero ao longo dos tempos na legislação nacional e internacional, trabalhando com autores como Deleuze, Foucault e Pierre Bourdieu na verificação e desconstrução dos elementos que constituem os conceitos de gênero, e secundariamente de outras categorias como políticas públicas, justiça para refletir e pensar algo sob outro prisma. Significa dizer, pensar em uma justiça social voltada aos gêneros, depois de rompido com os velhos mitos e entendimentos sobre o que está posto.

O diálogo com os autores, sob a perspectiva de desconstruir conceitos como gênero, as políticas públicas e a justiça, para conhecer seus elementos que se deram dentro de contextos históricos e com reflexos na lei teve por objetivo avançar teoricamente, no sentido de propor algo novo e diferente no lugar, diga-se, um outro entendimento sobre as categorias que formarão novos conceitos que convirjam na práxis da comunidade. Sendo assim, a desconstrução do termo gênero, serviu para poder reafirmar e propor a necessidade de se ter uma política pública de prevenção para os homens autores de violência de gênero. Para isso, foi preciso desvelar e desconstruir conceitos, de maneira a olhar, dentro do Judiciário em parceria com a comunidade, outros caminhos de justiça voltada à reciprocidade dos sujeitos.

Em outro enfoque de conversação e reconhecimentos dos sujeitos de direitos, principalmente do homem que na concepção mais conservadora do feminismo, acaba ficando um tanto deslocado do protagonismo necessário, que em nenhum momento houve a intenção da lei 11.340/2006 reservar-lhe exclusivamente a punição; ao contrário, objetiva-se a responsabilização, a prevenção e a reparação por meio do encaminhamento do sujeito masculino as Centros de reabilitação e educação, ao se envolverem em crimes de gênero. Com efeito negativo, se tem a notícia que não existem muitos Centros no Brasil, e o pouco que tem, não há muita visibilidade do trabalho lá desenvolvido, reforçando, ainda mais, a invisibilidade da figura masculina nas políticas públicas voltadas ao gênero, restringindo-as para o atendimento às mulheres.

A respeito do conteúdo conceitual de direitos humanos foi relevante trabalhar com as principais normativas nacionais e internacionais, entre elas, convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como Convenção do Belém do Pará, o que auxiliou a compreender a



importância delas no que tange ao enfrentamento e à prevenção da continuidade do ciclo da violência de gênero.

Além disso, acerca do sentido e desmembramento do conteúdo conceitual do termo gênero, suas imbricações dentro da lógica dos Direitos Humanos, observando que o sentido do conceito gênero é contemporâneo, e com base na diversidade do local dada a cultura e identidade específica no âmbito prático é arenoso, exigindo uma certa cautela e precaução, para que o seu emprego não continue deixando o homem autor de violência de gênero de fora da política protetiva e de cunho integral, pois delimitar a violência de gênero às mulheres, como sendo uma violação de Direitos Humanos dela, deixa claro a reprodução da linguagem do feminismo conservador e punitivo, que não reconhece o homem mais como um sujeito, ao contrário o percebe como um estranho. Sabidamente, o estranho, passa à condição de inimigo, e isso, a título de ilustração, é a concretização dos efeitos que a linguagem colonizadora dos direitos humanos universais pode causar nas relações voltada aos gêneros. Lamentavelmente a violência de gênero contra mulher pelo poder masculino é uma violação aos Direitos Humanos, pois a imposição de vontade materializada contra o outro, arrebatada, aprisiona e rompe com a alteridade, entre outras coisas elementares para o exercício da cidadania e das subjetividades enquanto condição humana. A dialética entre os direitos humanos das mulheres proposto no primeiro capítulo, associado à discussão das políticas públicas de gênero se localiza no quadro de reconhecimento da necessidade da intervenção do Estado, juntamente com a sociedade, em desenvolver ações que assegurem os direitos de cidadania dos que se encontram na condição de vulnerabilidades em termos das suas possibilidades. No entanto, não basta olhar para o gênero e enxergá-lo no feminino, necessário ir também ao encontro do masculino. Reconhecidamente a agenda de gênero nas políticas públicas foi reflexo dos desdobramentos a respeito da condição feminina nos campos público e privado, como foi destacado nas normativas nacionais e internacionais de direitos humanos. Recentemente, diga-se de passagem, desde meados de 80 se tem estudado sobre os homens e as masculinidades com o fito de trazer novos aportes e avançar na discussão em que eles também precisam ser considerados protagonistas juntamente com as mulheres na luta pelos direitos de cidadania. Contudo, não dá para desconsiderar o campo social das desigualdades de poder em que o homem e a mulher estão envolvidos, por isso toda a política pública de gênero voltada aos homens também precisa cuidar para que as ações ou programas não tragam consequências negativas às mulheres e às meninas.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **La condición humana**. Barcelona: Paidós Ibérica S.A, 2005.

BARON, Simon Cohen. **Diferença essencial**: a verdade sobre o cérebro de homens e mulheres. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**: fatos e mitos. 4. ed. São Paulo: Difusão



Europeia do Livro, 1970.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei 11. 340/2006**: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. **Bodies that matter**: on the discursive limits of “sex”. New York: Routledge, 1993.

_____. Variações sobre sexo e gênero. Beauvoir, Wittig e Foucault. In: CORNELL, D.; BENHABIB, S. **Feminismo como crítica da modernidade**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1987.

CAMPOS, A. H.; CORREA, L. R. **Direitos humanos das mulheres**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

CAMPOS, Carmen Hein. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARBONELL. José Carlos Remotti. **La Corte Interamericana de Derechos Humanos**: Estructura, funcionamiento y jurisprudencia. Barcelona: Instituto Europeo de Derecho, 2003.

DELEUZE, Gilles. **Diferença e repetição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2006

DERRIDA, Jacques. Assinatura acontecimento contexto. In: **Margens da filosofia**. Campinas: Papirus, 1991.

DIAS, F. V.; COSTA, M. M. M. **Sistema punitivo e gênero**. Uma abordagem alternativa a partir dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

EWALD, François. **Foucault a norma e o direito**. 1. ed. Lisboa, Portugal, 1993.

FINCO, D.; VIANNA C. C. Meninas e meninos. In: PINTO, Graziela Pinto (Coord.). **A mente do bebê**: o fascinante processo de formação do cérebro e da personalidade. 2. ed. São Paulo: Duetto, 2008.

FIZ-ZAMUDIO, Héctor. La evolución del derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latino-americanas. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, Brasília, v. 45/46, n. 84/86, dez. 1992/maio 1993.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1996.

_____. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. 18. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007.

_____. **Microfísica do poder**. 27. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2009.

_____. **Nascimento da biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

FROSSARD, Heloisa (Org.). **Instrumentos internacionais de direitos das mulheres**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2006.

MARTINS, A. P. A.; CERQUEIRA, D.; MATOS, M. V. M. A institucionalização das políticas



públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres no Brasil. Nota Técnica nº 13. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, 2015.

ONU. Protocolo de actuación para la investigación del feminicidio. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Fiscalía General de la República. El Salvador - San Salvador, 2012, p.58.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do Direito. Revista dos Tribunais, 2008.

SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES. Presidência da República. Disponível em: <www.spm.gov.br/sobre/a-secretaria>. Acesso em: 18 mar. 2015.

TRISTAN, Flora. **La violencia contra la mujer**: Feminicidio en el Perú. Lima, Perú, 2005.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015**. Homicídios de Mulheres no Brasil. Brasília: DF, 2015.



CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: A GESTÃO DEMOCRÁTICA E COOPERATIVA COMO ESTRATÉGIA¹

Mônia Clarissa Hennig Leal²

Rosana Helena Maas³

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário, hodiernamente, aparece como um importante espaço de concretização dos direitos fundamentais e como forma de efetivação de políticas públicas que se apresentam ineficazes ou omissas. Todavia, as decisões prolatas, em se tratando de políticas públicas⁴, muitas vezes agravam ainda mais as dificuldades orçamentárias já vivenciadas pelos Poderes Públicos.

Em face disso, apresenta-se como problema central de análise do presente

- 1 Este artigo é resultante das atividades desenvolvidas junto ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq), vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.
- 2 Pós-doutorado pela Universität Heidelberg (Ruprecht-Karls) (2007) e doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2005) e doutorado sanduíche pela Universität Heidelberg (Ruprecht-Karls) (2004). Professora concursada da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, onde ministra as disciplinas de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas (Doutorado em Direito), de Jurisdição Constitucional (Mestrado em Direito), de Ações Constitucionais e de Metodologia da Pesquisa (Pós-Graduação Lato Sensu) e de Teoria e de Direito Constitucional (Graduação em Direito). É bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq e coordenadora do grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” e autora de livros e artigos publicados no Brasil e no exterior. É coordenadora adjunta do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, onde também atua na coordenação do Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas - CIEPPP, que conta com recursos do FINEP. E-mail: moniah@unisc.br.
- 3 Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (2016), com doutorado sanduíche na *Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald, Rechts – und Staatswissenschaftliche Fakultät*, Greifswald, na Alemanha (2016). Professora concursada da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, onde disciplina no Curso de Direito as matérias atinentes ao direito civil, ao direito constitucional e teoria do direito. É integrante do grupo de estudos “Jurisdição Constitucional aberta” coordenado pela Profa. Pós-Doutora Mônia Clarissa Hennig Leal e vinculados e financiados pelo CNPq. E-mail: rosanamaas@unisc.br.
- 4 Como exemplo, pode-se citar a área da saúde, em que, ao determinar o fornecimento de determinados medicamentos aos demandantes, o Poder Judiciário acaba, muitas vezes, prolatando decisões que possuem amplo impacto orçamentário, seja pela determinação de fornecimento de medicamentos e tratamentos de alto custo, seja pelo somatório de ações ajuizadas.



artigo o seguinte: é possível que a gestão democrática e o diálogo/cooperação entre os três Poderes configure um “contraponto” ao controle jurisdicional de políticas públicas, a fim de viabilizar um atendimento mais eficaz e mais eficiente à população e um planejamento e uma otimização das políticas públicas?

Este trabalho possui como método de abordagem o hipotético-dedutivo, que irá partir do estudo das principais críticas e teorias envolvendo o controle jurisdicional de políticas públicas, como traz-se a gestão democrática e o diálogo/cooperação entre os três Poderes como estratégia de otimização de políticas públicas. O método de procedimento a ser utilizado será o analítico; em termos de técnica de pesquisa, utiliza-se a bibliográfica, o que irá proporcionar o estudo aqui pretendido.

Na construção da resposta ao problema proposto, serão enfrentados dois pontos de análise: no primeiro, verificar-se-á, através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF, julgada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, as principais discussões atinentes ao controle jurisdicional de políticas públicas, referentes à separação de poderes, à teoria da reserva do possível e do mínimo existencial; como segundo e derradeiro, apresentar-se-á a gestão democrática e o diálogo/cooperação entre os Poderes como forma de efetivação e otimização de políticas públicas, visando-se, assim, a contribuir para o desenvolvimento de novos referenciais atinentes à atuação do Poder Judiciário no controle de Políticas Públicas.

2 CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E SUAS PRINCIPAIS CRÍTICAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA ADPF 45/DF

A possibilidade de se submeter uma política pública ao controle jurisdicional é trazida pela própria Constituição brasileira, diante da garantia prevista no inciso XXXV do artigo 5º, que estatui que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BUCCI, 2006). Logo, na medida em que haja políticas públicas que transgridam direitos fundamentais, individuais ou sociais, seja em razão de omissão, ineficiência ou desvirtuamento, esse Poder não pode se omitir em decidir. Aliás, em sendo o Poder Judiciário o guardião das leis e da Constituição, deve julgar todos os casos que lhe forem trazidos para resolução, independente de se tratar de direitos fundamentais ou não (LIBERATI, 2013, p. 52).

Dessa forma, se a Constituição preceitua que um direito, liberdade ou prerrogativa deve ser garantido pelos Poderes Públicos e esses descumprem, cabe ao Poder Judiciário, na condição de “guardião da Constituição”, exercer seu papel de fazer cumprir os preceitos da Lei Maior (LIBERATI, 2013).

Nesse contexto, reporta-se que a questão que permeia a discussão do controle jurisdicional de políticas públicas diz respeito ao fato de que, originariamente, na concepção cunhada por Kelsen, a função do Tribunal Constitucional era apenas de fiscalização e de controle, ou seja, ele atuaria na forma de legislador negativo, fazendo tão-somente uma análise das leis contrárias à Constituição, excluindo-as do



sistema jurídico (LEAL, 2007). Dessa forma, sua tarefa não seria a de criar a norma, mas apenas interpretá-la, o que não levaria a uma disputa entre os Poderes, havendo respeito a sua separação e independência (RUIZ, 2010).

Particularmente ao controle jurisdicional de políticas públicas, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal realiza o controle de políticas públicas quando detecta a omissão ou a ineficácia das mesmas, porquanto seu discurso⁵ centra-se no fato de que, frente à dimensão política da jurisdição constitucional, não pode abster-se de concretizar os direitos fundamentais, aí incluídos os direitos econômicos, sociais e culturais. E, por isso, apesar de não se incluir no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas do Supremo Tribunal Federal em particular, a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (visto que, primariamente, essa tarefa cabe aos Poderes Legislativo e Executivo), excepcionalmente tal incumbência poderá ser atribuída ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem aos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional.

Veja-se, o Poder Legislativo é o primeiro a garantir esses direitos, devendo o Poder Executivo os executar, estando ambos omissos e o Poder Judiciário provocado, ele deverá, por sua função constitucional, julgar a demanda envolvendo as políticas públicas, a ele a omissão não é permitida.

Então, o que se observa é que, em caráter excepcional, o Supremo Tribunal Federal, apesar de afirmar que com isso não fere o princípio da separação de Poderes, pode atuar nas esferas de competência reservadas aos demais Poderes Públicos e na discricionariedade administrativa e legislativa.

Bucci (2013, p. 192) afirma que o problema não consiste em se pode haver ou não o controle judicial, mas na forma com que esse controle é realizado, ou seja, o conteúdo e o limite da decisão judicial, que muitas vezes manda cumprir ou implementar determinada política sem levar em consideração se há reserva orçamentária suficiente e a alocação de recursos para tal fim.

Nesse diapasão, a grande questão que permeia esta “interferência” do Judiciário nos demais Poderes é que, dessa forma, ele acaba desorganizando o planejamento e as finanças dos Municípios, dos Estados e da União. A interferência judicial tem obrigado os administradores a redefinirem prioridades e a alterar a alocação de recursos já previamente definida. Além disso, com esses recursos que estariam sendo destinados a cumprir as decisões judiciais, destinando-se a atender situações particulares, seria possível construir novos hospitais e unidades de pronto atendimento, beneficiando um número maior de pessoas. Por isso, há críticas no sentido de que

5 Destaca-se que, para tal abordagem, utiliza-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF, devido à sua proeminência em sede de controle jurisdicional de políticas públicas, sendo invocada como referência na quase totalidade das decisões referente ao assunto, como já foi referido alhures.



seria um excesso de ativismo e que decisões desse porte prejudicam a coletividade, uma vez que os recursos são finitos e, na maioria das vezes, escassos. Ademais, há, ainda, referências a uma suposta “cumplicidade” entre médicos, laboratórios e advogados para a concessão de liminares (SADEK, 2011).

Para prosseguir, assevera-se que a limitação financeira do Estado em concretizar os direitos fundamentais através de políticas públicas é travada pela discussão que envolve as teorias germânicas da reserva do possível e do mínimo existencial. Com olhar nessas teorias, veja-se a decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. (ADPF 45 MS/DF – DISTRITO FEDERAL, MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRESEITO FUNDAMENTAL, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 29/04/2004).

Destaca-se que a construção teórica da reserva do possível tem origem germânica, especialmente a partir de 1970. De acordo com essa teoria, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria condicionada à reserva da capacidade financeira do Estado, visto que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financeiras dos cofres públicos. A partir disso, a teoria passou a ser compreendida no sentido de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade essa, todavia, que estaria localizada no campo da discricionariedade das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. Essas noções foram desenvolvidas pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, que, desde o caso denominado *numerus clausus* - cujo objeto de controvérsia era o artigo 12, §1º, da Lei Fundamental de Bonn, que assegura a todos os alemães o direito de escolher livremente a sua profissão, o local de trabalho e o seu lugar de formação, devido ao número limitado de vagas para o curso de Medicina - em que se firmou o entendimento no sentido de que a prestação que se pretende deve corresponder àquilo que o sujeito pode, razoavelmente, exigir da sociedade. De tal modo, mesmo



que o Estado disponha de recursos e tenha o poder de disposição sobre os mesmos, não se pode prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável (FIGUEIREDO; SARLET, 2008).

Dessa forma, em sua origem, a reserva do possível foi cogitada no sentido do que o indivíduo pode, razoavelmente, exigir da sociedade. Todavia, no Brasil, a reserva do possível acaba sendo entendida como “reserva do financeiramente possível”, no sentido de que do Estado somente poderia ser exigida a execução dos direitos sociais se houvesse efetiva capacidade financeira para tanto. Todavia, destaca-se que não é o Estado quem fixa o montante de recursos disponíveis para a concretização de ações, e sim o Poder Legislativo, que ajusta o orçamento pretendido pelo Estado, elegendo e definindo as prioridades, para o que, muitas vezes, realiza “escolhas trágicas” ao decidir onde irá alocar esses recursos (LIBERATI, 2013).

Em suma, deve-se compreender que a reserva do possível não pode ser compreendida apenas como uma teoria que possui vinculação com a questão orçamentária do Estado, ela envolve, também, a proporcionalidade e a razoabilidade das prestações, relacionando-se àquilo que o indivíduo pode pretender exigir da sociedade nesse sentido.

Entretanto, o que se observa é que, quando se trata de políticas públicas relacionadas a direitos fundamentais, a teoria da reserva do possível esbarra em outra, que consiste na garantia do mínimo existencial, também de origem alemã. O mínimo existencial é compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, uma vida saudável, constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo esse intocável pela intervenção por parte do Estado e da sociedade (FIGUEIREDO; SARLET, 2008).

Ainda mais, o mínimo existencial refere-se à proteção constitucional de um conjunto de direitos fundamentais essenciais para a manutenção da vida com dignidade, ou seja, seu núcleo está no princípio da dignidade da pessoa humana, o que exclui, de plano, a possibilidade de lhe atribuir o significado de um mínimo vital, apto a manter a pessoa viva fisicamente e, portanto, mais relacionado ao direito à vida (LIBERATI, 2013).

Todavia, o que se observa nas decisões que envolvem direitos fundamentais sociais é que, frente ao mínimo existencial, a teoria da reserva do possível é tratada como forma do Estado se desonerar da incumbência de realizar os direitos fundamentais:

Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘reserva do possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’.



[...]

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL, 2004, <<http://www.stf.jus.br>>)

Dito isso, a questão que se coloca sob o prisma da reserva do possível consiste na “pulverização” dos conflitos na arena judicial - mesmo quando essas ações são impetradas pelo Ministério Público, com fins e interesses coletivos, o que, todavia, não impede que ocorra de forma desordenada e sem a racionalidade e proporcionalidade desejadas a seleção de prioridades segundo as condições concretas que cada grupo de interesse carece (BUCCI, 2006).

Dessa forma, gera o efeito indesejado que é o deslocamento do processo de seleção de prioridades e reserva de meios, fundamental na construção de qualquer política pública pelos Poderes Executivo e Legislativo, que elaboram e planejam o orçamento público, sob uma ótica global, diferente do que ocorre em ações judiciais, em que a perspectiva é individual ou de um grupo determinado, sem a abrangência que as leis orçamentárias possuem, seja no âmbito municipal, estadual ou federal (BUCCI, 2006).

Entende-se, portanto, que, para se dar conta dessa problemática, impõe-se uma deliberação responsável a respeito da destinação de recursos, o que remete à necessidade de que seja buscado um aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática (FIGUEIREDO; SARLET, 2008).

Também, em caráter emergencial, tem-se que deve haver uma conscientização dos órgãos do Poder Judiciário, que eles podem e devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas que, ao fazerem isso, devem agir com máxima cautela e responsabilidade, sem que tal postura comprometa a efetivação de outras políticas públicas, sem que tal conduta importe em uma desestruturação do orçamento (FIGUEIREDO; SARLET, 2008).

Nesse sentido, encerra-se as considerações pertinentes ao controle jurisdicional de políticas públicas trazendo a importância da gestão democrática e o diálogo/cooperação entre os três Poderes como “contraponto” à intervenção jurisdicional, tema que será abordado a seguir.



3 A GESTÃO DEMOCRÁTICA E COOPERATIVA COMO ESTRATÉGIA AO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A adoção, pela Constituição brasileira, do princípio democrático não se reduz apenas a um modelo de democracia representativa típica do modelo liberal, que legitima a participação da sociedade através do voto. Representação não é sinônimo de democracia. Necessita-se de participação social, de divisão de tarefas entre os governantes e a sociedade, a fim de concretizar o bem comum, de retirar a decisão unicamente das mãos dos governantes para ser oriunda de um diálogo da sociedade, destinatária do serviço prestado, da política a ser implementada, com o intuito de diminuir a ineficácia, a omissão desses serviços e, por consequência, seu controle jurisdicional. Com isso, haverá a construção de um novo espaço público, de uma gestão participativa, do fortalecimento da própria democracia (LIBERATI, 2013).

Nesse sentido, importante mencionar o pensamento do constitucionalista alemão Peter Häberle, que traz a participação como um elemento essencial do Estado Social. Destaca-se que o autor trabalha com a noção de “status activus processualis”, abrangendo a teoria dos status de Jellinek, no sentido de que é preciso trazer instrumentos, procedimentos, para que a cidadania possa se desenvolver, trabalha com a questão da participação através do procedimento. Afirma, também, que a proteção dos direitos fundamentais, em um Estado Social, não pode ser tida como uma proteção *a posteriori*, devendo dar-se mediante “dois procedimentos”, ou seja, de forma bidirecional: por um lado, através da proteção jurídica que, em sentido estrito, dispensa os tribunais; e, por outro, em sentido amplo, através de caráter não judicial, pois, como os direitos fundamentais sociais possuem a particularidade de poderem ser realizados por diferentes meios, mais do que nunca se impõe um procedimento aberto de construção de seus significados. Está-se, assim, diante de um *due process fundamental* (HÄBERLE, 2002).

Para continuar, assevera-se que as atuais transformações no papel do Estado e em suas relações com a sociedade impõem novos modelos de gestão; esta com o intuito de abandonar uma gestão concentrada nas mãos dos governantes para redimensioná-la a estruturas descentralizadas e com modalidades inovadoras de parcerias entre entes estatais e organizações sociais e até mesmo empresariais. Nesse sentido, pode-se citar o caso dos fóruns temáticos, dos conselhos gestores de políticas públicas e do orçamento participativo (CARVALHO; DIAS, 2013).

Entretanto, não são apenas elogios a essa forma de gerir o bem público, há também críticas no sentido de que essa forma de gestão acaba sendo uma maneira de suprir as lacunas deixadas pelo Poder Legislativo e Executivo:

A gestão participativa permite novas formas de intermediação entre o Estado e a sociedade civil, já que dois outros mecanismos de interação Estado-sociedade, comumente utilizados, não são fortes do Brasil. O poder legislativo continua a ser amplamente subordinado ao poder executivo. O executivo é mais forte em nível municipal, do



que em estadual ou federal. O poder legislativo poderia ser uma via potencial, por meio do qual os cidadãos e líderes comunitários poderiam pressionar as autoridades de governo, mas, dada a sua debilidade institucional, e a força esmagadora do executivo, há poucos incentivos para que os líderes da comunidade busquem-no. Na ausência de um processo legislativo que traduza as demandas dos cidadãos em resultados políticos, a gestão participativa preenche essa lacuna. (WAMPLER, 2010, p. 396).

Todavia, apesar das inúmeras críticas, esse modelo de gestão não pode ser compreendido, simplesmente, como uma alternativa à falta de atuação adequada dos poderes públicos; ele precisa ser compreendido como uma forma de gestão com caráter axiologicamente identificado com os fundamentos materiais do Estado Democrático de Direito, que pressupõe a participação como estratégia operacional e como forma de realização de seus fins.

Em seguimento, corroborando a ideia de uma administração pública democrática, traz-se com Brugué e Gallego (2007, p. 43) que essa forma de governar não se trata de uma audácia, de uma utopia: “los mundos de la administración y de la democracia, en definitiva, se nos presentan como las dos caras de una misma moneda: ser cara y cruz a la vez es imposible, mientras que no se puede ser cara sin cruz, ni cruz sin cara”.

É importante assinalar que essa “nova” maneira de governar, isso em contraposição à tendência histórica de centralizar todas as ações nas mãos dos governantes, é recente, surge após a 2ª Guerra Mundial, em que os governados, desiludidos, com as formas totalitárias de poder e com a parcial destruição de vários países da Europa, com os vários problemas oriundos da mesma (fome, doenças, precariedade nos transportes, entre outros), implantam novas formas de Estado, em que as características permitem a aproximação da população das decisões públicas (LIBERATI, 2013).

Destaca-se que, na América Latina, fatores como a flexibilização, a integração e a interdependência na gestão são concomitantes ao processo de democratização, e tal processo foi responsável por profundas alterações no tecido social. Dessa maneira, a partir disso, verificam-se inúmeras organizações sociais, uma nova consciência cidadã, reivindicando maior participação nos processos de gestão das políticas públicas (CARVALHO; DIAS, 2013).

Nesse rumo, destaca-se que a Constituição brasileira de 1988, tida como “Constituição cidadã”, formalizou esse processo de distribuição de responsabilidades, visto que definiu a participação da sociedade no processo da gestão pública, em cumprimento dos mandamentos constitucionais e na consolidação da democracia. Dessa forma, “acredita-se na importância da eficácia da gestão pública e na democratização das relações políticas e sociais, que, conseqüentemente, fortalece a democracia” (LIBERATI, 2013, p. 141).



Ainda, em diversos momentos a Constituição pátria consagrou a importância da participação popular, como no caso do plebiscito, do referendo e de projetos de lei de iniciativa popular, só para citar. Entende-se, porém, que a concepção de participação incorporada pela Constituição Federal é mais ampla, no sentido de a sociedade participar da gestão da coisa pública, ou seja, uma participação não apenas em sentido “formal”, mas dotada também de uma forte dimensão “material”.

Assim, o legislador constitucional e infraconstitucional entendeu que a sociedade deveria participar e contribuir na administração pública. Para elucidar, ainda, assevera-se que essa forma de gestão, onde se chama a sociedade para participar, pode ser entendida, segundo Wampler (2010, p. 395), da seguinte maneira:

[...] a devolução aos cidadãos do poder de decisão na formulação de políticas locais, através da estruturação de espaços que conformam a participação tanto do Estado, quanto da sociedade civil, produz novas formas de engajamento entre estes atores. Instituições de gestão participativa estão, agora, produzindo novas redes, novos mecanismos de comprometimento sobre acordos firmados e novos tipos de conexão entre ativistas de movimentos sociais, líderes comunitários, especialistas em políticas públicas, burocratas e as prefeituras.

E é com esse fito que se abarca a importância dessa participação social, a fim de realizar uma gestão mais consciente e eficiente na implementação de políticas públicas, não podendo ela ser encarada ou percebida como uma forma de eventualmente se reduzir ou substituir a atuação do Estado.

Dessa maneira, o Estado precisa se aliar à sociedade a fim de gerir os problemas sociais, econômicos e até culturais, com o objetivo de dar concretude às políticas públicas necessárias a essa sociedade (LIBERATI, 2013). No entanto, essa participação da sociedade não pode somente ser fundamentada no sentido de se tornar um “remédio” para as mazelas do Estado, para sua ineficiência. Tem-se como um ideal a ser seguido que a própria sociedade participe na concretização dos seus direitos. Menciona-se, daí, que “*la democratización de la administración mejora la democracia porque permite completar la participación en la política con la participación en las políticas*” (BRUGRÉ; GALLEGOS, 2007, p. 47).

Por isso, advoga-se no sentido que uma gestão democrática, participativa, que envolva a sociedade na implementação e consecução de políticas públicas, poderá diminuir as demandas frente ao Poder Judiciário, pois tenderá a aumentar a efetividade dessas mesmas políticas públicas ao integrar os seus destinatários em sua gestão.

Para esse fim tem-se a criação de comunidades de políticas públicas que compreendem na reunião de especialistas em políticas públicas (*policy experts*), burocratas, gestores públicos e líderes comunitários, para desenvolver uma linguagem e uma base de conhecimento comuns, a fim de que se permita tratar dos problemas



de forma coletiva e semelhante. Os líderes comunitários são, assim, incluídos nos debates políticos, para incentivar a participação (WAMPLER, 2010):

Os ativistas da sociedade civil trabalham dentro de suas comunidades de origem (mais frequentemente uma vila ou favela), ou em arenas de políticas públicas (por exemplo, habitação ou saúde), para organizar as demandas dos cidadãos interessados. Para os cidadãos, o líder da comunidade é o seu representante no Estado, trazendo suas demandas, questões e problemas a atenção dos gestores públicos. O segundo ator criado nesse processo é o funcionário de médio escalão do governo, nomeado para interagir com os líderes comunitários de forma constante. Esse funcionário do governo recebe as demandas dos líderes comunitários .e, em seguida, retransmite as demandas horizontalmente (de um departamento para o outro), bem como verticalmente pelo governo (por exemplo, via secretários ou chefes de gabinete). Assim, a comunidade de políticas públicas cria espaços institucionais formais por meio dos quais os líderes comunitários e funcionários de médio escalão do governo encontrem soluções para as políticas públicas. (WAMPLER, 2010, p. 299).

Destaca-se, ainda, que vários são os mecanismos para a sociedade participar na deliberação, implementação e controle de políticas públicas: o plebiscito, o referendo e os projetos de lei de iniciativa popular; a instituição de conselhos de gestores com representação na sociedade civil; a participação popular em conferências de políticas públicas; as audiências públicas; os fóruns temáticos condizentes as políticas públicas; entre tantas outras. Também, com vistas a isso, a atuação das organizações não governamentais nos espaços públicos não estatais, tais como ONGs, sindicatos, movimentos sociais, meios de comunicação, universidades, audiências públicas e conferências (CUSTÓDIO, 2013).

Na alçada judicial, mecanismos de participação social e controle de políticas públicas também são encontrados, como as ações civis públicas, as ações coletivas, o instituto do *amicus curiae*⁶ – que tem sua atuação abrangida pelo Novo Código de Processo Civil – e as audiências públicas que hoje ocorrem em nível de Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto, quer se dar uma nota especial aos conselhos gestores de políticas públicas, que, introduzidos pela Constituição de 1988, representam instâncias potenciais para que a governança social ganhe materialidade, pois neles

6 Assevera-se que o instituto do *amicus curiae* pode ser definido como um terceiro que intervém na lide de forma interessada, com um perfil de um terceiro que, apesar não estar litigando, possui interesse na matéria *sub judice* e que pretende, com a sua intervenção, beneficiar os interesses de uma das partes na causa, ou uma determinada posição – visto o caráter objetivo das ações do controle concentrado de constitucionalidade –, abandonando, dessa forma, a sua pretensa neutralidade original ou conceitual (LEAL; MAAS, 2014).



são encontrados espaços para a participação da sociedade civil na formulação, avaliação, implementação e fiscalização de políticas públicas (LIBERATI, 2013).

Destaca-se que esses conselhos estão presentes na maioria dos municípios brasileiros, sendo articulados desde o nível federal, em diversos temas, tais como saúde, educação, moradia, meio ambiente (Conselho de Alimentação Escolar, Conselho Municipal da Saúde, Conselho da Assistência Social, entre outros). Destaca-se que os conselhos representam uma conquista inegável do ponto de vista da construção de uma institucionalidade democrática. Atribui-se sua importância ao fato de que propiciam uma interação, a institucionalização de um diálogo entre o governo e a sociedade, para o fim de haver uma alocação mais eficiente de recursos públicos (LIBERATI, 2013).

Outro aspecto que merece destaque, no sentido de gestão democrática, é a formulação de redes gestoras de políticas públicas, que têm sido vistas como uma solução adequada para administrar projetos nos quais recursos são escassos e os problemas, complexos. Trata-se da união de forças entre os múltiplos atores envolvidos, estabelecendo-se uma gestão pública que não centraliza o processo decisório no aparelho do Estado, mas contempla a complexidade de relações políticas, nutrindo-se, assim, de diferentes canais de participação, buscando conectar as esferas municipal, estadual e federal (CARVALHO; DIAS, 2013):

La cooperación e interacción entre diferentes grupos e individuos en el ámbito de las políticas públicas favorece el aprendizaje colectivo, ya que el intercambio de argumentos y experiencias puede llegar a hacer compatibles sistemas de creencias que de otra manera mantendrían distanciados a grupos de actores. De este modo, la estructuración de la participación y las negociaciones puede ayudar a crear interacciones de mayor calidad. (SUBIRATS, 2007, p. 52).

E, avançando, acredita-se que, para minimizar e reduzir os possíveis impactos e efeitos do controle jurisdicional de políticas públicas é importante estabelecer-se um diálogo, uma cooperação, entre os próprios entes estatais, isto é, entre os três Poderes, visto que o Judiciário, muitas vezes, não tem uma visão ampla do todo e acaba, eventualmente, com a sua decisão, desestruturando o planejamento da política pública.

Tendo em vista esse fim, Bucci (2013, p.199) assevera que

o caminho que se vislumbra, portanto, é a “processualização” das iniciativas objeto dos processos judiciais, isto é, a criação de mecanismos formais ou informais de mediação, por meio de “diálogos institucionais” que permitam o estabelecimento das etapas e meios necessários para a implementação dos direitos e das políticas públicas.



Com tal finalidade, tem-se que poderia cogitar a adoção das chamadas soluções alternativas de controvérsias no setor público, no âmbito do processo civil, com a adoção da mediação e da conciliação. Claro que isso requer o uso de técnicas específicas e seu devido planejamento, o que implica estratégias de tempo, de poder e de informação (BUCCI, 2013). Mas seria mais uma forma de conter os efeitos que a judicialização de políticas públicas muitas vezes causa no orçamento.

Nesse sentido, deve-se citar o Projeto de Lei n. 8.058, de 2014, que visa instituir um processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário, prevendo a mediação e a conciliação nas soluções de controvérsias, como a possibilidade de audiências públicas com representantes da sociedade civil e de instituições e órgãos especializados e a intervenção do *amicus curiae*.

Em conclusão, em face dos diferentes elementos aqui colacionados, acredita-se que uma gestão democrática, participativa, baseada em redes e no diálogo/cooperação entre os entes estatais possibilitará uma maior eficácia no campo das políticas públicas e atenuará eventual ou potencial interferência entre Poderes, minimizando os efeitos do controle jurisdicional de políticas públicas. Isto porque se possibilitará uma racionalização da atuação do Poder Judiciário na determinação de prestação de determinada política pública e estar-se-á auxiliando o Executivo a planejar e a otimizar o investimento dos seus recursos.

Com isso, também se altera a percepção e atuação mecanicista e reducionista do Poder Judiciário, que prioriza as partes, para um pensamento e uma atuação cooperativa, em diálogo, que opera numa perspectiva coletiva. Assim, ter-se-á, como resultado, uma potencial diminuição da judicialização das políticas públicas e, por consequência, do seu controle, contendo, consequentemente, eventuais interferências do Poder Judiciário no orçamento público e aumentando a satisfação social do atendimento público, na busca de maior eficácia e otimização de políticas públicas.

4 CONCLUSÃO

A grande questão, em se tratando de controle jurisdicional de políticas públicas, concerne à separação de Poderes e ao embate entre a teoria da reserva do possível e do mínimo existencial, onde se verifica, nas decisões, de um lado, a existência de um direito fundamental que deveria ser garantido pelas políticas públicas e a garantia ao mínimo existencial e, de outro, os princípios orçamentários e a reserva do possível, o que leva a se apresentar uma alternativa ao controle jurisdicional de políticas públicas, que consiste em uma proposta de gestão democrática das mesmas, trazendo-se a sociedade para participar da implementação, consecução e controle de políticas públicas; e, não só isso, advoga-se, também, em favor do diálogo, baseado na noção de cooperação, entre os três Poderes, o que diminuirá eventuais interferências do Poder Judiciário e aumentará sua eficácia, além de conduzir a um melhor planejamento dessas políticas, pois estarão todos tendo espaço na condução



das políticas públicas para o fim de realizar e concretizar de maneira mais eficaz e eficiente os direitos fundamentais esculpidos na Constituição.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF**, julgada em 29 de abril de 2009. Ministro Celso de Mello (relator). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 06 jul. 2014.

BRUGUÉ, Joaquim; GALLEGÓ Raquel. ¿Una administración pública democrática? In: FONT, Joan (Coord.). **Ciudadanos y decisiones públicas**. Barcelona: Ariel, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica de políticas públicas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

_____. O conceito de política pública em direito. In.: BUCCI, Maria P. D. (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Pedro Luiz Costa; DIAS, Cleidson Nogueira. **Gestão e políticas governamentais para o desenvolvimento regional: a importância das redes de cooperação**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

CUSTÓDIO, André Viana. Avanços e obstáculos à concretização das políticas públicas sociais no Brasil. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I. W; TIMM, L.B (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Traducción de Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Franco, 2002.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. MAAS, Rosana Helena. **O amicus curiae e o Supremo Tribunal Federal: fundamentos teóricos e análise crítica**. Curitiba: Multideia, 2014. No prelo.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no estado constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

RUIZ, Juan Cámara. Judicialización y activismo judicial en España. In: LEAL, R.G.; LEAL, M.C.H. (Org.). **Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, A.P; WATANABE, K (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SUBIRATS, Joan. Nuevos mecanismos participativos y democracia: promesas y



amenazas. In.: FONT, Joan (Coord.). **Ciudadanos y decisiones públicas**. Barcelona: Ariel, 2007.

WAMPLER, Brian. Transformando o estado e a sociedade civil por meio da expansão das comunidades política, associativa e de políticas públicas. In: AVRITZER, Leonardo (Org.). **A dinâmica da participação local no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2010.



O FUNDAMENTAL PAPEL DA MULHER E AS GRANDES TRANSFORMAÇÕES GLOBAIS - AGENDA 2030 ODS - ONU

Patrícia Rosset¹

1 ATUALIDADE DO TEMA

Os debates envolvendo direitos humanos e o planeta permeiam a vida e a forma como vivemos. A *Agenda 2030* traduz os anseios da humanidade e propõe metas para um futuro digno e sustentável, visando promover por meio de uma profunda transformação estratégica, um desenvolvimento para as próximas gerações. A escolha do presente tema traz à baila reflexões acerca dos ODS que compõe a *Agenda 2030*, tendo como premissa o fundamental papel das mulheres como protagonistas essenciais ao resultado pretendido. Compreender a importância da previsão normativa face às metas orientadas na valoração dos direitos civis, sociais e garantias institucionais postos, atinentes às mulheres, se faz necessário para assimilar a dimensão ambiciosa e almejada por todos os países signatários deste histórico marco global.

2 OS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DO PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS - ODS

Durante a Cúpula das Nações Unidas em setembro de 2015, após quase três anos de discussão, que se iniciou em 2013, envolvendo líderes de governo e de estado, foi adotada a agenda mundial: *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para Desenvolvimento Sustentável*, que tem por fim um plano de ação que deverá orientar as políticas nacionais e as atividades de cooperação internacional nos próximos quinze anos.

Essa oportunidade histórica e sem precedentes reuniu 192 países membros da ONU e a população global. Contou com a participação efetiva do Brasil em todas as sessões da negociação intergovernamental,² que resultou na adoção de uma agenda

1 Doutora em Direito Constitucional – PUC/SP, Mestre em Direito do Estado – Subárea Direito Constitucional – UFPR/PR, Mestre em Filosofia do Direito e Direito do Estado - PUC/SP, onde integra o Grupo de Pesquisas em Direitos Fundamentais; membro da Comissão Especial de Combate à Corrupção e Improbidade Administrativa da Ordem dos Advogados do Brasil/SP; membro efetivo do Instituto dos Advogados de São Paulo e do Distrito Federal; Advogada, Consultora, Professora, Assessora técnico-jurídica aposentada da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo.

2 <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/desenvolvimento-sustentavel-e-meio-ambiente/134-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-ods>



ambiciosa que traduz aspirações e esperanças de cada ser humano, tendo como pilares os denominados cinco P's: pessoas, prosperidade, paz, parcerias e planeta.

Construída sobre as bases estabelecidas pelos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio - ODM, documento final da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável - Rio +20 em 2.000, a *Agenda 2030* é composta por dezessete *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável - ODS* e 169 metas, integrados e indivisíveis, que agregam quatro principais dimensões: social, ambiental, econômica e institucional, a saber:

1. Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares;³ 2. Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável;⁴ 3. Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar

3 **1.1** Até 2030, erradicar a pobreza extrema para todas as pessoas em todos os lugares, atualmente medida como pessoas vivendo com menos de US\$ 1,25 por dia. **1.2** Até 2030, reduzir pelo menos à metade a proporção de homens, mulheres e crianças, de todas as idades, que vivem na pobreza, em todas as suas dimensões, de acordo com as definições nacionais. **1.3** Implementar, em nível nacional, medidas e sistemas de proteção social adequados, para todos, incluindo pisos, e até 2030 atingir a cobertura substancial dos pobres e vulneráveis. **1.4** Até 2030, garantir que todos os homens e mulheres, particularmente os pobres e vulneráveis, tenham direitos iguais aos recursos econômicos, bem como o acesso a serviços básicos, propriedade e controle sobre a terra e outras formas de propriedade, herança, recursos naturais, novas tecnologias apropriadas e serviços financeiros, incluindo microfinanças. **1.5** Até 2030, construir a resiliência dos pobres e daqueles em situação de vulnerabilidade, e reduzir a exposição e vulnerabilidade destes a eventos extremos relacionados com o clima e outros choques e desastres econômicos, sociais e ambientais. **1.a** Garantir uma mobilização significativa de recursos a partir de uma variedade de fontes, inclusive por meio do reforço da cooperação para o desenvolvimento, para proporcionar meios adequados e previsíveis para que os países em desenvolvimento, em particular os países menos desenvolvidos, implementem programas e políticas para acabar com a pobreza em todas as suas dimensões. **1.b** Criar marcos políticos sólidos em níveis nacional, regional e internacional, com base em estratégias de desenvolvimento a favor dos pobres e sensíveis a gênero, para apoiar investimentos acelerados nas ações de erradicação da pobreza

4 **2.1** Até 2030, acabar com a fome e garantir o acesso de todas as pessoas, em particular os pobres e pessoas em situações vulneráveis, incluindo crianças, a alimentos seguros, nutritivos e suficientes durante todo o ano. **2.2** Até 2030, acabar com todas as formas de má-nutrição, incluindo atingir, até 2025, as metas acordadas internacionalmente sobre nanismo e caquexia em crianças menores de cinco anos de idade, e atender às necessidades nutricionais dos adolescentes, mulheres grávidas e lactantes e pessoas idosas. **2.3** Até 2030, dobrar a produtividade agrícola e a renda dos pequenos produtores de alimentos, particularmente das mulheres, povos indígenas, agricultores familiares, pastores e pescadores, inclusive por meio de acesso seguro e igual à terra, outros recursos produtivos e insumos, conhecimento, serviços financeiros, mercados e oportunidades de agregação de valor e de emprego não agrícola. **2.4** Até 2030, garantir sistemas sustentáveis de produção de alimentos e implementar práticas agrícolas resilientes, que aumentem a produtividade e a produção, que ajudem a manter os ecossistemas, que fortaleçam a capacidade de adaptação às mudanças climáticas, às condições meteorológicas extremas, secas, inundações e outros desastres, e que melhorem progressivamente a qualidade da terra e do solo. **2.5** Até 2020, manter a diversidade genética de sementes, plantas cultivadas, animais de criação e domesticados e suas respectivas espécies selvagens, inclusive por meio de bancos de sementes e plantas



para todos, em todas as idades;⁵ 4. Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos;⁶

diversificados e bem geridos em nível nacional, regional e internacional, e garantir o acesso e a repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes da utilização dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados, como acordado internacionalmente. **2.a** Aumentar o investimento, inclusive via o reforço da cooperação internacional, em infraestrutura rural, pesquisa e extensão de serviços agrícolas, desenvolvimento de tecnologia, e os bancos de genes de plantas e animais, para aumentar a capacidade de produção agrícola nos países em desenvolvimento, em particular nos países menos desenvolvidos. **2.b** Corrigir e prevenir as restrições ao comércio e distorções nos mercados agrícolas mundiais, incluindo a eliminação paralela de todas as formas de subsídios à exportação e todas as medidas de exportação com efeito equivalente, de acordo com o mandato da Rodada de Desenvolvimento de Doha. **2.c** Adotar medidas para garantir o funcionamento adequado dos mercados de commodities de alimentos e seus derivados, e facilitar o acesso oportuno à informação de mercado, inclusive sobre as reservas de alimentos, a fim de ajudar a limitar a volatilidade extrema dos preços dos alimentos

- 5 **3.1** Até 2030, reduzir a taxa de mortalidade materna global para menos de 70 mortes por 100.000 nascidos vivos. **3.2** Até 2030, acabar com as mortes evitáveis de recém-nascidos e crianças menores de 5 anos, com todos os países objetivando reduzir a mortalidade neonatal para pelo menos 12 por 1.000 nascidos vivos e a mortalidade de crianças menores de 5 anos para pelo menos 25 por 1.000 nascidos vivos. **3.3** Até 2030, acabar com as epidemias de AIDS, tuberculose, malária e doenças tropicais negligenciadas, e combater a hepatite, doenças transmitidas pela água, e outras doenças transmissíveis. **3.4** Até 2030, reduzir em um terço a mortalidade prematura por doenças não transmissíveis via prevenção e tratamento, e promover a saúde mental e o bem-estar. **3.5** Reforçar a prevenção e o tratamento do abuso de substâncias, incluindo o abuso de drogas entorpecentes e uso nocivo do álcool. **3.6** Até 2020, reduzir pela metade as mortes e os ferimentos globais por acidentes em estradas. **3.7** Até 2030, assegurar o acesso universal aos serviços de saúde sexual e reprodutiva, incluindo o planejamento familiar, informação e educação, bem como a integração da saúde reprodutiva em estratégias e programas nacionais. **3.8** Atingir a cobertura universal de saúde, incluindo a proteção do risco financeiro, o acesso a serviços de saúde essenciais de qualidade e o acesso a medicamentos e vacinas essenciais seguros, eficazes, de qualidade e a preços acessíveis para todos. **3.9** Até 2030, reduzir substancialmente o número de mortes e doenças por produtos químicos perigosos, contaminação e poluição do ar e água do solo. **3.a** Fortalecer a implementação da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco em todos os países, conforme apropriado. **3.b** Apoiar a pesquisa e o desenvolvimento de vacinas e medicamentos para as doenças transmissíveis e não transmissíveis, que afetam principalmente os países em desenvolvimento, proporcionar o acesso a medicamentos e vacinas essenciais a preços acessíveis, de acordo com a Declaração de Doha, que afirma o direito dos países em desenvolvimento de utilizarem plenamente as disposições do acordo TRIPS sobre flexibilidades para proteger a saúde pública e, em particular, proporcionar o acesso a medicamentos para todos. **3.c** Aumentar substancialmente o financiamento da saúde e o recrutamento, desenvolvimento e formação, e retenção do pessoal de saúde nos países em desenvolvimento, especialmente nos países menos desenvolvidos e nos pequenos Estados insulares em desenvolvimento. **3.d** Reforçar a capacidade de todos os países, particularmente os países em desenvolvimento, para o alerta precoce, redução de riscos e gerenciamento de riscos nacionais e globais de saúde
- 6 **4.1** Até 2030, garantir que todas as meninas e meninos completem o ensino primário e secundário livre, equitativo e de qualidade, que conduza a resultados de aprendizagem relevantes e eficazes. Até 2030, garantir que todas as meninas e meninos completem o ensino primário e secundário livre, equitativo e de qualidade, que conduza a resultados de aprendizagem relevantes e eficazes.



5. Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas;⁷ 6.

4.2 Até 2030, garantir que todos as meninas e meninos tenham acesso a um desenvolvimento de qualidade na primeira infância, cuidados e educação pré-escolar, de modo que eles estejam prontos para o ensino primário. **4.3** Até 2030, assegurar a igualdade de acesso para todos os homens e mulheres à educação técnica, profissional e superior de qualidade, a preços acessíveis, incluindo universidade. **4.4** Até 2030, aumentar substancialmente o número de jovens e adultos que tenham habilidades relevantes, inclusive competências técnicas e profissionais, para emprego, trabalho decente e empreendedorismo. **4.5** Até 2030, eliminar as disparidades de gênero na educação e garantir a igualdade de acesso a todos os níveis de educação e formação profissional para os mais vulneráveis, incluindo as pessoas com deficiência, povos indígenas e as crianças em situação de vulnerabilidade. **4.6** Até 2030, garantir que todos os jovens e uma substancial proporção dos adultos, homens e mulheres estejam alfabetizados e tenham adquirido o conhecimento básico de matemática. **4.7** Até 2030, garantir que todos os alunos adquiram conhecimentos e habilidades necessárias para promover o desenvolvimento sustentável, inclusive, entre outros, por meio da educação para o desenvolvimento sustentável e estilos de vida sustentáveis, direitos humanos, igualdade de gênero, promoção de uma cultura de paz e não violência, cidadania global e valorização da diversidade cultural e da contribuição da cultura para o desenvolvimento sustentável. **4.a** Construir e melhorar instalações físicas para educação, apropriadas para crianças e sensíveis às deficiências e ao gênero, e que proporcionem ambientes de aprendizagem seguros e não violentos, inclusivos e eficazes para todos. **4.b** Até 2020, substancialmente ampliar globalmente o número de bolsas de estudo para os países em desenvolvimento, em particular os países menos desenvolvidos, pequenos Estados insulares em desenvolvimento e os países africanos, para o ensino superior, incluindo programas de formação profissional, de tecnologia da informação e da comunicação, técnicos, de engenharia e programas científicos em países desenvolvidos e outros países em desenvolvimento. **4.c** Até 2030, substancialmente aumentar o contingente de professores qualificados, inclusive por meio da cooperação internacional para a formação de professores, nos países em desenvolvimento, especialmente os países menos desenvolvidos e pequenos Estados insulares em desenvolvimento

- 7 **5.1** Acabar com todas as formas de discriminação contra todas as mulheres e meninas em toda partes. **5.2** Eliminar todas as formas de violência contra todas as mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas, incluindo o tráfico e exploração sexual e de outros tipos. **5.3** Eliminar todas as práticas nocivas, como os casamentos prematuros, forçados e de crianças e mutilações genitais femininas. **5.4** Reconhecer e valorizar o trabalho de assistência e doméstico não remunerado, por meio da disponibilização de serviços públicos, infraestrutura e políticas de proteção social, bem como a promoção da responsabilidade compartilhada dentro do lar e da família, conforme os contextos nacionais. **5.5** Garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública. **5.6** Assegurar o acesso universal à saúde sexual e reprodutiva e os direitos reprodutivos, como acordado em conformidade com o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento e com a Plataforma de Ação de Pequim e os documentos resultantes de suas conferências de revisão. **5.a** Realizar reformas para dar às mulheres direitos iguais aos recursos econômicos, bem como o acesso a propriedade e controle sobre a terra e outras formas de propriedade, serviços financeiros, herança e os recursos naturais, de acordo com as leis nacionais. **5.b** Aumentar o uso de tecnologias de base, em particular as tecnologias de informação e comunicação, para promover o empoderamento das mulheres. **5.c** Adotar e fortalecer políticas sólidas e legislação aplicável para a promoção da igualdade de gênero e o empoderamento de



Garantir disponibilidade e manejo sustentável da água e saneamento para todos;⁸
 7. Garantir acesso à energia barata, confiável, sustentável e renovável para todos;⁹
 8. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo, e trabalho decente para todos;¹⁰ 9. Construir infraestrutura

todas as mulheres e meninas em todos os níveis

- 8 **6.1** Até 2030, alcançar o acesso universal e equitativo a água potável e segura para todos. **6.2** Até 2030, alcançar o acesso a saneamento e higiene adequados e equitativos para todos, e acabar com a defecação a céu aberto, com especial atenção para as necessidades das mulheres e meninas e daqueles em situação de vulnerabilidade. **6.3** Até 2030, melhorar a qualidade da água, reduzindo a poluição, eliminando despejo e minimizando a liberação de produtos químicos e materiais perigosos, reduzindo à metade a proporção de águas residuais não tratadas e aumentando substancialmente a reciclagem e reutilização segura globalmente. **6.4** Até 2030, aumentar substancialmente a eficiência do uso da água em todos os setores e assegurar retiradas sustentáveis e o abastecimento de água doce para enfrentar a escassez de água, e reduzir substancialmente o número de pessoas que sofrem com a escassez de água. **6.5** Até 2030, implementar a gestão integrada dos recursos hídricos em todos os níveis, inclusive via cooperação transfronteiriça, conforme apropriado. **6.6** Até 2020, proteger e restaurar ecossistemas relacionados com a água, incluindo montanhas, florestas, zonas úmidas, rios, aquíferos e lagos. **6.a** Até 2030, ampliar a cooperação internacional e o apoio à capacitação para os países em desenvolvimento em atividades e programas relacionados à água e saneamento, incluindo a coleta de água, a dessalinização, a eficiência no uso da água, o tratamento de efluentes, a reciclagem e as tecnologias de reuso. **6.b** Apoiar e fortalecer a participação das comunidades locais, para melhorar a gestão da água e do saneamento
- 9 **7.1** Até 2030, assegurar o acesso universal, confiável, moderno e a preços acessíveis a serviços de energia. **7.2** Até 2030, aumentar substancialmente a participação de energias renováveis na matriz energética global. **7.3** Até 2030, dobrar a taxa global de melhoria da eficiência energética. **7.a** Até 2030, reforçar a cooperação internacional para facilitar o acesso a pesquisa e tecnologias de energia limpa, incluindo energias renováveis, eficiência energética e tecnologias de combustíveis fósseis avançadas e mais limpas, e promover o investimento em infraestrutura de energia e em tecnologias de energia limpa. **7.b** Até 2030, expandir a infraestrutura e modernizar a tecnologia para o fornecimento de serviços de energia modernos e sustentáveis para todos nos países em desenvolvimento, particularmente nos países menos desenvolvidos, nos pequenos Estados insulares em desenvolvimento e nos países em desenvolvimento sem litoral, de acordo com seus respectivos programas de apoio
- 10 **8.1** Sustentar o crescimento econômico per capita de acordo com as circunstâncias nacionais e, em particular, um crescimento anual de pelo menos 7% do produto interno bruto [PIB] nos países menos desenvolvidos. **8.2** Atingir níveis mais elevados de produtividade das economias por meio da diversificação, modernização tecnológica e inovação, inclusive por meio de um foco em setores de alto valor agregado e dos setores intensivos em mão de obra. **8.3** Promover políticas orientadas para o desenvolvimento que apoiem as atividades produtivas, geração de emprego decente, empreendedorismo, criatividade e inovação, e incentivar a formalização e o crescimento das micro, pequenas e médias empresas, inclusive por meio do acesso a serviços financeiros. **8.4** Melhorar progressivamente, até 2030, a eficiência dos recursos globais no consumo e na produção, e empenhar-se para dissociar o crescimento econômico da degradação ambiental, de acordo com o Plano Decenal de Programas sobre Produção e Consumo Sustentáveis, com os países desenvolvidos assumindo a liderança. **8.5** Até 2030, alcançar o emprego pleno e produtivo e trabalho decente todas as mulheres e homens, inclusive para os jovens e as pessoas com deficiência, e remuneração igual para trabalho de igual valor. **8.6** Até 2020, reduzir substancialmente



resiliente, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação;¹¹
10. Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles;¹² 11. Tornar as cidades

a proporção de jovens sem emprego, educação ou formação. **8.7** Tomar medidas imediatas e eficazes para erradicar o trabalho forçado, acabar com a escravidão moderna e o tráfico de pessoas, e assegurar a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, incluindo recrutamento e utilização de crianças-soldado, e até 2025 acabar com o trabalho infantil em todas as suas formas. **8.8** Proteger os direitos trabalhistas e promover ambientes de trabalho seguros e protegidos para todos os trabalhadores, incluindo os trabalhadores migrantes, em particular as mulheres migrantes, e pessoas em empregos precários. **8.9** Até 2030, elaborar e implementar políticas para promover o turismo sustentável, que gera empregos e promove a cultura e os produtos locais. **8.10** Fortalecer a capacidade das instituições financeiras nacionais para incentivar a expansão do acesso aos serviços bancários, de seguros e financeiros para todos. **8.a** Aumentar o apoio da Iniciativa de Ajuda para o Comércio [Aid for Trade] para os países em desenvolvimento, particularmente os países menos desenvolvidos, inclusive por meio do Quadro Integrado Reforçado para a Assistência Técnica Relacionada com o Comércio para os países menos desenvolvidos. **8.b** Até 2020, desenvolver e operacionalizar uma estratégia global para o emprego dos jovens e implementar o Pacto Mundial para o Emprego da Organização Internacional do Trabalho [OIT]

11 **9.1** Desenvolver infraestrutura de qualidade, confiável, sustentável e resiliente, incluindo infraestrutura regional e transfronteiriça, para apoiar o desenvolvimento econômico e o bem-estar humano, com foco no acesso equitativo e a preços acessíveis para todos. **9.2** Promover a industrialização inclusiva e sustentável e, até 2030, aumentar significativamente a participação da indústria no emprego e no produto interno bruto, de acordo com as circunstâncias nacionais, e dobrar sua participação nos países de menor desenvolvimento relativo. **9.3** Aumentar o acesso das pequenas indústrias e outras empresas, particularmente em países em desenvolvimento, aos serviços financeiros, incluindo crédito acessível e propiciar sua integração em cadeias de valor e mercados. **9.4** Até 2030, modernizar a infraestrutura e reabilitar as indústrias para torná-las sustentáveis, com eficiência aumentada no uso de recursos e maior adoção de tecnologias e processos industriais limpos e ambientalmente adequados; com todos os países atuando de acordo com suas respectivas capacidades. **9.5** Fortalecer a pesquisa científica, melhorar as capacidades tecnológicas de setores industriais em todos os países, particularmente nos países em desenvolvimento, inclusive, até 2030, incentivando a inovação e aumentando substancialmente o número de trabalhadores de pesquisa e desenvolvimento por milhão de pessoas e os gastos público e privado em pesquisa e desenvolvimento. **9.a** Facilitar o desenvolvimento de infraestrutura sustentável e resiliente em países em desenvolvimento, por meio de maior apoio financeiro, tecnológico e técnico aos países africanos, aos países de menor desenvolvimento relativo, aos países em desenvolvimento sem litoral e aos pequenos Estados insulares em desenvolvimento. **9.b** Apoiar o desenvolvimento tecnológico, a pesquisa e a inovação nacionais nos países em desenvolvimento, inclusive garantindo um ambiente político propício para, entre outras coisas, diversificação industrial e agregação de valor às commodities. **9.c** Aumentar significativamente o acesso às tecnologias de informação e comunicação e empenhar-se para procurar ao máximo oferecer acesso universal e a preços acessíveis à internet nos países menos desenvolvidos, até 2020

12 **10.1** Até 2030, progressivamente alcançar e sustentar o crescimento da renda dos 40% da população mais pobre a uma taxa maior que a média nacional. **10.2** Até 2030, empoderar e promover a inclusão social, econômica e política de todos, independentemente da idade, gênero, deficiência, raça, etnia, origem, religião, condição econômica ou outra. **10.3** Garantir a igualdade de oportunidades e reduzir as desigualdades de resultados, inclusive por meio da eliminação de leis, políticas e práticas discriminatórias e da promoção de legislação, políticas e ações adequadas



e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis;¹³ 12. Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis;¹⁴ 13. Tomar medidas

a este respeito. **10.4** Adotar políticas, especialmente fiscal, salarial e de proteção social, e alcançar progressivamente uma maior igualdade. **10.5** Melhorar a regulamentação e monitoramento dos mercados e instituições financeiras globais e fortalecer a implementação de tais regulamentações. **10.6** Assegurar uma representação e voz mais forte dos países em desenvolvimento em tomadas de decisão nas instituições econômicas e financeiras internacionais globais, a fim de produzir instituições mais eficazes, críveis, responsáveis e legítimas. **10.7** Facilitar a migração e a mobilidade ordenada, segura, regular e responsável das pessoas, inclusive por meio da implementação de políticas de migração planejadas e bem geridas. **10.a** Implementar o princípio do tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento, em particular os países menos desenvolvidos, em conformidade com os acordos da OMC. **10.b** Incentivar a assistência oficial ao desenvolvimento e fluxos financeiros, incluindo o investimento externo direto, para os Estados onde a necessidade é maior, em particular os países menos desenvolvidos, os países africanos, os pequenos Estados insulares em desenvolvimento e os países em desenvolvimento sem litoral, de acordo com seus planos e programas nacionais. **10.c** Até 2030, reduzir para menos de 3% os custos de transação de remessas dos migrantes e eliminar os corredores de remessas com custos superiores a 5%.

13 11.1 Até 2030, garantir o acesso de todos à habitação segura, adequada e a preço acessível, e aos serviços básicos e urbanizar as favelas. **11.2** Até 2030, proporcionar o acesso a sistemas de transporte seguros, acessíveis, sustentáveis e a preço acessível para todos, melhorando a segurança rodoviária por meio da expansão dos transportes públicos, com especial atenção para as necessidades das pessoas em situação de vulnerabilidade, mulheres, crianças, pessoas com deficiência e idosos. **11.3** Até 2030, aumentar a urbanização inclusiva e sustentável, e as capacidades para o planejamento e gestão de assentamentos humanos participativos, integrados e sustentáveis, em todos os países. **11.4** Fortalecer esforços para proteger e salvaguardar o patrimônio cultural e natural do mundo. **11.5** Até 2030, reduzir significativamente o número de mortes e o número de pessoas afetadas por catástrofes e substancialmente diminuir as perdas econômicas diretas causadas por elas em relação ao produto interno bruto global, incluindo os desastres relacionados à água, com o foco em proteger os pobres e as pessoas em situação de vulnerabilidade. **11.6** Até 2030, reduzir o impacto ambiental negativo per capita das cidades, inclusive prestando especial atenção à qualidade do ar, gestão de resíduos municipais e outros. **11.7** Até 2030, proporcionar o acesso universal a espaços públicos seguros, inclusivos, acessíveis e verdes, particularmente para as mulheres e crianças, pessoas idosas e pessoas com deficiência. **11.a** Apoiar relações econômicas, sociais e ambientais positivas entre áreas urbanas, peri-urbanas e rurais, reforçando o planejamento nacional e regional de desenvolvimento. **11.b** Até 2020, aumentar substancialmente o número de cidades e assentamentos humanos adotando e implementando políticas e planos integrados para a inclusão, a eficiência dos recursos, mitigação e adaptação às mudanças climáticas, a resiliência a desastres; e desenvolver e implementar, de acordo com o Marco de Sendai para a Redução do Risco de Desastres 2015-2030, o gerenciamento holístico do risco de desastres em todos os níveis. **11.c** Apoiar os países menos desenvolvidos, inclusive por meio de assistência técnica e financeira, para construções sustentáveis e resilientes, utilizando materiais locais

14 12.1 Implementar o Plano Decenal de Programas sobre Produção e Consumo Sustentáveis, com todos os países tomando medidas, e os países desenvolvidos assumindo a liderança, tendo em conta o desenvolvimento e as capacidades dos países em desenvolvimento. **12.2** Até 2030, alcançar a gestão sustentável e o uso eficiente dos recursos naturais. **12.3** Até 2030, reduzir pela metade o desperdício de alimentos per capita mundial, nos níveis de varejo e do consumidor, e reduzir as perdas de alimentos ao longo das cadeias de produção e abastecimento, incluindo as



urgentes para combater a mudança climática e seus impactos;¹⁵ 14. Conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável;¹⁶ 15. Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas

perdas pós-colheita. **12.4** Até 2020, alcançar o manejo ambientalmente saudável dos produtos químicos e todos os resíduos, ao longo de todo o ciclo de vida destes, de acordo com os marcos internacionais acordados, e reduzir significativamente a liberação destes para o ar, água e solo, para minimizar seus impactos negativos sobre a saúde humana e o meio ambiente. **12.5** Até 2030, reduzir substancialmente a geração de resíduos por meio da prevenção, redução, reciclagem e reuso. **12.6** Incentivar as empresas, especialmente as empresas grandes e transnacionais, a adotar práticas sustentáveis e a integrar informações de sustentabilidade em seu ciclo de relatórios. **12.7** Promover práticas de compras públicas sustentáveis, de acordo com as políticas e prioridades nacionais. **12.8** Até 2030, garantir que as pessoas, em todos os lugares, tenham informação relevante e conscientização para o desenvolvimento sustentável e estilos de vida em harmonia com a natureza. **12.a** Apoiar países em desenvolvimento a fortalecer suas capacidades científicas e tecnológicas para mudar para padrões mais sustentáveis de produção e consumo. **12.b** Desenvolver e implementar ferramentas para monitorar os impactos do desenvolvimento sustentável para o turismo sustentável, que gera empregos, promove a cultura e os produtos locais. **12.c** Racionalizar subsídios ineficientes aos combustíveis fósseis, que encorajam o consumo exagerado, eliminando as distorções de mercado, de acordo com as circunstâncias nacionais, inclusive por meio da reestruturação fiscal e a eliminação gradual desses subsídios prejudiciais, caso existam, para refletir os seus impactos ambientais, tendo plenamente em conta as necessidades específicas e condições dos países em desenvolvimento e minimizando os possíveis impactos adversos sobre o seu desenvolvimento de uma forma que proteja os pobres e as comunidades afetadas

15 **13.1** Reforçar a resiliência e a capacidade de adaptação a riscos relacionados ao clima e às catástrofes naturais em todos os países. **13.2** Integrar medidas da mudança do clima nas políticas, estratégias e planejamentos nacionais. **13.3** Melhorar a educação, aumentar a conscientização e a capacidade humana e institucional sobre mitigação, adaptação, redução de impacto e alerta precoce da mudança do clima. **13.a** Implementar o compromisso assumido pelos países desenvolvidos partes da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima [UNFCCC] para a meta de mobilizar conjuntamente US\$ 100 bilhões por ano a partir de 2020, de todas as fontes, para atender às necessidades dos países em desenvolvimento, no contexto das ações de mitigação significativas e transparência na implementação; e operacionalizar plenamente o Fundo Verde para o Clima por meio de sua capitalização o mais cedo possível. **13.b** Promover mecanismos para a criação de capacidades para o planejamento relacionado à mudança do clima e à gestão eficaz, nos países menos desenvolvidos, inclusive com foco em mulheres, jovens, comunidades locais e marginalizadas. (*) Reconhecendo que a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima [UNFCCC] é o fórum internacional intergovernamental primário para negociar a resposta global à mudança do clima.

16 **14.1** Conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável. **14.2** Até 2020, gerir de forma sustentável e proteger os ecossistemas marinhos e costeiros para evitar impactos adversos significativos, inclusive por meio do reforço da sua capacidade de resiliência, e tomar medidas para a sua restauração, a fim de assegurar oceanos saudáveis e produtivos. **14.3** Minimizar e enfrentar os impactos da acidificação dos oceanos, inclusive por meio do reforço da cooperação científica em todos os níveis. **14.4** Até 2020, efetivamente regular a coleta, e acabar com a sobrepesca, ilegal, não reportada e não regulamentada e as práticas de pesca destrutivas, e implementar planos de gestão com base científica, para restaurar populações de peixes no menor tempo possível, pelo menos a níveis que possam produzir rendimento máximo sustentável, como determinado por suas características



terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade;¹⁷ 16. Promover

biológicas. **14.5** Até 2020, conservar pelo menos 10% das zonas costeiras e marinhas, de acordo com a legislação nacional e internacional, e com base na melhor informação científica disponível. **14.6** Até 2020, proibir certas formas de subsídios à pesca, que contribuem para a sobrecapacidade e a sobrepesca, e eliminar os subsídios que contribuam para a pesca ilegal, não reportada e não regulamentada, e abster-se de introduzir novos subsídios como estes, reconhecendo que o tratamento especial e diferenciado adequado e eficaz para os países em desenvolvimento e os países menos desenvolvidos deve ser parte integrante da negociação sobre subsídios à pesca da Organização Mundial do Comércio. **14.7** Até 2030, aumentar os benefícios econômicos para os pequenos Estados insulares em desenvolvimento e os países menos desenvolvidos, a partir do uso sustentável dos recursos marinhos, inclusive por meio de uma gestão sustentável da pesca, aquicultura e turismo. **14.a** Aumentar o conhecimento científico, desenvolver capacidades de pesquisa e transferir tecnologia marinha, tendo em conta os critérios e orientações sobre a Transferência de Tecnologia Marinha da Comissão Oceanográfica Intergovernamental, a fim de melhorar a saúde dos oceanos e aumentar a contribuição da biodiversidade marinha para o desenvolvimento dos países em desenvolvimento, em particular os pequenos Estados insulares em desenvolvimento e os países menos desenvolvidos. **14.b** Proporcionar o acesso dos pescadores artesanais de pequena escala aos recursos marinhos e mercados. **14.c** Assegurar a conservação e o uso sustentável dos oceanos e seus recursos pela implementação do direito internacional, como refletido na UNCLOS [Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar], que provê o arcabouço legal para a conservação e utilização sustentável dos oceanos e dos seus recursos, conforme registrado no parágrafo 158 do “Futuro Que Queremos”.

- 17 **15.1** Até 2020, assegurar a conservação, recuperação e uso sustentável de ecossistemas terrestres e de água doce interiores e seus serviços, em especial florestas, zonas úmidas, montanhas e terras áridas, em conformidade com as obrigações decorrentes dos acordos internacionais. **15.2** Até 2020, promover a implementação da gestão sustentável de todos os tipos de florestas, deter o desmatamento, restaurar florestas degradadas e aumentar substancialmente o florestamento e o reflorestamento globalmente. **15.3** Até 2030, combater a desertificação, restaurar a terra e o solo degradado, incluindo terrenos afetados pela desertificação, secas e inundações, e lutar para alcançar um mundo neutro em termos de degradação do solo. **15.4** Até 2030, assegurar a conservação dos ecossistemas de montanha, incluindo a sua biodiversidade, para melhorar a sua capacidade de proporcionar benefícios que são essenciais para o desenvolvimento sustentável. **15.5** Tomar medidas urgentes e significativas para reduzir a degradação de habitat naturais, deter a perda de biodiversidade e, até 2020, proteger e evitar a extinção de espécies ameaçadas. **15.6** Garantir uma repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos e promover o acesso adequado aos recursos genéticos. **15.7** Tomar medidas urgentes para acabar com a caça ilegal e o tráfico de espécies da flora e fauna protegidas e abordar tanto a demanda quanto a oferta de produtos ilegais da vida selvagem. **15.8** Até 2020, implementar medidas para evitar a introdução e reduzir significativamente o impacto de espécies exóticas invasoras em ecossistemas terrestres e aquáticos, e controlar ou erradicar as espécies prioritárias. **15.9** Até 2020, integrar os valores dos ecossistemas e da biodiversidade ao planejamento nacional e local, nos processos de desenvolvimento, nas estratégias de redução da pobreza e nos sistemas de contas. **15.a** Mobilizar e aumentar significativamente, a partir de todas as fontes, os recursos financeiros para a conservação e o uso sustentável da biodiversidade e dos ecossistemas. **15.b** Mobilizar recursos significativos de todas as fontes e em todos os níveis para financiar o manejo florestal sustentável e proporcionar incentivos adequados aos países em desenvolvimento para promover o manejo florestal sustentável, inclusive para a conservação e o reflorestamento. **15.c** Reforçar



sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis;¹⁸ e 17. Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável.¹⁹

o apoio global para os esforços de combate à caça ilegal e ao tráfico de espécies protegidas, inclusive por meio do aumento da capacidade das comunidades locais para buscar oportunidades de subsistência sustentável

18 **16.1** Reduzir significativamente todas as formas de violência e as taxas de mortalidade relacionada em todos os lugares. **16.2** Acabar com abuso, exploração, tráfico e todas as formas de violência e tortura contra crianças. **16.3** Promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos. **16.4** Até 2030, reduzir significativamente os fluxos financeiros e de armas ilegais, reforçar a recuperação e devolução de recursos roubados e combater todas as formas de crime organizado. **16.5** Reduzir substancialmente a corrupção e o suborno em todas as suas formas. **16.6** Desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis. **16.7** Garantir a tomada de decisão responsiva, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis. **16.8** Ampliar e fortalecer a participação dos países em desenvolvimento nas instituições de governança global. **16.9** Até 2030, fornecer identidade legal para todos, incluindo o registro de nascimento. **16.10** Assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais. **16.a** Fortalecer as instituições nacionais relevantes, inclusive por meio da cooperação internacional, para a construção de capacidades em todos os níveis, em particular nos países em desenvolvimento, para a prevenção da violência e o combate ao terrorismo e ao crime. **16.b** Promover e fazer cumprir leis e políticas não discriminatórias para o desenvolvimento sustentável

19 **17.1** Fortalecer a mobilização de recursos internos, inclusive por meio do apoio internacional aos países em desenvolvimento, para melhorar a capacidade nacional para arrecadação de impostos e outras receitas. **17.2** Países desenvolvidos implementarem plenamente os seus compromissos em matéria de assistência oficial ao desenvolvimento [AOD], inclusive fornecer 0,7% da renda nacional bruta [RNB] em AOD aos países em desenvolvimento, dos quais 0,15% a 0,20% para os países menos desenvolvidos; provedores de AOD são encorajados a considerar a definir uma meta para fornecer pelo menos 0,20% da renda nacional bruta em AOD para os países menos desenvolvidos. **17.3** Mobilizar recursos financeiros adicionais para os países em desenvolvimento a partir de múltiplas fontes. **17.4** Ajudar os países em desenvolvimento a alcançar a sustentabilidade da dívida de longo prazo por meio de políticas coordenadas destinadas a promover o financiamento, a redução e a reestruturação da dívida, conforme apropriado, e tratar da dívida externa dos países pobres altamente endividados para reduzir o superendividamento. **17.5** Adotar e implementar regimes de promoção de investimentos para os países menos desenvolvidos. **Tecnologia.** **17.6** Melhorar a cooperação Norte-Sul, Sul-Sul e triangular regional e internacional e o acesso à ciência, tecnologia e inovação, e aumentar o compartilhamento de conhecimentos em termos mutuamente acordados, inclusive por meio de uma melhor coordenação entre os mecanismos existentes, particularmente no nível das Nações Unidas, e por meio de um mecanismo de facilitação de tecnologia global. **17.7** Promover o desenvolvimento, a transferência, a disseminação e a difusão de tecnologias ambientalmente corretas para os países em desenvolvimento, em condições favoráveis, inclusive em condições concessionais e preferenciais, conforme mutuamente acordado. **17.8** Operacionalizar plenamente o Banco de Tecnologia e o mecanismo de capacitação em ciência, tecnologia e inovação para os países menos desenvolvidos até 2017, e aumentar o uso de tecnologias de capacitação, em particular das tecnologias de informação e comunicação. **Capacitação.** **17.9** Reforçar o apoio internacional



3 O 5º ODS: ALCANÇAR A IGUALDADE DE GÊNERO E EMPODERAR TODAS AS MULHERES E MENINAS

O quinto objetivo e suas metas, da *Agenda 2030*, diz respeito a *alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas* e está intimamente ligado ao décimo sexto objetivo e suas respectivas metas que tem por escopo *promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis*.

Por dispor o décimo sexto objetivo sobre o *acesso à justiça, instituições eficazes e políticas públicas inclusivas*, à primeira vista não haveria necessidade de existir o quinto ODS, pois igualdade de gênero e empoderamento de mulheres e meninas decorrem de uma sociedade justa, com instituições fortes e eficientes que garantem e respaldam todos os integrantes de sua sociedade.

A necessidade advém das intenções previstas nesse ODS que busca romper

para a implementação eficaz e orientada da capacitação em países em desenvolvimento, a fim de apoiar os planos nacionais para implementar todos os objetivos de desenvolvimento sustentável, inclusive por meio da cooperação Norte-Sul, Sul-Sul e triangular. **Comércio. 17.10** Promover um sistema multilateral de comércio universal, baseado em regras, aberto, não discriminatório e equitativo no âmbito da Organização Mundial do Comércio, inclusive por meio da conclusão das negociações no âmbito de sua Agenda de Desenvolvimento de Doha. **17.11** Aumentar significativamente as exportações dos países em desenvolvimento, em particular com o objetivo de duplicar a participação dos países menos desenvolvidos nas exportações globais até 2020. **17.12** Concretizar a implementação oportuna de acesso a mercados livres de cotas e taxas, de forma duradoura, para todos os países menos desenvolvidos, de acordo com as decisões da OMC, inclusive por meio de garantias de que as regras de origem preferenciais aplicáveis às importações provenientes de países menos desenvolvidos sejam transparentes e simples, e contribuam para facilitar o acesso ao mercado. **Questões sistêmicas. Coerência de políticas e institucional. 17.13** Aumentar a estabilidade macroeconômica global, inclusive por meio da coordenação e da coerência de políticas. **17.14** Aumentar a coerência das políticas para o desenvolvimento sustentável. **17.15** Respeitar o espaço político e a liderança de cada país para estabelecer e implementar políticas para a erradicação da pobreza e o desenvolvimento sustentável. *As parcerias multissetoriais. 17.16* Reforçar a parceria global para o desenvolvimento sustentável, complementada por parcerias multissetoriais que mobilizem e compartilhem conhecimento, expertise, tecnologia e recursos financeiros, para apoiar a realização dos objetivos do desenvolvimento sustentável em todos os países, particularmente nos países em desenvolvimento. **17.17** Incentivar e promover parcerias públicas, público-privadas e com a sociedade civil eficazes, a partir da experiência das estratégias de mobilização de recursos dessas parcerias. *Dados, monitoramento e prestação de contas. 17.18* Até 2020, reforçar o apoio à capacitação para os países em desenvolvimento, inclusive para os países menos desenvolvidos e pequenos Estados insulares em desenvolvimento, para aumentar significativamente a disponibilidade de dados de alta qualidade, atuais e confiáveis, desagregados por renda, gênero, idade, raça, etnia, status migratório, deficiência, localização geográfica e outras características relevantes em contextos nacionais. **17.19** Até 2030, valer-se de iniciativas existentes para desenvolver medidas do progresso do desenvolvimento sustentável que complementem o produto interno bruto [PIB] e apoiem a capacitação estatística nos países em desenvolvimento.



com os paradigmas do contexto feminino posto até os nossos dias, uma vez que há um longo caminho a ser perseguido na sua concretização.

Tal assertiva nos remete a algumas questões como: O que é ser mulher? Qual o seu real anseio e sonho de vida? O papel instituído no modelo atual de sociedade foi sua escolha? Como pode e deve ser a relação do Estado com a mulher? Que direitos deve ter? Quais os graus de igualdade e paridade que devem ser empregados em relação à mulher e ao homem? Com esses questionamentos, em 2013, iniciamos estudo sobre a autonomia das mulheres no Direito ao Desenvolvimento.²⁰

Questionamentos esses que permeiam os mais diversos universos da vida humana, mas no tocante às leituras sobre o universo da feminilidade, que ainda na contemporaneidade não romperam com os paradigmas do masculino como caminho ideal.²¹

O padrão institucionalizado de valorar culturalmente os traços associados à masculinidade, com a desvalorização do feminino, através dos estudos, análises, investigações, narrações e propostas a partir da perspectiva unicamente masculina é denominado androcentrismo por Nancy Fraser.²²

Para a autora, o caminho para almejar a tão desejada *justiça de gênero* passa necessariamente pela compreensão de que *gênero não é somente uma 'diferença' construída simultaneamente pelos diferenciais econômicos e pelos padrões institucionalizados de valores culturais, mas também pela má distribuição e reconhecimento equivocado [...]*.²³

Visando dar uma concepção inovadora, a autora conceitua a *justiça de paridade qualitativa*, onde a condição das mulheres como parceiras plenas na interação social não se esgota numa igualdade estritamente numérica,²⁴ mas sim no reconhecimento da feminilidade, com o intuito de alterar o papel da mulher na sociedade no que tange a superação da subordinação na busca de condições par a par com o homem na sociedade, em sua vida, na família, na esfera pública e nas associações civis e no mercado de trabalho.²⁵

O conceito de paridade qualitativa permeia todos os aspectos da vida da mulher, superando barreiras culturais, respeitando o direito de religião, lutando por direitos

20 GERBER, K; ROSSET, P. Autonomia das mulheres no Direito ao Desenvolvimento. In: CAMPELLO, Livia Gaigher Bosio; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. (Org.). **Capitalismo humanista e direitos humanos**. 1ed.. Florianópolis: Conceito, 2013, v.; p. 357-381.

21 HONORATO, Eduardo J. H.; DESCHAMPS, Denise. **O paradigma dos gêneros**. Psique. Anos VI – Edição 77 – maio, São Paulo: Ed. Escala, 2012, p. 67 – 70.

22 LAGARDE In: GUZMAN; PACHECO, 1996, p. 106 Cf. OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. **Sexismo, misoginia, machismo, homofobia**: reflexões sobre o androcentrismo no ensino jurídico. Revista Crítica Jurídica n. 20, jan.-jul., Buenos Aires, Cidade do Mexico, Curitiba: 2002. p. 263 e 259.

23 24 25 FRASER, Nancy. Políticas feministas na era do reconhecimento. In: BRUSCHINI, Cristina; UNBEHAUM, Sandra G. (Org.) **Gênero, democracia e sociedade brasileira**. São Paulo: Editora 34, 2002, p. 66 a 69.



civis e valorizando o papel da mulher frente às várias facetas de sua jornada em busca do espaço público, em todas as suas dimensões e de forma digna e com liberdade.

4 16º ODS - PROMOVER SOCIEDADES PACÍFICAS E INCLUSIVAS PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, PROPORCIONAR O ACESSO À JUSTIÇA PARA TODOS E CONSTRUIR INSTITUIÇÕES EFICAZES, RESPONSÁVEIS EM TODOS OS NÍVEIS

O 16º ODS em suas metas remete também aos objetivos do 5º ODS, ao prever em síntese: a redução da violência, tráfico de pessoas, promover o Estado de Direito, reduzir fluxos financeiros e armas ilegais, reduzir a corrupção, instituições eficientes e transparentes, garantir a tomada de decisão inclusiva, participativa e representativa, ampliar e fortalecer desenvolvimento de instituições de governança global, identidade legal para todos, assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais de acordo com a previsão legal nacional e dos acordos internacionais, fortalecer instituições de combate ao terrorismo e ao crime, promover e fazer cumprir leis e políticas não discriminatórias para o desenvolvimento sustentável.

Da análise comparativa das metas do 5º ODS, sobre empoderamento das mulheres e meninas, com o presente ODS, observamos orientações aparentemente repetitivas, principalmente em relação à violência, tráfico de pessoas e acesso à justiça. Nesse contexto, podemos afirmar, sem sombra de dúvida, que o caminho a ser percorrido visando alcançar resultado em qualquer uma dessas metas, necessariamente, inclui uma trajetória com os desafios inerentes às conquistas globais dos direitos humanos.

No Brasil, a Constituição de 1988, intitulada a *Carta Cidadã*, motivo de orgulho para nós brasileiros pela normatização de direitos humanos e reconhecida mundialmente por essas características, ainda é desconhecida por boa parte da sociedade do nosso País.²⁶

Texto complexo em muitos pontos e em outros cristalino, principalmente em relação aos direitos humanos. No que diz respeito à mulher, não é neutro. Traduz a opção clara que permeou o processo de redemocratização e refundação da república na construção de uma sociedade libertária em um Estado Social e Democrático de Direito, centralizado na pessoa humana, nos direitos fundamentais e na diferenciação.

Esses princípios, direitos e objetivos apontam para a ideia de justiça constitucional, para uma moralidade pública que precisa ser respeitada, aprofundada e desenvolvida pela sociedade e pelo Estado, um campo político de disputabilidade entre teorias políticas republicanas, liberais, comunitárias, feministas, críticas de raça, etc.²⁷

26 GERBER,K; ROSSET,P. Ponderações e direito sobre as mulheres. In: Alceu José Cicco; Ana Flávia Penna Velloso; Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. (Org.). **Direito internacional na constituição**. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v; p. 525-565.

27 CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Emponderar Maria. Redistribuição ou reconhecimento. O dilema**



Na realidade, após quase 29 anos da *Carta Cidadã*, maior período democrático na história do país, o retrato da efetividade dos princípios e normas esculpidos, deixa claro que não basta a normatização, mas sim várias outras medidas com o fim de efetivar a concretização do texto constitucional.

5 O PAPEL DA MULHER NO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Liberdade é a chave mestra implícita em todas as metas do 5º ODS, no tocante à melhoria da condição feminina: na erradicação da descriminalização de condutas típicas contra a mulher, na eliminação de todas as formas de violência, na vedação das práticas nocivas de casamento prematuro e mutilações genitais, na valorização do trabalho, na responsabilidade compartilhada dentro do lar, na garantia da participação plena e efetiva e na igualdade de oportunidades, no acesso à saúde, na realização de reformas que tenham por fim a garantia dos direitos iguais aos recursos econômicos, no empoderamento da mulher por meio da tecnologia e na adoção de legislação de igualdade de gênero com a prática de políticas sólidas.

Decifrar as metas acarreta várias reflexões, dentre elas, sobre o desenvolvimento econômico e a participação da mulher. Estudos e pesquisas concluíram, dentre outros aspectos, que o efeito do desenvolvimento econômico na mitigação da pobreza redundava em maior igualdade entre os sexos e que a discriminação contra a mulher freia o desenvolvimento de um país, ou seja, a emancipação feminina leva nações pobres ao desenvolvimento.

Nesse sentido, as lições preciosas e coerentes de Amartya Sen, em sua obra intitulada *Desenvolvimento como liberdade*, coadunam com a nossa exposição, quando afirma que pobreza é uma privação de capacidades básicas que dificulta a realização de renda e, por consequência, dificulta a conversão da renda em funcionamentos socialmente adequados. Explica que:

O que as pessoas conseguem realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras, como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas.²⁸

Sen conclui que serão as liberdades que irão contribuir para o desenvolvimento, por estarem intimamente ligadas com tais disposições institucionais, pois decorre do resultado dos próprios atos livres dos agentes como uma via de mão dupla, *mediante a liberdade de participar da escolha social e da tomada de decisões públicas que impelem o progresso dessas oportunidades*.

da justiça política no constitucionalismo contemporâneo. Palestra proferida no Congresso do IBDC, 2011.

28 SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras 2010, p. 18.



E finaliza que a consequência dessa rica vivência libertária resultará no fortalecimento, à expansão e ampliação das próprias liberdades.

Em outro estudo, o bengalês Muhammad Yunus, prêmio Nobel da Paz em 2006, traz o exemplo prático dessa afirmação de Sen quanto às oportunidades.

Yunus é o pai do conceito de microcrédito, que estruturou o empréstimo de pequenas quantias de dinheiro para pessoas pobres que jamais conseguiriam um acesso aos bancos convencionais. Em 1976, quando ainda era professor universitário, fez sua primeira experiência ao oferecer 27 dólares a um grupo de 42 artesãos em vulnerabilidade.

A soma irrisória era suficiente para que eles adquirissem matéria-prima, vendessem a produção de tamboretos de bambu e garantissem a continuidade do negócio. Confiante nas possibilidades que a iniciativa apresentava fundou o banco Grameen, que significa *banco da aldeia*, em Bengali, fomentando a atividade econômica entre a população carente.

A grande surpresa foi que a maioria dos casos de sucesso individual do fomento do microcrédito despontaram das mulheres, principalmente daquelas encarregadas dos lares. Tal resultado alterou substancialmente o paradigma de que há necessidade de grandes projetos para empoderar mulheres. Ações afirmativas simples e criativas podem ser capazes de trazer grandes transformações principalmente às mulheres em situação de risco.²⁹

6 A IMPORTÂNCIA DA PREVISÃO NORMATIVA COMO FATOR DE TRANSFORMAÇÃO

As mulheres brasileiras tiveram uma imensa participação durante o período da constituinte, documentada brilhantemente em obra da Câmara dos Deputados.³⁰

O substantivo ‘mulher’ aparece dez vezes³¹ claramente no texto constitucional,

²⁹ <<https://www.yunusnegociossociais.com/muhammad-yunus>>

³⁰ ARAÚJO, José Cordeiro de; AZEDVEDO, Débora Bithiah de; BACKES, Ana Luiza (Org.) **Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte a sociedade na tribuna Câmara dos Deputados: 2009**. Disponível em: <<http://bdcamara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1882>>.

³¹ Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003). III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta



mas destacamos os seguintes:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; Art. 7º [...] XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei.

Apesar das mulheres terem sido contempladas no texto constitucional, ainda há um vácuo entre as previsões de direitos e garantias esculpidos na Carta Magna e uma real eficácia na vida de todas as brasileiras, a existência de normas infraconstitucionais

de contribuição, se mulher; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei. § 1º Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar. (Regulamento) § 2º - As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir. (Regulamento) Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Regulamento) § 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. Art. 189. Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos. Parágrafo único. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, nos termos e condições previstos em lei. Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) § 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; (Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) II- sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. (Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento) § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.



compõe este arcabouço jurídico. Muito já foi feito, mas há ainda mais o que se fazer rumo à concretude dos direitos femininos no Brasil.

De um olhar sobre a eficácia das normas postas quanto aos direitos das mulheres podemos constatar, parafraseando o jurista português Jorge Miranda, que não basta haver direitos normatizados, a mulher precisa ocupar os espaços e efetivar esses direitos. É necessário passar à prática.

Passar à prática significa transpor diversas barreiras. Dessa forma, apenas a título de exemplos emblemáticos, nos limitamos a três casos de previsão normativa no Brasil e seus desdobramentos:

6.1 Lei Maria da Penha - Lei nº 11.340, de 2006 e a Lei do Feminicídio - Lei nº 13.104, de 2015

O primeiro exemplo de superação de barreira que iremos abordar é como o ordenamento jurídico pode ser alterado em defesa dos direitos das mulheres. A Lei nº 11.340, de 2006, denominada Lei Maria da Penha, originou-se, conforme as lições da Ministra Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.³²

O diploma legal ganhou esse nome em homenagem à biofarmacêutica Maria da Penha Fernandes que, em 1983, sofreu duas tentativas de homicídio por parte do marido. Na 1ª vez, o cônjuge simulando um assalto, tentou assassiná-la, enquanto dormia, com um tiro nas costas que a deixou paraplégica. Duas semanas após sair do hospital, ao retornar à casa, o marido articulou segunda tentativa de homicídio: descascou os fios do chuveiro da suíte de modo que, quando ela fosse tomar banho, morresse eletrocutada. Ele foi julgado duas vezes, mas devido aos recursos contrários à decisão do Tribunal de Júri, permaneceu solto por dezenove anos e ficou preso em regime fechado apenas dois. Em razão dessa injustificada morosidade judicial, a biofarmacêutica, em conjunto com o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), formalizaram uma denúncia contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, que culminou com o relatório 54/1 que concluiu ter o Estado sido omissor em relação ao problema da violência contra a mulher de modo geral e, em particular, contra Maria da Penha Fernandes. Recomendou então a adoção de medidas legais simplificadoras, com vistas a possibilitar a real eficácia de garantias já reconhecidas nas Convenções Internacionais que o Brasil é signatário. Desse processo resultou a prisão do ex-marido agressor e a promulgação da Lei nº 11.340, em 7 de agosto de 2006.

32 TEIXEIRA ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães. **A Lei Maria da Penha e os direitos das mulheres na Constituição Brasileira de 1988**. Palestra realizada no IASP em 2011.



Com o advento da Lei Maria da Penha, o acesso à justiça levou inúmeras mulheres a ingressarem com medidas judiciais em decorrência de violências sofridas, sem distinção de classe social.

Reconhecida pela ONU como uma das três melhores legislações do mundo no enfrentamento à violência contra as mulheres, pesquisas revelaram que 98% dos brasileiros conhecem a lei ou já ouviu falar dela. Após o seu advento ocorreu uma redução de 10% na taxa de homicídios praticados dentro das residências das vítimas, sua aplicação se estende às relações de pessoas do mesmo sexo, para transexuais que se identificam como mulheres.³³

Cabe ressaltar que sua aplicação se estende além da violência física, abrange também sofrimento psicológico, violência sexual e violência patrimonial. O agressor não necessariamente precisa ser o marido e é estabelecido 48 horas para a proteção.

Apesar de todo avanço com o advento da Lei Maria da Penha, os dados sobre condenações são incompletos.³⁴ Há a constatação do número de denúncias ter crescido, mas em um universo de cerca de 31.000 processos temos somente 6% de condenação.³⁵ Destaca-se ainda, as recorrentes notícias de violência no seio da própria família,³⁶ do preconceito existente dentro das instituições que devem promover as garantias de direitos, até estupros coletivos ³⁷como realidade posta.

A Lei nº 13.104, de 2015, denominada a Lei do Feminicídio, alterou o Código Penal incluindo nas modalidades de homicídio qualificado, o feminicídio: quando crime for praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

O § 2º-A foi acrescentado como norma explicativa do termo *razões da condição de sexo feminino*, esclarecendo que ocorrerá em duas hipóteses: a) violência doméstica e familiar; b) menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

A lei acrescentou ainda o § 7º ao artigo 121 do mesmo diploma legal nas causas de aumento de pena para o referido crime, na seguinte conformidade: a pena será aumentada de 1/3 até a metade se for praticado: a) durante a gravidez ou nos 3 meses posteriores ao parto; b) contra pessoa menor de 14 anos, maior de 60 anos ou com deficiência; c) na presença de ascendente ou descendente da vítima.

Além do exposto, a lei alterou o artigo 1º da Lei nº 8072, de 1990, a denominada Lei de Crimes Hediondos, para deixar de forma explícita que o feminicídio é

33 <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/10/9-fatos-que-voce-precisa-saber-sobre-a-lei-maria-da-penha>>.

34 <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/08/dados-sobre-condenacoes-pela-lei-maria-da-penha-sao-incompletos.html>>.

35 <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/514454-LEI-MARIA-DA-PENHA-COMPLETA-10-ANOS,-MAS-VIOLENCIA-DOMESTICA-AINDA-E-AMEACA.html>>.

36 <<http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2014/07/jovem-que-tem-3-filhos-com-o-pai-diz-que-era-estuprada-desde-os-5-anos.htm>>.

37 <<http://www.justicadesaia.com.br/a-realidade-abafada-dos-estupros-coletivos-no-brasil/>>.



nova modalidade de homicídio qualificado, pertencendo agora no rol dos crimes hediondos.

De acordo com pesquisas realizadas, uma mulher morre a cada hora no Brasil. Desses homicídios quase a metade são dolosos praticados em violência doméstica ou familiar através do uso de armas de fogo, 34% são por instrumentos perfuro-cortantes, 7% por asfixia decorrente de estrangulamento, representando os meios mais comuns nesse tipo ocorrência.³⁸

Assim, em ambos os casos, as metas previstas no 5º ODS que diz respeito à vida e às garantias dos direitos civis das mulheres e meninas, nos remete também ao 16º ODS que prevê o acesso à justiça e, especificamente, na diretriz 16.3. promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional visando garantir igualdade de acesso à justiça para todos.

Prova irrefutável é o caso da Maria da Penha que contou com as organizações internacionais, além do fato do Brasil ser signatário nas Convenções Internacionais, aliada a existência de instituições eficazes como o Centro pela Justiça e o Direito Internacional -CEJIL e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher -CLADEM e a própria Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA.

6.2 Eleições de 2016 e a representatividade feminina

O Segundo exemplo de legislação brasileira diz respeito à representação feminina no Brasil, a legislação eleitoral e seus desdobramentos.

As mulheres representam 51% da população do Brasil, obtiveram o direito de compor o eleitorado brasileiro em 1932, quando a Constituição Federal estendeu o direito ao voto às cidadãs do país. O ato ocorreu pela primeira vez em 1933, na eleição para a Assembleia Nacional Constituinte, onde a mulher brasileira pode votar e ser votada em âmbito nacional. Atualmente, 83 anos depois, elas passaram a ser maioria no universo de eleitores.

A participação feminina na hora de eleger os representantes políticos nas urnas eletrônicas é superior à masculina em quase todas as faixas etárias no Brasil, 76.534.83 mulheres votaram na última eleição, quase 53% do total de 146.470.880 eleitores no país, mas a representatividade feminina não corresponde na mesma proporção.³⁹

Desde o advento da Lei nº 12.034, de 2009 denominada de minirreforma eleitoral, que alterou a Lei nº 9.096, de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, a Lei nº 9.504, de 1997, que estabelece normas para as eleições, e a Lei nº 4.737, de 1965 - Código Eleitoral, ficou estabelecido no § 3º do artigo 10 que:

³⁸ <www.institutoavantebrasil.com.br>.

³⁹ <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/07/mulheres-representam-53-do-total-de-eleitores-do-brasil>>.



Art.10

§ 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação **preencherá** o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo.

Segundo o Tribunal Superior Eleitoral - TSE o entendimento adotado, após a substituição da expressão *deverá reservar* para *preencherá*, consolidou o entendimento da obrigatoriedade do preenchimento e na impossibilidade de registro de candidaturas femininas no percentual mínimo de 30%, o partido ou a coligação deve reduzir o número de candidatos do sexo masculino para se adequar às cotas de gênero.⁴⁰

Desta forma, os percentuais de gênero devem ser observados não só no momento do registro de candidatura, como também em eventual preenchimento de vagas remanescentes e na substituição de candidatos.

A Justiça Eleitoral considera fraude o lançamento de candidaturas femininas apenas para preencher o quantitativo preconizado na lei. Desta forma os partidos devem dar suporte à mulher com direito de acesso ao horário eleitoral gratuito na rádio e na televisão e aos recursos do Fundo Partidário. Nas eleições de 2016 o Tribunal Superior Eleitoral, em termos nacionais, apurou 16.131 candidatos que terminaram a eleição municipal deste ano sem ter recebido um voto sequer, e o levantamento constatou que o número de mulheres nessa situação é muito superior ao de homens: 14.417 candidatas contra 1.714 candidatos na mesma situação, quase nove mulheres para cada homem.⁴¹

Outra constatação decorreu da análise dos pleitos de 2016, o resultado foi uma substancial queda em relação ao pleito de 2012, pois apesar de na contagem geral dos 5.668 municípios brasileiros, 2.963 possuírem maioria feminina no eleitorado, em apenas 24 municípios as mulheres são maioria nas câmaras dos vereadores. As 641 mulheres eleitas ao cargo de prefeita nas eleições municipais 2016 representam 11,57% do total, quando em 2012 somavam 659, representando 11,84% do total. Ainda dos 5.668 municípios brasileiros, 2.963 possuem maioria feminina no eleitorado, em apenas 24 municípios as mulheres são maioria nas câmaras dos vereadores.⁴²⁴³

Esse resultado além de traduzir um retrato triste da participação política da mulher, trouxe um dado preocupante: a redução em 13 capitais em 2016, na comparação

40 RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 243-42.2012.6.18.0024 - CLASSE 32 - JOSÉ DE FREITAS - PIAUÍ Relator: Ministro Henrique Neves da Silva.

41 <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/12/14/ministerio-publico-investiga-128-candidatas-que-nao-receberam-nenhum-voto-no-rs.htm>>.

42 <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Novembro/eleicoes-2016-numero-de-prefeitas-eleitas-em-2016-e-menor-que-2012>>.

43 <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2016/candidaturas>>.



com a última disputa municipal, em 2012.⁴⁴

Para Tania Fatima Calvi Tait, em palestra intitulada *Mulheres as grandes perdedoras das eleições* reflete os motivos dos resultados nos pleitos de 2016:

Machismo, desprestígio por parte dos partidos políticos, tripla jornada de atuação (casa, trabalho e política), falta de apoio familiar, não serem levadas a sério por setores conservadores, entre outros, marcam a trajetória das mulheres quando buscam a atuação política por meio de eleições. A chamada herança familiar é outro fator presente nas eleições brasileiras, quando as mulheres herdaram os votos e atitudes de seus pais, maridos, etc. Poucas mulheres eleitas são oriundas de movimentos sociais, as quais trazem as reais reivindicações da população.⁴⁵

O TSE em nota, comentando dentre outras vertentes que apesar do esforço daquela Corte, urge aplicar novas maneiras, além das implementadas, com o intuito de incrementar a participação feminina conforme segue:

Estudo comparativo com outros países revela que a aplicação da lei não é suficiente para que haja incremento na quantidade de cadeiras ocupadas por mulheres, sendo necessário capacitar e criar programas de apoio, realizando campanhas de incentivo, a fim de despertar as condições para que as mulheres participem dos processos decisórios da nação. A cada eleição, campanhas institucionais realizadas pelo TSE no rádio e na TV estimulam a participação das mulheres na vida política do país.

Neste caso específico da legislação eleitoral podemos afirmar que a alteração deverá ocorrer no seio da sociedade já que somente a previsão normativa ainda não concretizou princípios constitucionais que asseguram o acesso das mulheres no tocante à representatividade preconizada.

44 <<http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-do-inesc/2016/agosto/eleicoes-municipais-2016-mulheres-continuam-sem-espaco-nas-candidaturas>>.

45 CALVITAIT, T.M. **Mulheres: as grandes perdedoras das eleições**. 2016. <<https://espacoacademico.wordpress.com/2016/10/21/mulheres-as-grandes-perdedoras-das-eleicoes-2016/>>.



6.3 Lei de Acesso à Informação - Lei nº 12.527, de 2011 e as mulheres

O Brasil é signatário de vários diplomas normativos internacionais^{46 47} que prevê o acesso à informação, dentre os quais destacamos: A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas - ONU, em 1948, que em seu artigo 19 assim estabelece:

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e de expressão; esse direito inclui a liberdade de ter opiniões sem sofrer interferência e de procurar, receber e divulgar informações e ideias por quaisquer meios, sem limite de fronteiras.

A Lei nº 12.527, de 2011, denominada de Lei de Acesso à Informação, regulamentada pelo Decreto nº 7.724, de 2012 trouxe um avanço sem precedentes na transparência e no controle das políticas públicas no Brasil. Para além do que dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso às informações previstas na Constituição Federal e nas demais normas do ordenamento jurídico, sem dúvida alguma, no tocante aos direitos das mulheres e no fortalecimento das instituições, resulta em progresso na apresentação de dados e informações de interesse público, que obrigatoriamente deverão ser divulgadas independentemente de solicitações.

Se por um lado, informações úteis, tais como: competências, estrutura organizacional, endereços e telefones das unidades, horário de atendimento ao público dão suporte à utilização da estrutura posta aos cidadãos, facilitando sobremaneira a vida cotidiana; por outro, respostas às perguntas mais frequentes da sociedade, o conteúdo financeiro e orçamentário como: registros de repasses ou transferências de recursos financeiros, bem como de despesas, informações de licitações e dados gerais sobre programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades, que também devem ser igualmente disponibilizados, abre um leque de oportunidades de controle social sobre os atos e políticas públicas sem precedentes no país.

Tal mecanismo de acessibilidade posto à disposição para qualquer cidadão é um instrumento forte e eficaz no acompanhamento das políticas públicas existentes e sua execução propriamente dita, na sua total amplitude, incitando a participação

46 Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966 "Toda e qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão; esse direito compreende a liberdade de procurar, receber e expandir informações e ideias de toda a espécie, sem consideração de fronteiras, sob forma oral ou escrita, impressa ou artística, ou por qualquer outro meio à sua escolha."

47 Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão, de 2000 "O acesso à informação em poder do Estado é um direito fundamental do indivíduo. Os Estados estão obrigados a garantir o exercício desse direito. Este princípio só admite limitações excepcionais que devem estar previamente estabelecidas em lei para o caso de existência de perigo real e iminente que ameace a segurança nacional em sociedades democráticas."



nos processos decisórios, ocasionando transformações ao longo do tempo, das disposições normativas ou procedimentos restritivos de direitos, através dos mecanismos no ordenamento jurídico existente, tais como: audiências públicas, direito de petição, ouvidorias, controladorias dentre outros.

O acesso à informação atinge inclusive leis pontuais, como foi o caso da nova lei trabalhista no Reino Unido que exige das empresas publicação, até abril de 2018, sobre a diferença salarial no pagamento de homens e mulheres. As novas medidas fazem parte de um esforço do governo britânico contra a discriminação no mercado de trabalho. No Reino Unido, mulheres ainda ganham 17% a menos que os homens, de acordo com um levantamento da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico). O país mais igualitário, segundo a entidade, é a Bélgica, com apenas 3% de defasagem.

Se por um lado o acesso à informação traz à tona situações de discriminações, por outro, fomenta a formação de indicadores⁴⁸ e pesquisas a respeito das mais diversas áreas, em especial nos direitos humanos e no exercício de uma cidadania plena. Com dados à disposição da sociedade em geral, núcleos de pesquisas podem ser formados em universidades, ações estrategicamente planejadas tanto no setor privado quanto no público podem ser desenvolvidas em prol de uma governança eficiente, gerando desenvolvimento, facilitando o acesso à justiça e orientado para a elaboração de legislação objetiva e eficaz.

Assim, no momento em que se discute uma ampla reforma trabalhista, a real situação da discriminação salarial das mulheres, comprovada por pesquisas, pode gerar ações garantidoras normativas.

No mundo se constata a diferença salarial entre homens e mulheres e, recentemente no Brasil, concluíram que as mulheres ganham menos do que os homens em todos os cargos, conforme pesquisa salarial que avaliou oito funções, de estagiários a gerentes. A maior diferença é no cargo de consultor, no qual os homens ganham 62,5% a mais do que as mulheres. Para cargos operacionais, a diferença entre os salários chega a 58%, e para especialista graduado é de 51,4%. Completam o ranking: especialista técnico (47,3%), coordenação, gerência e diretoria (46,7%), supervisor e encarregado (28,1%), analista (20,4%), trainee e estagiário (16,4%) e assistente e auxiliar (9%).⁴⁹ No Brasil, estimativa da OCDE⁵⁰ é de uma defasagem salarial de quase 20%, maior entre os principais países da América Latina, incluindo a Argentina e o México.⁵¹ Dados divulgados pelo observatório de gênero no Brasil em

48 Analisamos profundamente indicadores de direitos humanos concluindo por um índice de gênero, conforme publicação: GEBER, K; ROSSET, P. Gender Public Policy Evaluation for Brazil. **Revista Panameña de Política**. 2015. v. 18, p. 127-164.

49 <<http://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/mulheres-ganham-menos-do-que-os-homens-em-todos-os-cargos-diz-pesquisa.ghtml>>.

50 Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico - OCDE.

51 <<http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/noticias/homens-recebem-salarios-30-maiores->



estudo divulgado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID mostram que homens recebem salários 30% maiores que as mulheres.⁵²

As discussões acerca do tema remetem novamente a nossa reflexão sobre a justiça de paridade qualitativa, pois temas como a maternidade, carga horário de trabalho, número de mulheres em posições de comando dentre outros aspectos, deveriam ser abordados antes mesmo de uma alteração na legislação trabalhista elaborada sob a égide do paradigma masculino da igualdade feminina de forma quantitativa, a exemplo da proposta da idade limite para aposentadoria igualmente para homens e mulheres.

7 CONCLUSÃO

Iniciamos nossa reflexão com a Agenda 2030, com os seus 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis - ODS e suas respectivas metas, sua concepção e ambiciosa finalidade, visando um mundo com garantias e direitos com base em desenvolvimento integrado e eficiente, em prol do ser humano e do planeta.

Quando debruçamos sobre o 5º ODS e o 16º que dispõem sobre o respeito ao empoderamento das mulheres e a busca da justiça, respectivamente, com a implementação de ações governamentais e intergovernamentais, de compromissos visando um arcabouço jurídico que possa dar suporte e efetividade aos objetivos almejados pela *Agenda 2030*, concluímos que este longo caminho a ser traçado e percorrido deve ser pautado nos direitos humanos em todos os seus aspectos.

Por outro lado, constatamos que apesar de existir em diversos países direitos e garantias normatizados, há um enorme vácuo entre a letra jurídica e a realidade. Desta forma, para que ocorra a concretude de formulações de políticas públicas estrategicamente desenvolvidas e pesquisas, é necessário que sejam produzidos indicadores que norteiem as ações práticas governamentais, com previsão nas leis orçamentárias e planos de governo.

Desenvolvimento econômico decorre de uma legislação coerente que produz uma justiça eficiente garantindo segurança jurídica. Eis porque mecanismos de atuação da sociedade nas esferas de decisões devem ser fomentados em todas as instituições. Portanto, tanto a previsão normativa de mecanismos de acesso à informação e participação devem estar de forma simplificada e à disposição do cidadão, como serem adotadas medidas de conscientização da população para utilização dessa estrutura.

Por fim, uma vez que o Estado proporcione à mulher o direito e a garantia de exercê-lo, seja no aspecto social ou econômico, será constatada a afirmação

que-as-mulheres-no-brasil/>.

52 <http://www.catho.com.br/salario/action/artigos/As_diferencas_salariais_entre_Homens_e_Mulheres.php>.



apresentada neste estudo pela experiência do microcrédito, que também ecoa em muitos outros indicadores, tais como: de arrimo de família, “mães solteiras”, que criam sozinhas seus filhos, sem respaldo dos genitores das crianças, dentre tantos outros.⁵³

EMPODERAR A MULHER É EMPODERAR A FAMÍLIA, é desencadear o efeito “butterfly” na sociedade, é garantir o voo da humanidade para uma realidade mais justa, solidária, mais Agenda 30.⁵⁴

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Cordeiro de; AZEDVEDO, Débora Bithiah de; BACKES, Ana Luiza (Org.) **Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte a sociedade na tribuna Câmara dos Deputados: 2009**. Disponível em: <<http://bdcamara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1882>>.

CALVI TAIT., T. M. **Mulheres: as grandes perdedoras das eleições**. 2016. Disponível em: <<https://espacoacademico.wordpress.com/2016/10/21/mulheres-as-grandes-perdedoras-das-eleicoes-2016>>.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Emponderar Maria. Redistribuição ou reconhecimento. O dilema da justiça política no constitucionalismo contemporâneo**. Palestra proferida no Congresso do IBDC, 2011.

Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão, de 2000. <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.Convencao.Libertade.de.Expressao.htm>>.

53 Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

54 “[...] **Efeito borboleta** é um termo que se refere à dependência sensível às condições iniciais dentro da teoria do caos. Este efeito foi analisado pela primeira vez em 1963 por Edward Lorenz. Segundo a cultura popular, a teoria apresentada, o bater de asas de uma simples borboleta poderia influenciar o curso natural das coisas e, assim, talvez provocar um tufão do outro lado do mundo...” <https://pt.wikipedia.org/wiki/Efeito_borboleta>.



FRASER, Nancy. Políticas feministas na era do reconhecimento. In: BRUSCHINI, Cristina; UNBEHAUM, Sandra G (Org.) **Gênero, democracia e sociedade brasileira**. São Paulo: Editora 34, 2002.

GERBER, K; ROSSET, P. Autonomia das mulheres no Direito ao Desenvolvimento. In: CAMPELLO, Livia Gaigher Bosio; SANTIAGO, Mariana Ribeiro (Org.). **Capitalismo Humanista e Direitos Humanos**. 1ed. Florianópolis: Conceito, 2013, v.;p. 357-381.

GEGER, K; ROSSET, P. Gender Public Policy Evaluation for Brazil. **Revista Panameña de Política**. 2015. v.18, p. 127-164

GERBER,K; ROSSET,P. Ponderações e direito sobre as mulheres. In: CICCIO, Alceu José; VELLOSO, Ana Flávia Penna; ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira (Org.). **Direito Internacional na Constituição**. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v; p 525-565.

HONORATO, Eduardo J. H; DESCHAMPS, Denise. O paradigma dos gêneros. **Psique**. Anos VI – Edição 77 – Maio, São Paulo: Ed. Escala, 2012, p. 67-70.

LAGARDE In: GUZMAN; PACHECO, 1996, p. 106 Cf. OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. Sexismo, misoginia, machismo, homofobia: reflexões sobre o androcentrismo no ensino jurídico. **Revista Crítica Jurídica**, n. 20, jan.-jul., Buenos Aires, Cidade do Mexico, Curitiba: 2002.

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

TEIXEIRA ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães. **A Lei Maria da Penha e os Direitos das mulheres na Constituição Brasileira de 1988**. Palestra realizada no IASP em 2011.

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 243-42.2012.6.18.0024 - Classe 32 - José de Freitas - Piauí Relator: Ministro Henrique Neves da Silva

<<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/desenvolvimento-sustentavel-e-meio-ambiente/134-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-ods>>.

<<https://www.yunusnegociossociais.com/muhammad-yunus>>.

<<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/10/9-fatos-que-voce-precisa-saber-sobre-a-lei-maria-da-penha>>.

<<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/08/dados-sobre-condenacoes-pela-lei-maria-da-penha-sao-incompletos.html>>.

<<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/514454-LEI-MARIA-DA-PENHA-COMPLETA-10-ANOS,-MAS-VIOLENCIA-DOMESTICA-AINDA-E-AMEACA.html>>.

<<http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2014/07/jovem-que-tem-3-filhos-com-o-pai-diz-que-era-estuprada-desde-os-5-anos.htm>>.

<<http://www.justicadesaia.com.br/a-realidade-abafada-dos-estupros-coletivos-no-brasil/>>.

<www.institutoavantebrasil.com.br>.

<<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/07/mulheres-representam-53-do-total-de-eleitores-do-brasil>>.

<<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/12/14/ministerio-publico->



investiga-128-candidatas-que-nao-receberam-nenhum-voto-no-rs.htm>.

<<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Novembro/eleicoes-2016-numero-de-prefeitas-eleitas-em-2016-e-menor-que-2012>>.

<<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2016/candidaturas>>.

<<http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-do-inesc/2016/agosto/eleicoes-municipais-2016-mulheres-continuam-sem-espaco-nas-candidaturas>>.

<<http://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/mulheres-ganham-menos-do-que-os-homens-em-todos-os-cargos-diz-pesquisa.ghtml>>.

<Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico - OCDE>.

<<http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/noticias/homens-recebem-salarios-30-maiores-que-as-mulheres-no-brasil/>>.

<http://www.catho.com.br/salario/action/artigos/As_diferencas_salariais_entre_Homens_e_Mulheres.php>.

<https://pt.wikipedia.org/wiki/Efeito_borboleta>.



AS CLÁUSULAS SOCIAIS NOS CONTRATOS PÚBLICOS EM PORTUGAL

Pedro Cruz e Silva¹

1. Quando falamos de políticas públicas, é recorrente a tendência para que a abordagem temática se faça sobre os “setores” abrangidos por essas políticas públicas; neste sentido, fala-se de políticas públicas de integração, políticas públicas ambientais, políticas públicas sociais, políticas públicas culturais, políticas públicas desportivas, entre tantos outros exemplos. Em outras circunstâncias, é também usual falar-se de políticas públicas a propósito de grupos sociais ou “públicos alvo”, designadamente quando se pretende demonstrar aqueles casos em que uma determinada política, como uma opção valorativa, se centra na proteção de um grupo ou de uma classe social específica. A esse propósito, é muito comum referirmos políticas públicas de proteção aos desempregados; políticas públicas de apoio às minorias (raciais, religiosas, de orientação sexual, por exemplo); políticas públicas de auxílio à imigração ou aos migrantes em geral.

Ora, o objeto deste sucinto trabalho escapa, de todo em todo, a essa genética; pretende-se, numa outra perspetiva, abordar as políticas públicas centradas na escolha dos meios ou dos instrumentos a partir dos quais elas são realizadas e levadas a cabo junto dos seus efetivos destinatários.

É, de facto, muito comum que as políticas públicas sejam, num primeiro momento, definidas em planos políticos ou planos governativos (quer de âmbito nacional, quer de âmbito local); posteriormente, a escolha, concreta, dos grupos sociais abrangidos, bem como do recorte final de determinada política pública, consta de uma lei, a qual, por sua vez, será desenvolvida a partir de uma sucessão de decisões de órgãos do sector público (ou, já por vezes, do sector privado) com competência executiva (política e/ ou administrativa).

A abordagem proposta é outra e, no caso, é a seguinte: e por que não o contrato? Não pode o contrato ser o meio ou o instrumento escolhido para a definição e execução das políticas públicas? E, caso a resposta seja afirmativa, quais serão as implicações, tanto para a política pública em si mesmo considerada, como para

1 Adjunto para a área jurídica do Ministro da Economia do XXI Governo Constitucional da República Portuguesa; professor convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela (Espanha); licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; mestre em Direito Público pela Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa); doutorando em Direito pela Escola de Direito da Universidade do Minho; árbitro em matéria administrativa (contratação pública e relação jurídica de emprego público) no CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa (Lisboa); professor assistente convidado da Escola de Direito da Universidade do Minho (até 2015); investigador do NEDAL – Núcleo de Estudos de Direito das Autarquias Locais da Escola de Direito da Universidade do Minho; advogado.



os seus destinatários? Haverá algumas? Muda radicalmente a feição ou o conteúdo programático da política pública em função da mesma ser concretizada através de um instrumento jurídico consensual? Nas breves páginas que se seguem, tentaremos dar sugestões de resposta a estas questões, ou a outras que, entretanto, surjam.

2. A figura jurídica do contrato é, hoje, uma realidade incontornável do moderno Direito Administrativo. Em tempos recuados, foi determinantemente recusada a possibilidade do contrato – que pressupõe, em qualquer circunstância, o tendencial equilíbrio das posições contratantes, como resultado do seu carácter consensual – fazer parte do catálogo de meios jurídicos disponíveis à administração pública. De facto, a administração autoritária, típica do Estado liberal, não podia consentir, no seu âmago, a utilização de recursos jurídicos que necessitassem do consentimento da contraparte. Hoje, a realidade é muito diversa. O contrato surge, em posição de paridade valorativa com o ato e regulamento, no centro da doutrina e das leis administrativas. Admite-se, nos mais largos termos, a utilização do contrato por parte da administração pública e, em algumas circunstâncias – suficientemente (e simbolicamente) presentes no nosso Código dos Contratos Públicos e no nosso “novo” Código do Procedimento Administrativo – o próprio contrato pode substituir a prática da decisão unilateral juridicamente corporizada no ato administrativo.² E se assim é, o que impedirá que o contrato seja um dos instrumentos de definição, ou melhor, de definição e de execução, de políticas públicas, em posição paritária com a lei e o ato administrativo? Por nós, nada impede. É bem certo que o contrato, doutrinária e academicamente (e, desde logo, mas sintomaticamente, nas nossas aulas de Direito Administrativo aos alunos da graduação em Direito), ainda não assume essa posição de destaque que, indiscutivelmente, merece. A lecionação desta vasta área do Direito público ainda se mostra, pelo menos em Portugal, demasiado amarrada à sua raiz francesa, que continua a insistir no Direito administrativo como a ciência jurídica que estuda, por um lado, as relações autoritárias entre a administração pública e os cidadãos e, por outro lado, a organização e a dinâmica da própria administração

2 O “novo” Código do Procedimento Administrativo português foi aprovado pelo Decreto-Lei nº 4/2015, de 7 de janeiro. Sendo um diploma imprescindível e estruturante da atividade administrativa em Portugal, ele acolhe já um conjunto de institutos jurídicos que oferecem ao contrato administrativo uma posição de particular destaque no conjunto dos meios de conduta juridicamente disponíveis à Administração Pública nacional. A título meramente exemplificativo, deixamos referência, por um lado, ao acordo endoprocedimental (seu artigo 57), nos termos do qual, “no âmbito da discricionariedade procedimental, o órgão competente para a decisão final e os interessados podem, por escrito, acordar termos do procedimento” (nº 1) ou “durante o procedimento, o órgão competente para a decisão final e os interessados também podem celebrar contrato para determinar, no todo ou em parte, o conteúdo discricionário do ato administrativo a praticar no termo do procedimento”; por outro lado, o Código admite a perfeita equiparação jurídica e dogmática do ato e do contrato, quando prevê, no seu artigo 127, que “o procedimento pode terminar pela prática de um ato administrativo ou pela celebração de um contrato”; por último, e ainda que de forma tímida, o Código não deixa de estabelecer um Capítulo III para a sua Parte IV (*Da atividade administrativa*), expressamente reguladora dos “contratos da Administração Pública”.

pública. Vistas as coisas por esta perspetiva, não sobram dúvidas de que o contrato aparenta ser uma “realidade jurídica” demasiado distante, e, por isso, pouco ou nada “encaixada” (ou “encaixável”...) no estudo do Direito administrativo. A cultura jurídica administrativa é, ainda, demasiado “atocêntrica”, se nos for concedida a expressão, para que o contrato possa assumir, desde já, o lugar que merece. Importa, sem dúvida, refletir sobre isso e intervir rapidamente. O tema deste trabalho é, de resto, um (apenas mais um...) modestíssimo contributo para a chamada de atenção que se impõe quanto ao papel dogmático do contrato naquele que deveria ser o “centro” do Direito administrativo.

Todavia, são as próprias leis que vão abrindo e forçando esse caminho. Veja-se o caso, paradigmático a esse respeito, do que se vai passando na estruturação jurídica do poder local em Portugal. Desde 2013 que o nosso país conta com uma nova lei de atribuições e competências das entidades locais. Ora, no centro desse regime jurídico, a que todos ainda se tentam adaptar, está o contrato – mais especificamente, o chamado “contrato interadministrativo” – como instrumento jurídico privilegiado de conexão e de ligação entre o poder central e o poder local e, por sua vez, os vários níveis do poder local (municípios e freguesias). O que significa que, neste contexto determinado, o contrato assume-se como fonte de poderes públicos, o que vem, afinal, a significar que o contrato é, pois, o (e sublinhamos: “o”) instrumento principal de concretização de políticas públicas à escala municipal ou, pelo menos, “infra estadual”. Já não se trata de uma escolha da doutrina ou dos ensaios académicos daquela parte da universidade portuguesa que se dedica ao Direito administrativo. É a própria lei que, neste caso (como em outros), força o entendimento do contrato como fonte de poder público.

Os exemplos, aliás, são vários. São demasiados, até, para que não se veja já o contrato, nos dias de hoje, como um instrumento de elevado relevo no coração da definição de políticas públicas. Não foi, seguramente, por acaso que um destacado Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, o Senhor Professor Doutor Barbosa de Melo, afirmou, já em 2008, que “o contrato se tornou no centro do universo jurídico-público”.

3. A admissão do contrato como meio de definição e de execução de políticas públicas transporta para o Direito administrativo, por si só, uma dimensão ainda insuficientemente trabalhada, qual seja a da “administração por resultados”. Se admitirmos o contrato como instrumento de prossecução de políticas públicas, estamos, do mesmo passo, a virar a própria administração pública para o exterior, a colocar na sua órbita um conjunto de entidades – públicas e privadas – que, ao abrigo de um contrato, passam a desempenhar um conjunto significativo de políticas públicas em substituição da própria administração pública. Este “recentramento” da atividade administrativa, do interior para o exterior, da lógica dos poderes para a lógica dos resultados, aparenta ser uma nova face do direito administrativo que merecerá a mais cuidada reflexão e para a qual seguramente estamos todos convidados.



Por outro lado, ainda há bem pouco tempo alguma imprensa europeia fazia eco do impacto financeiro do contrato como instrumento para o cumprimento das funções dos vários Estados-Membros da União Europeia. Neste sentido, os números divulgados demonstram que trinta e cinco por cento da despesa pública e dezassete por cento do PIB de toda a União Europeia estão afetos à execução de políticas públicas através de contratos. Tais números são, neste sentido, inequívocos: uma parte já muito considerável do gasto ou da despesa pública é realizada através de contratos o que, por sua vez, arrasta a conclusão de que, até numa perspetiva puramente financeira, o contrato vem assumindo um papel destacado como meio ou instrumento preferido para o bom desempenho de determinadas políticas públicas.

4. Numa perspetiva puramente administrativa (isto é: na ótica da administração pública - que é, afinal, a multifacetada parte que, através dos seus órgãos, pessoas, institutos ou fundações, entre outros, a quem cabe a mais significativa tarefa de promoção e de execução de políticas públicas), haverá algum impedimento de raiz que impeça a utilização do contrato como meio ou instrumento de definição, precisamente, de políticas públicas? Cremos que não. Desde logo, a Constituição da República Portuguesa, prevê, no nº 1 do seu artigo 266, que “a Administração Pública visa a prossecução do interesse público no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”. No nº 2 do mesmo artigo 266, acrescenta que “os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé.”

Ora, como se alcança destas suas disposições conjugadas, a) não se proíbe, de forma alguma, a utilização do contrato pela administração pública; b) se em causa estiver, como sempre deve estar na atuação administrativa, o interesse público, nada impede o uso das fórmulas legalmente previstas de atividade administrativa – como o contrato; c) ficam claramente incentivados todos os comportamentos, incluindo os contratuais, que maximizem ou que otimizem a promoção de políticas públicas que corporizem condições de igualdade, imparcialidade, justiça ou boa fé da administração pública portuguesa. Por outro lado, Portugal conta, como supra já se mencionou, com um diploma geral enquadrador da atividade administrativa juridicamente relevante: o Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei nº 4/2015, de 7 de janeiro. De entre os seus valores ou princípios fundamentais, é imprescindível destacar o princípio da legalidade (previsto no seu artigo 3º), que estabelece que “os órgãos da Administração Pública devem atuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites que lhe forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins”. Entre as várias dimensões que este texto anuncia, não é possível ignorar esta: a utilização do contrato por parte da Administração Pública será sempre lícita, desde que a lei e o Direito o prevejam expressamente. Ora, é precisamente o caso do próprio Código do Procedimento Administrativo, que, na sua Parte IV, subordinada à “atividade administrativa”, cria três capítulos reservados a outras tantas formas do atuar administrativo: pela ordem legalmente prevista, o regulamento, o ato e o contrato.



Fica, assim, expressamente consagrado que se cumpre o princípio da legalidade sempre que determinada pessoa ou órgão administrativo recorre ao contrato como forma de execução da sua atividade. Todavia, o princípio da legalidade não esgota o campo axiológico-valorativo condensado no nosso Código do Procedimento Administrativo. Na verdade, e atento o objeto deste sucinto trabalho, importa referir, por um lado, o princípio da prossecução do interesse público e da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos (artigo 4º), que prevê a obrigação primária dos órgãos da administração pública portuguesa de prossecução do interesse público; ora, e como acima já tivemos ocasião de sustentar, fica assim aberta a porta, aos órgãos administrativos, para a sua livre escolha dos meios em razão da definição, promoção e execução de políticas públicas de atendimento ao interesse público. É dizer: a lei oferece os meios (regulamento, ato e contrato); cabe, agora, ao órgão administrativo ser capaz de escolher o mais adequado ou o mais apto à promoção do interesse público. E, neste campo, conceptualmente nada impede (e, muitas vezes, tudo o aconselha) a que o meio elegido seja o contrato. Por outro lado, merece também particular destaque o princípio da boa administração (seu artigo 5º), nos termos do qual “a Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência, economicidade e celeridade”. Trazemos este preceito à colação em reforço da conclusão já antes anunciada: se o contrato for um instrumento legalmente admitido para a atuação administrativa em concreto, caberá à administração pública escolher tal meio sempre que tal favoreça a sua eficiência, a sua economicidade e a sua celeridade. Pelo que, e já sem margem para excessivas dúvidas, tudo compele a aceitar que o contrato, sendo um dos meios disponíveis no catálogo do Código do Procedimento Administrativo, pode ser, juridicamente, um instrumento de definição e de execução de políticas públicas.

5. Há, todavia, um passo inultrapassável na compreensão do contrato na dinâmica da efetivação das políticas públicas que se mostra resumido na seguinte questão: sempre que a administração pública lança mão de um contrato, estará, ao mesmo tempo, a executar uma política pública? Parece claro que não! Quando um determinado serviço público compra papel, ou um veículo automóvel, ou uma fotocopadora, está, do mesmo passo, a cumprir uma política pública? Sem prejuízo da definição sempre imprecisa do que seja uma “política pública”, temos bem presente que estas aquisições não revelam, em si mesmas, nenhuma definição de políticas públicas.

Pode, pelo contrário, afirmar-se que o contrato estará ao serviço de determinadas políticas públicas quando, para além do seu conteúdo típico (partes, objeto ou preço, por exemplo), se acrescenta ao seu teor um segmento ou parte que, em condições de “normalidade contratual”, não estaria ali prevista. Isto é: o contrato assume a execução de políticas públicas quando lhe são apostas certas cláusulas “exorbitantes” ao próprio objeto contratual. O raciocínio é o seguinte: o contrato de empreitada de obra pública assumirá a vocação de promotor de políticas públicas ambientais ou sociais, por exemplo, quando exigir ao empreiteiro que, na execução da obra, utilize



determinados produtos “amigos do ambiente” ou quando seja obrigado a contratar, em certa percentagem, um número definido de desempregados de longa duração ou de pessoas com mais de cinquenta anos e em procura ativa de emprego. Era perfeitamente possível que o contrato de empreitada nada estipulasse quanto a estas obrigações “exorbitantes”, sem que isso representasse qualquer embaraço para a construção daquela obra pública em concreto. Todavia, ao invés de ser estipulada, em letra de lei, a obrigação de todos os adjudicatários de obras públicas recorrerem a certos produtos ou à contratação de certas pessoas pertencentes a determinados grupos sociais, tal obrigação passa a constar de contrato ou dos documentos que enformam o procedimento pré-contratual, forçando o cumprimento dos mesmos objetivos, mas, neste caso, por recurso a um mecanismo jurídico diferente do legislativo.

6. As diretivas comunitárias sobre contratação pública (principalmente aquelas que estiveram na origem ao nosso Código dos Contratos Públicos – em especial, a Diretiva 2004/17/CE e a Diretiva 2004/18/CE, ambas do Parlamento e do Conselho Europeu, de 31 de Março) foram capazes de compelir ou de provocar a inserção de políticas públicas nos contratos celebrados pelas entidades adjudicantes. Tais perspetivas saíram reforçadas com as “novas” diretivas comunitárias da contratação pública, em especial a Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos nos setores gerais e que revoga a referida Diretiva 2004/18/CE. É assumido por este instrumento legislativo que, no seguimento da aprovação da “Estratégia Europa 2020”, o crescimento inteligente, sustentável e inclusivo do espaço europeu passa pelo desenvolvimento de uma economia baseada no conhecimento e na inovação, que utilize eficazmente os recursos disponíveis, e que promova níveis elevados de emprego, assim se assegurando a coesão social e territorial. Pela sua importância programática, merece quase integral reprodução o considerando (2) da Diretiva 2014/24/EU:

a contratação pública desempenha um papel fundamental na Estratégia Europa 2020, estabelecida na Comunicação da Comissão, de 3 de março de 2010, intitulada “Europa 2020, uma estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo”, como um dos instrumentos de mercado a utilizar para alcançar um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, assegurando simultaneamente a utilização mais eficiente dos fundos públicos. Para o efeito, as regras da contratação pública [...] deverão ser revistas e modernizadas a fim de aumentar a eficiência da despesa pública, em particular facilitando a participação das pequenas e médias empresas na contratação pública, e de permitir que os adquirentes utilizem melhor os contratos públicos para apoiar objetivos sociais comuns.

Não foi esta, todavia, a primeira vez que tal raciocínio se julgou possível. De



facto, o Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da União Europeia,³ que precedeu o movimento de reforma das diretivas comunitárias da contratação pública de 2014, já identificava a necessidade de adequar as normas sobre contratos públicos com os objetivos da estratégia Europa 2020, ao mesmo tempo que afirmava que a contratação pública “deveria promover a inovação, respeito pelo ambiente e luta contra as alterações climáticas, redução do consumo energético, melhoria do emprego, condições sociais e inclusão de grupos desfavorecidos”. Ora, os contratos públicos são um instrumento (sublinhamos: “instrumento”) fundamental para alcançar estes objetivos. É possível definir um conjunto significativo de novas linhas de políticas públicas que sejam alcançadas através (repetimos: “através”) do contrato público. Para tanto, é suficiente que as regras jurídicas da contratação pública admitam, ou prevejam, a introdução de cláusulas “acessórias” (dir-se-ia: exorbitantes) aos próprios contratos, que consubstanciem, elas mesmas, a concretização desses objetivos de políticas públicas. Ao conjunto destas cláusulas, designamos de “cláusulas sociais”, que são, no fundo e no essencial,

reflexo do potencial regulador da contratação pública de em momentos de crise se transformar não num instrumento que visa a satisfação de necessidades típicas de aquisição das entidades adjudicantes como, também, numa ferramenta que minimize os efeitos de uma crise económica e financeira, através do incremento da prossecução de políticas sustentáveis.⁴

As instituições europeias falam, agora, de “contratação estratégica ou contratação sustentável”, como fórmula que permite captar a essência das preocupações sociais, ambientais e de inovação que subjazem às novas regras de licitação no espaço comunitário.⁵ Assim,

3 **Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da EU – Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa**, COM (2011), 15 final.

4 Pedro Costa Gonçalves. “Gestão de contratos públicos em tempo de crise”, em Pedro Costa Gonçalves (Org.) **Estudos de Contratação Pública – III** (Coimbra Editora, 2010), p. 7-8; assim, também, **PETER ARMIN TREPTE, Regulating Procurement** (Oxford University Press, 2004), p. 134-135.

5 A propósito, Pedro Costa Gonçalves, “Políticas estratégicas na nova Diretiva 2014/24/EU – objetivos sociais e ambientais”, **Revista dos Contratos Públicos**, nº 11, Cedipre – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016, p. 89-110, em especial p. 96 e seguintes. Quanto à promoção da “compra pública sustentável”, D.C. DRAGOS e B. NEATMU, “Sustainable public procurement in the UE: experiences and prospects”, F. LICHÈRE, R. CARANTA e S. TREUMER (Ed.), *Modernising Public Procurement: The New Directive* (DJOF Publishing, 2014), p. 302 e Maria João Estorninho, “A transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: por uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum”, **A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos**, e-book do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas e do Centro de Investigação de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, maio de 2016, p. 7-12.



o legislador europeu parece conceder uma certa vocação pragmática, ligando os contratos públicos à promoção da multiplicidade de interesses da União e consequentemente à sua estratégia para o combate à crise económica e financeira, presente na Estratégia Europa 2020, que não poderá/ deverá ser ignorada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em futuras decisões.⁶

Na verdade, somos da opinião de que não era possível à União Europeia não empreender todos os esforços na promoção de políticas públicas sociais através do recurso a meios alternativos ou menos usuais, como é o caso do contrato público. A par da construção do mercado interno, a União Europeia, através dos seus órgãos, possui inúmeras competências nos domínios sociais, ambientais e de inovação. Os artigos 8º a 11 do Tratado Fundador da União Europeia estabelecem deveres de promoção de políticas sociais e ambientais; ora, o seu desenvolvimento através das regras da contratação pública encontra-se, desde já, “legitimada pelo princípio da coerência (consistency principle), previsto no artigo 7º do TFUE, quando estatui uma obrigação da União Europeia em assegurar uma coerência entre as suas diferentes políticas e ações”.⁷ Que exemplos poderemos dar a este respeito? Entre muitos outros, elegemos os seguintes: em primeiro lugar, a introdução de cláusulas de cálculo dos custos ao longo do ciclo da vida. As propostas dos candidatos à celebração do contrato público devem incluir um espaço especificamente dedicado ao cômputo dos custos do ciclo da vida de um determinado produto, equipamento ou serviço. Na verdade, o custo, para o erário público, de um determinado equipamento social, por exemplo, não se esgota no momento do pagamento da sua construção; ao longo dos anos seguintes, esse mesmo equipamento importará custos relacionados com a sua utilização, com a sua degradação, eventualmente com o seu desmantelamento, no caso de se tratar de um equipamento com um tempo de vida pré-determinado. Os custos ambientais, os custos económicos, os custos financeiros, os custos sociais, devem estar descritos, desde logo, na própria proposta dos candidatos, assim se concretizando a definição de políticas públicas de sustentabilidade ambiental, designadamente, para os edifícios ou equipamentos públicos.

Em segundo lugar, a imposição de rótulos.⁸ As autoridades públicas devem poder exigir que os produtos que adquirem contenham rótulos específicos, que certifiquem determinadas características ambientais, sociais, laborais, ou outras.

Em terceiro lugar, a estipulação de sanções por violação da legislação laboral, social ou ambiental vinculativa. Deve ser possível que um determinado operador económico seja excluído do concurso, ou veja ser revogado o seu contrato com o

6 Pedro Costa Gonçalves, ob. citada, p. 95.

7 Pedro Costa Gonçalves, ob. citada, p. 94.

8 Para uma noção não jurídica, mas igualmente relevante, de rótulo no Direito da União Europeia, G. CANTILION, “Labels écologiques et sociaux: vers une utilisation facilitée par une extension du lien à l’objet du marché”, **Contrats Publics** (nº 144 juin 2014), p. 29.



setor público, nos casos em que se identifiquem infrações a obrigações previstas na legislação da União Europeia nos domínios social, laboral ou ambiental, independentemente da qualidade inatacável da respetiva proposta.

Em quarto e último lugar, a parceria para a inovação. As entidades públicas da União Europeia devem poder estabelecer parcerias com empresas privadas, tendentes ao uso, em comum, de conhecimentos e pesquisas técnicas e científicas, em ordem à criação de novos produtos, obras e serviços, mais sustentáveis a médio e longo prazo, em todos os domínios (social, cultural, económico, ambiental); findo este período, e conhecidos esses novos produtos, obras ou serviços, então sim, celebrar-se-á o contrato definitivo de aquisição por parte do setor público.

Em todos estes quatro exemplos, o que se evidencia é que a contratação pública poderia ocorrer, como tradicionalmente ocorria, sem que se ponderassem os custos do ciclo da vida, os rótulos dos produtos, a exclusão por violação de regras não atinentes ao concurso ou à execução daquele contrato em concreto ou sem que se utilizassem recursos comuns para a inovação ou investigação; todavia, a possibilidade dos contratos públicos passarem a incluir cláusulas deste tipo, ou de outros, revela, ao mesmo tempo, a concretização de políticas públicas de inovação, de sustentabilidade financeira ou ambiental, as quais, podendo ser definidas em lei, passam a ser executadas, afinal, por contrato ou através do contrato. Julgamos que, por recurso a estes exemplos, melhor se compreende qual é, pois, a parte ou segmento do contrato que evidencia a execução de políticas públicas: é, normalmente, aquela parte do contrato que, se não existisse, não ficaria comprometida a execução do próprio contrato; todavia, a inserção, exorbitante à “normalidade contratual”, destas cláusulas vem revelar, pois então, a promoção e execução, em concreto, de valores muito caros a políticas públicas setoriais de promoção do emprego, de valorização dos recursos financeiros ou de sustentabilidade ambiental. No fundo, estas cláusulas sociais, concretizadoras de políticas públicas, são a tradução prática do critério do “value for money”, que nos impõe a valorização, até à exaustão, dos escassos recursos públicos disponíveis.

7. As diretivas comunitárias da contratação pública de 2014 admitiam um prazo de dois anos para a sua transposição para a ordem jurídica interna dos Estados-Membros, prazo esse que, à data, se encontra ultrapassado. De qualquer forma, o Governo de Portugal já disponibilizou à discussão pública o Anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos, projeto de diploma este que, de facto, alberga a esmagadora maioria das propostas inovadoras contidas nas diretivas comunitárias e que, assim, permite percecionar uma nova fase para o regime jurídico dos contratos públicos em Portugal. Da análise do seu conteúdo – ainda sujeito, naturalmente, a modificações, em face da sua natureza de projeto de lei – podemos concluir que o legislador português se prepara para, nos mais largos termos, admitir o contrato como meio ou instrumento de políticas públicas sociais e ambientais. Desde logo, merece particular destaque a previsão legal expressa



dos princípios da sustentabilidade e da responsabilidade, como princípios gerais da contratação pública (nº 1 do artigo 1º-A). Ainda neste domínio, é de realçar que “as entidades adjudicantes devem assegurar, na formação e na execução dos contratos públicos, que os operadores económicos respeitem as normas aplicáveis em vigor, em matéria ambiental, social e laboral, decorrentes do direito internacional, europeu, nacional ou regional” (nº 2 do artigo 1º-A). Em segundo lugar, não podemos deixar de referir a previsão legal da parceria para a inovação, a qual será eleita, a título de procedimento pré-contratual público, quando o Estado, ou outra entidade do setor público, “pretenda a realização de atividades de investigação e o desenvolvimento de bens, serviços ou obras inovadoras, independentemente da sua natureza e das áreas de atividade, tendo em vista a sua aquisição posterior, desde que estes correspondam aos níveis de desempenho e preços máximos acordados” (artigo 30-A). Em terceiro lugar, surge a previsão do “planeamento da contratação” (artigo 35-A), instrumento jurídico destinado a garantir, em nome da sustentabilidade financeira e planificadora do setor público, que “as entidades adjudicantes aprovam um programa bienal das aquisições ou locações de bens e serviços e de empreitada e concessões de obras públicas e concessões de serviços públicos, atualizado anualmente” (nº 1), sendo que “o programa tem natureza indicativa e deve servir como orientador da planificação, lançamento atempado e gestão eficiente dos contratos públicos, constituindo igualmente a base para a publicação de anúncios [...]” (nº 2). Em quarto lugar, o Anteprojeto do Código dos Contratos Públicos revela especial sensibilidade para a contratação a preços significativos; assim, quando o contrato for de valor igual ou superior a cinco milhões de euros, é imprescindível a elaboração de uma decisão fundamentada por parte do órgão com competência para contratar, fundamentação esta da qual conste uma “avaliação do custo/ benefício”, que deve levar em conta, entre outros, os seguintes elementos: taxa prevista de utilização de infraestrutura; análise de rentabilidade; custos de manutenção; ou impacto previsível no desenvolvimento ou reconversão do país ou da região coberta pelo investimento (tudo no nº 3 do artigo 36). Em quinto lugar, é curial deixar boa nota de uma inovação do Anteprojeto do Código que, estamos em crer, se pode revelar da maior importância prática: a adjudicação por lotes (artigo 46-A). O ainda vigente Código dos Contratos Públicos português, de 2008,⁹ tendo promovido um conjunto alargado de regras jurídicas vocacionadas para a transparência e igualdade dos concorrentes, acabou por deixar de fora das suas preocupações a avaliação da capacidade das pequenas e médias empresas portuguesas em participar no mercado das compras públicas; de facto, regras rígidas e bastante exigentes, desde logo do ponto de vista formal, financeiro e procedimental, provocaram a impossibilidade prática das empresas de menores e menos preparados recursos humanos e financeiros licitarem de forma esclarecida e capaz. Ora, a sustentabilidade do tecido empresarial não prescinde, também, de garantir o acesso das pequenas e médias empresas ao mercado público. Nesta

9 Aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro, na redação que resulta do Decreto-Lei nº 214-G/2015, de 2 de outubro.



dimensão, a adjudicação por lotes pode ganhar uma centralidade essencial na providência desse mesmo acesso, garantindo às pequenas e médias empresas a possibilidade de licitarem apenas a parte do contrato (de empreitada, de concessão ou de aquisição de bens e serviços) e, com isso, poderem apresentar propostas economicamente viáveis. Em sexto lugar, e assumindo todo o simbolismo genético das novas diretivas comunitárias sobre contratação pública, o Anteprojeto dá lugar de merecido destaque aos designados “contratos reservados” (artigo 54-A), previstos da seguinte forma: “a entidade adjudicante pode reservar a possibilidade de ser candidato ou concorrente às entidades cujo objeto principal seja a integração social e profissional de pessoas com deficiência ou desfavorecidas, ou quando pelo menos 30% dos trabalhadores tenham deficiência devidamente reconhecida nos termos da lei.”

Ainda relativamente ao mesmo tema, fica agora estabelecido, nos critérios de adjudicação, a “*melhor relação qualidade/preço*” (alínea a) do nº 1 do artigo 74), que se traduz na avaliação das propostas à luz de fatores “qualitativos, ambientais ou sociais”, consubstanciados nas “características estéticas e funcionais, acessibilidade, conceção para todos os utilizadores, características sociais, ambientais e inovadoras e condições de funcionamento” (alínea a) do nº 2 do artigo 74) ou à “organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pessoal empregue tenha um impacto significativo no nível de execução do contrato” (alínea b) do nº 2 do artigo 74). Em sétimo e último lugar (sem prejuízo, naturalmente, de outras novidades que mereceriam a devida referência), é inultrapassável deixar assinalado o “custo do ciclo de vida” como um dos fatores de avaliação das propostas. É prática comum - alicerçada na lei, claro está - que o preço do contrato público de aquisição de um veículo automóvel, por exemplo, seja correspondente apenas ao seu custo de aquisição ou custo de mercado. Ora, os custos – para o setor público – de um veículo automóvel ultrapassam, largamente, os seus custos de aquisição, na medida em que, a estes, devem acrescer os custos de manutenção (reparações, revisões, seguros, avarias, inspeções, estacionamento, portagens, combustíveis, etc) e os custos de desmantelamento ou de abate (se for caso disso). A promoção da contratação pública sustentável não pode prescindir, pois, da inclusão de regras jurídicas que prevejam os custos do ciclo de vida de uma infra-estrutura ou de um bem; neste sentido, inovadoramente, o “ciclo de vida” passa a ser um dos fatores de avaliação das propostas dos licitantes, ciclo este que se decompõe dos seguintes elementos: “custos de aquisição”, “custos de utilização” (como energia, consumíveis ou recursos), “custos de manutenção e assistência técnica”, “custos de fim de vida” (tais como recolha e reciclagem) e “custos imputados a externalidades ambientais” (desde que seja possível determinar o seu valor monetário, os quais podem incluir o custo das emissões de gases com efeito de estufa ou outras emissões poluentes) – tudo previsto no nº 4 do artigo 75.

8. A contratualização de políticas públicas, ou a execução de políticas públicas através do contrato, representa, em qualquer circunstância, um conjunto de riscos



ou de perigos que importa conhecer. Não é este o lugar, nem para isso há espaço disponível, para debater, com a profundidade que se exige, o verdadeiro alcance destes perigos. Limitar-nos-emos, por isso, a deixar breve nota deles.

Por um lado, é relevante referir que não é totalmente pacífico que regras comunitárias de contratação pública devam prosseguir objetivos sociais; neste sentido, o próprio Tribunal de Justiça da União Europeia teve já a oportunidade de ser confrontado com a delicadeza do tema, desde logo através das conclusões da Advogada Geral Kokott, no caso *Max Havelaar*,¹⁰ a qual expôs desta forma o assunto:

[...] ao responder a esta questão, o Tribunal de Justiça depara-se com a difícil tarefa de encontrar um equilíbrio justo entre as exigências do mercado interno e os interesses de política ambiental e social, sem, contudo, descurar as exigências práticas dos procedimentos de adjudicação. Por um lado, não pode haver uma discriminação entre potenciais proponentes, nem um encerramento do mercado. Por outro lado, deve permitir-se às entidades adjudicantes obter produtos ecológicos, biológicos e provenientes do comércio equitativo, com encargos administrativos razoáveis.

Reconhece-se, assim, que há uma tensão evidente entre os valores da promoção do mercado único europeu, em condições ideais de transparência, concorrência e igualdade, e os valores de promoção de políticas públicas sociais, que, em determinadas circunstâncias, podem obrigar ao sacrifício, ainda que de forma parcial ou reduzida, daqueles primeiros.

O Tribunal de Justiça da União Europeia teme que uma maior flexibilização na possibilidade de promoção de políticas sustentáveis mascare a adoção de comportamentos discriminatórios e protecionistas, por parte das autoridades adjudicantes, incompatíveis com as exigências típicas do mercado interno.¹¹

Por outro lado, a execução de políticas públicas através do contrato, na medida em que opera uma “substituição do poder público” (isto é, uma entidade privada passa a ser, por força do contrato, a entidade que promove e que assegura determinada política pública), arrasta consigo os perigos do descentramento da responsabilidade. Ou seja: a responsabilidade pela execução de políticas públicas passa a estar disseminada por um conjunto de entidades públicas e privadas que, ao abrigo do contrato, se responsabilizam por essa mesma execução. Ora, isto diminui as garantias dos cidadãos, que passam a ter, perante si, não já um ente público

¹⁰ Caso C-368/10, **Comissão vs Países Baixos**, ECLI:EU:C:2011:840.

¹¹ Pedro Costa Gonçalves, ob. citada, p. 92.



determinado, mas uma pluralidade de outros entes, públicos ou privados, que consigo dialogam e contactam. Estes fenómenos de disseminação do poder público acarretam, em qualquer circunstância, riscos não dispiciendos para os cidadãos e para a garantia da oferta da boa prestação de serviços públicos.

Por outro lado ainda, a fragmentação do poder público e a inerente pulverização desse mesmo poder, disseminada por vários entes, transforma o Estado (ou o setor público) num “gestor de contratos”, se a expressão nos for consentida. Ao invés de assumir, para si, um conjunto de atribuições legalmente concedidas, e, a partir daí, desenvolver, através de atos de poder público, determinadas políticas públicas, o Estado passa a ser um gestor dos contratos – dos muitos contratos, aliás – que atribuem a muitas entidades uma pequena parcela de poder público. Todavia, esta gestão, principalmente nos casos de contratos de longa duração, obriga a que o mesmo Estado seja especializado ou que detenha conhecimentos técnicos e científicos pelo menos equiparáveis aos detidos pelas entidades privadas que, em sua substituição, operam nos respetivos mercados. Estaremos em condições de garantir, em Portugal ou no Brasil, que esta equiparação existe mesmo?

Por último, e decorrendo do ponto anterior, um dos maiores riscos a que temos assistido é ao fenómeno da “captura” do Estado (ou do setor público) por parte das entidades privadas que, ao abrigo do contrato, se substituem ao mesmo Estado no exercício da ação pública. Uma das maiores dificuldades que se podem apontar à contratualização de políticas públicas é aquela que resulta da designada “assimetria do conhecimento”, isto é, da discrepância entre o conhecimento possuído pelo Estado quando lança o procedimento ou quando executa o contrato e aquele outro conhecimento detido pela entidade privada “beneficiária” do contrato. Ora, é esta discrepância ou assimetria do conhecimento (que resulta de razões variadas mas que, no fundo, se reconduz sempre à “fonte” do conhecimento, é dizer, aos meios financeiros disponíveis), que tantas e tantas vezes existe a benefício da entidade privada, tem mantido “capturado” o Estado, impondo-lhe certos tipos contratuais, ou certas cláusulas específicas, que, afinal, não resultam de nenhuma política pública, mas, apenas e tão só, de políticas de interesses privados.

É, assim, necessária e imprescindível a mobilização dos académicos e dos estudiosos do Direito e, em particular, do Direito administrativo, para a análise e pesquisa destas “novas” realidades. Estando o debate apenas no início, há razões bastantes para acreditar no frutuoso trabalho vindouro.



INTERLOCUÇÕES NECESSÁRIAS ENTRE A TRANSPARÊNCIA E A BOA ADMINISTRAÇÃO E OS SEUS REFLEXOS NO DIREITO FUNDAMENTAL À PARTICIPAÇÃO PÚBLICA

Ricardo Hermany¹

Cynthia Gruending Juruena²

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo irá abordar, inicialmente, a ideia de boa administração pública, que tem o seu surgimento no Brasil a partir da reforma gerencial e do advento da Constituição Federal de 1988. O conceito da boa administração ainda é pouco explorado pela doutrina brasileira. Desse modo, buscar-se-á subsídio na doutrina europeia, que possui vasto referencial sobre a temática.

A partir das aproximações teóricas do que se constitui a boa administração pública, efetuar-se-á algumas interlocuções entre este conceito e o dever de transparência. Será trabalhada a transparência como um dos pressupostos para a efetivação da boa administração pública, pois a transparência dos atos administrativos se assume como essencial.

E, por fim, serão tratados os reflexos e implicações que o não cumprimento do princípio da transparência e da boa administração produzem na participação pública, que também se consagra em outra faceta essencial da boa administração (visto que a ideia de boa administração também abarca a participação dos cidadãos). Nesta senda, percebe-se que há uma estreita relação entre transparência, boa administração e participação pública.

O problema que a pesquisa busca elucidar é que o não cumprimento da boa administração pública e da transparência acarretam em consequências para o direito à participação pública. A fim de apurar essa questão, a metodologia de pesquisa que será utilizada no presente trabalho é a dedutiva, pois, a partir da leitura de

1 Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa. Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado - da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) e na Graduação da FEMA. E-mail: hermany@unisc.br

2 Mestra em Direito do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, com bolsa Capes (PROSUP) tipo II. Pós-graduanda em Direito Público pela Verbo Jurídico. Integrante do Grupo de Pesquisa “Espaço local e inclusão social”, coordenado pelo Prof. Pós-Doutor Ricardo Hermany. Integra o Projeto de Pesquisa Internacional “Patologias Corruptivas”, coordenado pelo Prof. Dr. Rogério Gesta Leal e o Grupo de Pesquisa “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, sob coordenação da Prof. Pós-Doutora Marli Marlene Moraes da Costa. E-mail: cjuruena@gmail.com



vasto referencial bibliográfico acerca da boa administração pública, transparência e participação pública que se comprovará ou refutará essa hipótese.

2 A IDEIA DE BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: APROXIMAÇÕES TEÓRICAS

Diante à reforma administrativa gerencial, ocorrida após a Assembleia Constituinte de 1987-1988, faz-se necessária certas mudanças na administração pública. Isto pois, com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Estado Democrático de Direito, trilha-se para um modelo mais democrático, voltado aos cidadãos. À vista disso, a administração pública também precisa se democratizar e agir em consonância com as demandas sociais. A partir de então, pode-se falar na ideia de boa administração.

“Nesse sentido, a reforma da Administração na democracia constitui um trabalho permanente porque é permanente a adequação de governos e administrações às necessidades coletivas dos cidadãos” (MUÑOZ, 2012, p. 21). Conforme alterações nas sociedades ou nas demandas sociais, surge a necessidade de o governo e a administração se adaptarem para a nova realidade.

O direito à boa administração pública encontra-se positivado na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (conhecida como Carta de Nice), no artigo 41. Este dispositivo traz que todos têm direito que seus assuntos sejam tratados pelas instituições de forma imparcial e em um prazo razoável. Ainda, compreende que todos podem se dirigir às instituições da União Europeia em algum dos idiomas oficiais do tratado, devendo obter a resposta no mesmo idioma (JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 2000).

Alguns doutrinadores nacionais entendem ser o direito à boa administração pública um direito fundamental implícito na Constituição Federal de 1988, uma vez que a Lei Maior traz uma redefinição da discricionariedade no âmbito da Administração Pública. Nesta senda, o dispositivo 41 da Carta de Nice serviu como inspiração para que outras Cartas Constitucionais aderissem a esse direito, assim como o Brasil (FREITAS, 2009).

Surge, no aparato da administração pública, a necessidade de novos hábitos, para evitar abusos de poder ou prioridades em ações ou políticas públicas que sejam apenas de curto prazo (FREITAS, 2014, p. 17-18). Desse modo, a fim de combater práticas de cunho patrimonialista, devendo a administração atender ao interesse da sociedade, surge a boa administração pública.

Nesse sentido, a boa administração pública pode ser apreendida como:

el principio de buena administración responde a las concepciones más recientes del derecho administrativo, caracterizadas por el intento de superar la visión estrictamente formal que legitima la Administración para el mero cumplimiento neutral y objetivo de la norma que le otorga



las potestades de actuación y, por otro lado, por la voluntad de situar al ciudadano en el centro de la preocupación de las normas que ordenan la actividad administrativa (MAS, 2007, p. 28).³

Como pode ser extraído do trecho acima, alguns doutrinadores entendem, entretanto, que a boa administração pública não é uma norma-regra, e sim, uma norma-princípio. Para Morenilla (2011, p. 233-235), a boa administração poderia ser um grande princípio que posicione os cidadãos diante à Administração Pública e, ainda, que complemente a garantia abstrata do princípio da legalidade administrativa. O doutrinador espanhol ocupa-se da perspectiva de que a boa administração é um princípio geral do Direito, sendo o mesmo vinculante para a Administração.

Cerrillo (2005, p. 22) assevera que a boa administração pública pode assumir três vertentes. A mesma pode ser um princípio geral do Direito, integrado por subprincípios, como é o caso da Constituição Espanhola (trazido acima pelo autor Morenilla). Ainda, pode se constituir em um dever jurídico constitucional, que aparece novamente na Espanha e também na Costa Rica, implicitamente como o somatório de todos os deveres jurídicos advindos dos subprincípios que constituem a boa administração pública. Por último, se reconhecido no ordenamento, pode se configurar em um direito subjetivo, onde os cidadãos podem exigir a realização por parte das administrações públicas, inclusive perante os tribunais, caso se constate o descumprimento dessas obrigações da boa administração.

Para Freitas (2014, p. 21), o direito à boa administração pública se consubstancia em um plexo de normas-regras e normas-princípios, resultando, assim, em um conjunto de direitos subjetivos públicos. Diversas normas que constituem o direito à boa administração podem ser encontradas na Constituição Federal de 1988, como veremos a seguir. No entanto, há posicionamentos diversos quanto ao enquadramento da boa administração pública, como vimos, de acordo com a adoção desse conceito por cada documento legal.

Nesta senda, Freitas (2014, p. 21-22) assevera que a boa administração pública nada mais é que a comunhão de diversos direitos, que os administrados dispõem frente à administração. Dentre esses direitos, têm-se o direito à administração pública transparente (o qual será objeto de investigação no próximo ponto), o direito a uma administração pública voltada para a sustentabilidade, o direito à administração pública dialógica e imparcial, o direito a uma administração que respeite os preceitos da probidade e legalidade, além de o direito à administração pública preventiva e eficaz.

3 O princípio da boa administração responde às concepções mais recentes do direito administrativo, caracterizadas pelo intento de superar a visão estritamente formal que legitima a Administração para o mero cumprimento neutro e objetivo da norma que lhe outorga as competências de atuação e, por outro lado, pela vontade de situar o cidadão no centro da preocupação das normas que ordenam a atividade administrativa (tradução livre).



Em Portugal, foi aprovado recentemente o novo Código de Procedimento Administrativo, que, dentre as alterações, incluiu, em seu artigo 5º, o princípio da boa administração.⁴ Outros países europeus já se utilizam desta norma, seja de forma implícita ou explícita, em códigos ou em constituições, tendo surgido primeiramente na Itália. O princípio da boa administração pública serve, dentre outros, como orientador da Administração Pública na tomada de decisões (CARNEIRO; SANTOS; BARROS, 2015, p. 50-51).

O autor espanhol Rodríguez-Arana Muñoz (2012, p. 14) assegura que essa consciência da necessidade de bom governo ou boa administração como direito humano coloca o cidadão, seus direitos e liberdades, no seu devido lugar, no centro da ação governamental e da ação administrativa. Além disso, a boa administração é exigível perante os tribunais, havendo, no entanto, certas dificuldades na delimitação do conteúdo desse novo - e ainda pouco explorado - direito.

O direito fundamental à boa administração deve primar pela eficiência e eficácia dos atos administrativos, devendo cumprir suas prerrogativas, observando sempre a transparência, sustentabilidade, motivação, imparcialidade, respeitando à moralidade, proporcionando a participação social e tendo responsabilidade perante condutas omissivas ou comissivas (FREITAS, 2014, p. 21).

Além do mais, de nada adianta uma administração pública técnica e articulada, com processos de políticas públicas bem desenhados, mas que, contudo, não estejam conectados à realidade e não possuam participação cívica (MUÑOZ, 2012, p. 16). O aspecto de maior relevo de uma boa administração pública é sempre estar voltada aos cidadãos.

O direito à boa administração pública é da sociedade, pois, pelo fato de a Administração zelar pelo interesse público, os cidadãos têm o direito que ela se dê da melhor forma, a fim de atender o interesse de todos. Este direito implica em um dever, que seria o dever do Estado administrador de atuar em prol da garantia à boa administração.

A administração e o governo devem atuar de forma plural e aberta à sociedade, na qual inúmeras questões devem ser levadas em conta, como o conhecimento da realidade, os enfoques econômicos, sociológicos, jurídicos e históricos da sociedade, bem como a livre e variada expressão da cidadania (MUÑOZ, 2012, p. 22).

Dessa forma, a ideia de boa administração pública, que representa o conjunto de diversos princípios constitucionais que a Administração Pública deve observar, de modo a sempre primar pelo interesse público, se faz primordial em um Estado

4 Artigo 5º

Princípio da boa administração

1 - A Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência, economicidade e celeridade. 2 - Para efeitos do disposto no número anterior, **a Administração Pública deve ser organizada de modo a aproximar os serviços das populações** e de forma não burocratizada (grifo próprio).



Democrático de Direito. Assim, verificar-se-á o dever de transparência a partir desse importante conceito, que engloba diversos princípios da Administração Pública e que deve ser concretizado a fim de melhor atender à sociedade.

3 O DEVER DE TRANSPARÊNCIA COMO PRESSUPOSTO DA IDEIA DE BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O dever de transparência possui relação com o direito da boa administração pública, visto que o princípio constitucional da transparência deve ser atendido pela Administração Pública. Nesta senda, tratar-se-á do dever de transparência e de sua importância no Estado Democrático de Direito, bem como a condição de pressuposto para a concreção da ideia de boa administração.

O reconhecimento do direito à boa administração pública possui diversas implicações para o ordenamento, mas uma de suas facetas mais pertinentes para o presente trabalho é que

o acesso à informação, não somente decorrente de provocação indutora, mas como política pública de transparência e publicidade dos atos, fatos e negócios da Administração Pública, o que implica colocar à disposição tais elementos de forma fácil e inteligível. (LEAL, 2014, p. 03).

Dessa forma, verifica-se ser dever do Estado o de alcançar uma boa administração, para que, dentre outras questões, possa disponibilizar informações públicas e torná-las o mais acessível possível à sociedade. Isto pois se a Administração está cumprindo com o dever da boa administração, deve externar para os cidadãos, para que os mesmos possam, a partir dessas informações, exercer o controle social.

A transparência é um dos pilares de uma boa administração, um pressuposto, visto que uma boa administração visa atender ao interesse público, e os cidadãos precisam ter o acesso aos atos administrativos para verificar se a administração pública está agindo conforme seus interesses ou não.

Diante disso, o Conselho de Ministros de Ética Pública, na Espanha, publicou um instrumento normativo em que insere o conceito de bom governo/boa administração, elencando diversos princípios a serem observados. O primeiro princípio trazido por esse acordo é o da transparência (MUÑOZ, 2012, p. 69).

Conforme se extrai, “transparência, como consequência de que as instituições públicas são do povo, da cidadania, que tem o direito de conhecer o funcionamento e as decisões do governo e administração do comum, porque é de todos” (MUÑOZ, 2012, p. 72). Nesse sentido, a transparência é imprescindível para que se tenha uma boa administração pública.

Inclusive, a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), que busca garantir



o direito de acesso à informação, consagra ser a transparência um dos fundamentos da “boa governança”. Nesta senda, “[...] percebe-se que a transparência no acesso à informação visa, além de tudo, estreitar a relação entre Estado e sociedade, de modo que haja a participação pública” (JURUENA; HERMANY, 2016, p. 09).

Ainda quanto ao acordo do Conselho de Ética, o mesmo possui outro princípio que o ordenamento jurídico brasileiro também consagra, qual seja, a garantia do exercício do direito dos cidadãos à informação pública. Esse princípio vislumbra promover a transparência do Estado administrador, bem como, além disso, a motivação das decisões administrativas – para que se tenha a possibilidade de recurso (MUÑOZ, 2012, p. 76).

A transparência engloba a publicidade, a motivação dos atos e a participação popular. A publicidade obriga a Administração Pública à exposição de seus atos, possibilitando o conhecimento e acesso à informação. A motivação é para conferir segurança aos administrados, que podem, a partir dos motivos, interpor recurso. E a participação pública é a fim de realçar o caráter público da gestão administrativa que deve promover o diálogo aberto. E é a transparência que propiciará essa participação (MARTINS JÚNIOR, 2010, p. 38).

Para que haja uma boa administração pública, deve-se ter presente que “a capacidade para estabelecer um diálogo com o mais amplo número de representantes sociais será um indicativo de sua abertura real à sociedade” (MUÑOZ, 2012, p. 43). Nesse sentido, a transparência é uma das ferramentas para que haja a abertura da administração pública à sociedade, possibilitando haver um diálogo com os administrados.

Freitas (2014, p. 21-22) trata a boa administração pública como um direito fundamental que se constitui em um somatório de direitos subjetivos públicos. Ao elencar os direitos abarcados por esse conceito de boa administração, o primeiro a ser discorrido é quanto ao direito à administração pública transparente, onde o sigilo deve ser excepcional e justificado, onde o autor destaca o direito a informações públicas.

Dessa forma, nota-se que os autores que trabalham o conceito de boa administração pública – Juarez Freitas e Jaime Muñoz – primeiramente tratam da necessidade de transparência para se constituir a boa administração. Isto pois, visto que a administração pública deve estar voltada ao interesse público, se faz fundamental que os administrados tenham conhecimento dos atos praticados. Assim, caso a administração não esteja agindo em consonância com os interesses da sociedade, isto pode ser reivindicado. Entretanto, somente poderá ser, se houver a transparência do que está sendo realizado.

Visto a importância da transparência para uma boa administração pública, verificar-se-á quais são os reflexos de seu (des)cumprimento para a participação pública.



4 O (DES)CUMPRIMENTO DO DEVER DE TRANSPARÊNCIA E OS REFLEXOS NA PARTICIPAÇÃO PÚBLICA

Como visto anteriormente, a transparência e a boa administração pública encontram-se umbilicalmente entrelaçados, visto que a transparência dos atos da administração é essencial para que se constitua uma boa administração. Ademais, a transparência é de suma importância para atender outra faceta da boa administração, qual seja, a da participação pública.

Dentre os principais elementos de uma cidadania moderna estão os direitos civis, os direitos políticos e os direitos sociais. No Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Organização das Nações Unidas (ONU) consagrou os direitos políticos, especialmente o de participar em eleições (exercendo o sufrágio universal e podendo ser candidato), o direito de tomar parte no governo, como na condução de assuntos públicos em todas as esferas, e, ainda, assegurando a igualdade de acesso à Administração Pública (LEAL, 2008, p. 190-192).

Conforme Vieira (2001, p. 49), “[...] a participação política assume **a mais alta forma de humanidade** como princípio de incorporação e unidade social” (grifo do autor). Dessa forma, transformar a participação política para que seja a mais democrática possível é uma das tarefas que um Estado democrático deve se preocupar, visto a sua relevância.

Além da participação política, cabe ressaltar a importância de se ampliar a participação pública, nos moldes do que foi estabelecido pela ONU. A participação da sociedade no sistema político já conta, no Brasil, com algumas ferramentas que o possibilitem. Sobre isso, Avritzer (1996, p. 158) traz que o sistema político “seja ancorado nas práticas participativas que deram origem à democracia, constitui o horizonte de uma utopia possível no final do século XX”.

Dessa forma, há muito ainda que se percorrer para que o sistema político seja calcado em práticas participativas e que o governo se conduza a partir (e tão somente) do interesse público. Contudo, é algo que vem se tornando menos utópico,⁵ pois já se visualiza – ainda que de forma incipiente - a inclusão de certos instrumentos para o exercício da participação pública.

Cabe ressaltar que a importância das práticas participativas para a democracia depende de qual vertente de democracia se adota. Isto é, existe, principalmente, a concepção liberal e a republicana. A concepção republicana vai ao encontro com o que Avritzer leciona acima, isto pois, conforme se segue:

5 Utopia aqui é utilizada no sentido de [...] a relação entre a utopia e a ordem existente aparece como uma relação ‘dialética’. [...] A ordem existente dá surgimento a utopias que, por sua vez, rompem com os laços da ordem existente, deixando-a livre para evoluir em direção à ordem de existência seguinte (MANNHEIM, 1968, p. 223).



Segundo a concepção republicana, o povo (ao menos potencialmente presente) é portador de uma soberania que por princípio não se pode delegar: não é admissível que, em sua qualidade de soberano, o povo se deixe representar. O poder constituinte funda-se na práxis autodeterminativa de seus cidadãos, não de seus representantes. A isso o liberalismo contrapõe a concepção mais realista de que no Estado de direito democrático o poder estatal que nasce do povo só é exercido “em eleições e votações e por meio de organismos legislativos específicos, organismos do poder executivo e da jurisdição. (HABERMAS, 2007, p. 282-283).

Nesse sentido, percebe-se que, em virtude de a corrente republicana⁶ possuir o entendimento de que o povo é detentor da soberania, evidentemente que a participação da sociedade na condução do governo para os republicanos⁷ é maior do que para os liberais.

Assim, a concepção republicana coloca o questionamento crítico no cerne da participação comunitária; isto é, os cidadãos fazem parte da república ou da comunidade em que estão inseridos através da ativa preocupação com os valores promovidos ou desprezados pelo Estado. Entretanto, Bauman tem uma visão um tanto negativa da não observância dos valores republicanos pelos Estados contemporâneos. Ele traz que os Estados não se tornaram menos democráticos, mas a democracia tal como é praticada dentro de diversos Estados está se tornando cada vez mais impotente para preservar ou ajustar as condições vitais à vida dos cidadãos (BAUMAN, 2000b, p. 171-172). Isto se dá em decorrência de diversos fatores, evidentemente que não só da não observância de princípios republicanos, mas preservá-los, especialmente assegurando e concedendo ferramentas para possibilitar a participação pública, é imprescindível.

Diversos países, como o Brasil, já contam com a existência de conselhos, com a participação de representantes do governo e da sociedade civil, para a elaboração de políticas públicas. [...] São as associações, organizações e movimentos da sociedade civil que, com suas reivindicações, contrapõem-se ao poder da mídia, do governo e do mercado (VIEIRA, 2001, p. 86).⁸

6 “[...] o projeto republicano vai ao encontro de um conceito de direito que atribui pesos iguais de um lado à integridade do indivíduo e suas liberdades subjetivas, e de outro lado à integridade da comunidade em que os indivíduos podem se reconhecer uns aos outros como seus membros e enquanto indivíduos” (HABERMAS, 2007, p. 273).

7 A teoria do discurso de Habermas possui maior consonância com a concepção republicana do que com a liberal.

8 Esses representantes da sociedade civil são intitulados como entidades do terceiro setor. Essas entidades e associações almejam romper com a clássica dicotomia do público/privado, trazendo a figura da sociedade civil para se situar entre Estado e Mercado. Em 1995, as organizações públicas não-estatais passaram a ser incluídas no setor dos serviços não-exclusivos do Estado, onde integra-se a sociedade na prestação desses serviços (SCHMIDT; CAMPIS, 2009, p. 20-21).



Além de a participação pública ser fundamental para a constituição de um Estado Democrático de Direito, também se afigura essencial para o projeto de modernidade. Nesse sentido, Habermas traz a defesa da modernidade à luz da participação pública. Isto é, o autor ressalta que a modernidade não significa apenas individualização⁹ e bifurcação, mas sim, se faz central a emergência de uma esfera pública ativa e autônoma (VIEIRA, 2001, p. 58).

A participação pública é, ainda, fundamental para o desenvolvimento do ser humano. É de suma importância o papel da condição de agente do indivíduo como membro do público e participante de ações econômicas, sociais e políticas (SEN, 2000, p. 31-32).

E a participação dos cidadãos poderá ser exercida de uma melhor forma no espaço local, visto que o cidadão possui maior relação com esta esfera, por haver uma maior facilidade de diálogo com o poder público. Neste sentido, tem-se que “[...] o governo municipal vive mais intensamente os problemas da sociedade, possui conhecimento detalhado dos mesmos e sofre pressão mais direta da sociedade local” (KRELL, 2003, p. 90).

Acerca das práticas participativas da sociedade, nos mecanismos de participação pode-se verificar uma qualificação da interface entre Estado e sociedade. Diferentemente dos mecanismos de participação direta e semidireta, em que a opinião pública geralmente passa por juízos de aclamação, na democracia participativa esse processo é substituído por uma constante e regular participação, o que se potencializa a partir de uma dimensão local, na qual se pode construir um efetivo processo de formação democrática e legítima das decisões públicas, sejam administrativas ou legislativas (HERMANY, 2007, p. 183).

A esfera local pode para muitos ser tido como um espaço simples, visto que abrange uma determinada localidade, mas é eficaz na manifestação de interesses e necessidades dos cidadãos (HERMANY, 2007). Além do que, a partir desse *locus* pode haver maior controle social, participação pública, e, evidentemente, processos democráticos deliberativos.

O espaço local possui as condições ideais para assegurar ao cidadão a plenitude do exercício de sua cidadania. Não que isso não seja possível nas demais esferas da federação, entretanto, em razão da proximidade e pertencimento que o cidadão possui com o espaço local, se instaura uma melhor conjuntura para garantir a participação da sociedade (COSTA; REIS, 2010, p. 109).

9 Aqui, cumpre referenciar a distinção de modernidade para Habermas e Bauman. Habermas, como visto, insere em seu debate a importância da esfera pública, enquanto que Bauman traz um maior enfoque da modernidade a partir da sociedade individualizada. Nesse sentido, “ter a necessidade de se transformar no que somos é uma característica da vida moderna (não da “individualização moderna”, uma expressão evidentemente pleonástica; falar de individualização e de modernidade é falar da mesma condição social). A modernidade substitui a determinação da posição social por uma autodeterminação compulsiva e obrigatória” (BAUMAN, 2000a, p. 184).



É a democracia local que favorece o desenvolvimento de uma cultura participativa de caráter permanente, constituindo-se em um novo espaço político. Tal perspectiva desloca a discussão acerca da estrutura de desenvolvimento econômico para o espaço local, valorizando o debate realizado com os cidadãos e estimulando, com isso, a participação popular (HERMANY, 2007, p. 281). Dessa forma, resta claro que a participação pública é um direito fundamental e que deve ser assegurado pelos Estados democráticos, e que é possível uma ampliação nas práticas participativas a partir da democracia local.

O Brasil prevê, inclusive, mecanismos da democracia participativa na Constituição Federal de 1988 (em seu dispositivo 14), por ter sido essa Constituição desenhada de modo a concretizar o Estado Democrático de Direito, modelo este que se coaduna com os princípios republicanos.

Acerca da interdependência entre boa administração, transparência e participação, resta claro que o controle social do Estado pela sociedade civil só pode ser assegurado mediante a adoção de mecanismos de consulta, referendo, plebiscito e outras formas de participação direta – que possam remeter, inclusive, para a estruturação e o controle dos orçamentos públicos (GENRO, 1997).

E, para mais, tem-se que

seja qual for o grau de transparência administrativa em um ordenamento jurídico, esta é considerada um dos alicerces básicos do Estado Democrático de Direito e da moderna Administração Pública pelo acesso à informação e pela participação na gestão da coisa pública [...]. (MARTINS JÚNIOR, 2010, p. 35).

Nesta senda, a transparência não somente é pressuposto de uma boa administração pública – moderna e voltada ao interesse público –, como também se caracteriza indispensável para a participação pública.

Quando há institutos de participação previstos no ordenamento jurídico, a participação é proporcionada pela transparência administrativa, pois, a partir das informações públicas (viabilizados pela publicidade, subprincípio integrador da transparência), possibilitasse uma atuação mais ativa dos cidadãos (MARTINS JÚNIOR, 2010, p. 38-39).

Importante ressaltar que

os convites à liberdade, à participação, à cooperação, à autonomia dos cidadãos, dos indivíduos, como objetivos últimos da ação política, seriam vãos se não se estabelecessem sobre o marco prévio das liberdades formais que configuram os mecanismos ou espaços democráticos de participação e liberdade, e careceriam de sentido se não se fundamentassem em uma informação transparente, veraz, plural e independente. (MUÑOZ, 2012, p. 95).



Nesse sentido, resta claro que a não efetivação da transparência implica em reflexos negativos à participação pública. Isto pois de nada adianta prever autonomia dos cidadãos e a participação dos mesmos na administração pública se não há informação transparente e acessível a todos.

Dessa forma, deve se propiciar a transparência, com linguagem clara e informações de fácil acesso, para que, a partir de uma administração transparente, os cidadãos possam se apropriar dos assuntos públicos e, efetivamente, exercer o seu direito de participação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho abordou, primeiramente, a ideia de boa administração pública, a partir dos expoentes doutrinadores que tratam do tema. A boa administração pública deve estar sempre voltada ao interesse público, e engloba diversos princípios a serem observados pela Administração. Ademais, o Estado administrador deve estar atento às mudanças na sociedade, pois deverá se adequar a elas.

Diante os princípios que a Administração deve seguir para ser uma boa administração pública, destaca-se a transparência. Inclusive, visualizou-se que os autores primeiro tratam da transparência, devido a sua importância. Abordou-se a administração pública transparente como um pressuposto de uma boa administração, pois, visto que a administração pública deve estar voltada ao interesse da sociedade, se faz fundamental que os administrados tenham conhecimento dos atos praticados para poder, eventualmente, contestá-los.

Como um princípio integrador da transparência, tem-se a participação pública, onde é indispensável que haja mecanismos para a sua efetivação em um Estado democrático. A participação pública é, ainda, fundamental para o desenvolvimento do ser humano, além de se constituir em um direito.

No entanto, viu-se que, devido à interligação existente entre boa administração, transparência e participação pública, no caso de não observância à boa administração ou à transparência, isso acarreta em reflexos negativos para a participação pública. Isto decorre do fato de a transparência – que é princípio integrador da boa administração – ser um alicerce para a participação na gestão da coisa pública.

Dessa forma, não basta que haja instrumentos para possibilitar a participação pública se não houver a transparência da administração. No momento em que se obstaculiza a transparência, – devendo a informação ser clara e com linguagem acessível – se afeta a boa administração pública e, conseqüentemente, a participação pública.



REFERÊNCIAS

- AVRITZER, Leonardo. **A moralidade da democracia**: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática. São Paulo: Perspectiva; Belo Horizonte: UFMG, 1996.
- BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada**: vidas contadas e histórias vividas. Rio de Janeiro: Zahar, 2000a.
- _____. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000b.
- BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- CARNEIRO, A. R.; SANTOS, L.; BARROS, R. O princípio da boa administração: grande nau, grande tormenta? In: FONSECA, Isabel Celeste M. (Coord.). **O novo Código do Procedimento Administrativo**. Braga: Diário do Minho, 2015. p. 49-82.
- CERRILLO, António. La gobernanza hoy: introducción. In: CERRILLO, António (Coord.). **La gobernanza hoy**: 10 textos de referencia. Madrid: INAP, 2005.
- COSTA, Marli Marlene Moraes da; REIS, Suzéte da Silva. Espaço local: o espaço do cidadão e da cidadania. In: HERMANY, Ricardo (Org.). **Gestão local e políticas públicas**. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 103-123.
- FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- _____. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GENRO, Tarso. **Novo Estado para nova cidadania**. Porto Alegre: L&PM, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007.
- HERMANY, Ricardo. **(Re)Discutindo o espaço local**: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.
- JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Dispõe acerca da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. 2000. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2016.
- JURUENA, Cynthia Gruending; HERMANY, Ricardo. **Ferramentas de divulgação de casos julgados envolvendo atos corruptivos no espaço local**: um mecanismo de recuperação da confiança na relação estado e sociedade. Corrientes: Memio, 2016.
- KRELL, Joachim Andreas. **O Município no Brasil e na Alemanha**: direito e administração pública comparados. São Paulo: Oficina Municipal, 2003.
- LEAL, Rogério Gesta. Esfera pública e participação social: possíveis dimensões jurídico-políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). **A administração pública no Brasil e na Itália**: reflexões preliminares. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. p. 177-227.
- _____. Fundamentos interlocutivos da boa administração pública: algumas matrizes reflexivas. **Revista Direito e Justiça**, Santo Ângelo, ano 13, n. 22, p. 19-36, abr. 2014.
- MANNHEIM, Karl. **Introdução à teoria política**: ideologia e utopia. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.



MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa:** publicidade, motivação e participação popular. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAS, Joaquín Tornos. **El derecho a una buena administración.** Barcelona: Sindicatura de Greuges de Barcelona, 2007.

MORENILLA, José María Souvirón. Sentido y alcance del derecho a una buena administración. In: RODRÍGUEZ, Carmen María Ávila; RODRÍGUEZ, Francisco Gutiérrez (Coords.). **El derecho a una buena administración y la ética pública.** Valencia: Tirant lo blanch, 2011. p. 225-238.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa administração pública.** Belo Horizonte: Fórum, 2012. (Coleção Fórum Eurolatinoamericana de Direito Público).

SCHMIDT, João Pedro; CAMPIS, Luiz Augusto Costa a. As instituições comunitárias e o novo marco jurídico do público não-estatal. In: SCHMIDT, João Pedro (Org.). **Instituições comunitárias:** instituições públicas não-estatais. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009. p. 17-37.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania:** sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001.



A GARANTIA DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E AS INOVAÇÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS

Rodrigo Reis Ribeiro Bastos¹

1 INTRODUÇÃO – SER E DEVER-SER – NORMA E NORMAL

Os juristas e operadores do direito parecem se esquecer de um fato simples da vida: o que deve ser, deve ser, justamente, porque não é. Um exemplo pode servir para esclarecer a diferença entre o que “é” e o que “deve ser”: imagine uma mesma situação vista de duas formas. A frase: “Flávio abriu a porta.” Expressa um enunciado do ser, um ato que já foi praticado, no passado. Já a frase: “Flávio deve abrir a porta”. Expressa um enunciado do dever-ser, sobre uma ação que desejo ver realizada no futuro. Ora, se a porta já estiver aberta não preciso mandar ninguém abri-la, seria inútil, só preciso mandar abrir o que está fechado e mandar fechar o que está aberto. Por isso, dá para afirmar que de um enunciado do ser não se pode deduzir um dever, nem vice-versa, pois se deve ser é porque não é e se já é não precisa dever-ser. Esse tipo de dedução, além de ser logicamente incorreta, é inútil. Mas vamos a outro exemplo.

Nas festas de ano novo, quando fazemos as famosas promessas de fim de ano, criamos uma lista de coisas que devemos fazer no ano que se inicia. Acreditamos que devemos fazer coisas que não fazemos e que não devemos fazer outras tantas que temos feito, por isso, a lista. A malsinada lista é composta de uma série de deveres que nos impomos. As coisas que já fazemos corriqueiramente, no cotidiano, nunca entram na lista, ou melhor, entram quando acreditamos que não deveríamos agir de tal ou qual forma, fora isso, ninguém, em sã consciência, inclui em uma lista de promessas de fim de ano a dieta que já faz ou o exercício que já pratica. Ao estabelecer a tal lista, o que fazemos é criar normas de conduta para nós mesmos.

Uma norma nada mais é do que uma regra, um ato de vontade dirigido à conduta humana. É pelas normas que expressamos valores, são elas que estabelecem o certo

¹ Rodrigo Reis Ribeiro Bastos (1968-) nasceu em Ipanema na Cidade do Rio de Janeiro onde se formou em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Atuando, desde então, como advogado, professor de Direito e coordenador de pós-graduação. Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Hoje exerce o cargo de Consultor Jurídico da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. É membro da comissão permanente de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, professor da Escola Superior da Magistratura do Amazonas, responsável pela edição da revista eletrônica de divulgação científica Sapere Aude (www.revistasapereaude.org) e possui vários trabalhos publicados especialmente nas áreas de epistemologia, filosofia moral, filosofia do direito, direito civil, constitucional e processual civil.



e o errado, que diferenciam aquilo que deve do que não deve ser feito. Nossa vida é permeada por normas. Tudo é normatizado. Pense bem, existe regra para todo e qualquer aspecto da sua vida, mesmo para aqueles em que você pensa ser livre.²

Quando um grupo qualquer cria um sistema de regras de convivência o faz impondo deveres e criando direitos que são estabelecidos por normas ordenadas em um conjunto mais ou menos sistemático.³ As regras organizacionais de qualquer grupo e nossas resoluções de fim de ano têm muito em comum, em especial sua essência. Todos são conjuntos normativos, são proposições de ações que devem-ser, mas ainda não são.

Há muito, Kelsen definiu norma como uma proposição do dever-ser pela qual se manifesta um ato de vontade dirigida à conduta do outro (KELSEN, 1965). Deixando o palavrório acadêmico de lado, norma pode ser definida como um comando ou uma afirmação de que tal ou qual pessoa deve se comportar da maneira “x” ou da maneira “y”. Ora, se digo que alguém deve se comportar de determinada forma é porque ela não o faz ou corre o risco de não o fazer. Se todos se comportassem da forma prescrita pela norma ela seria, no mínimo, desnecessária. Não há propósito em afirmar que o sujeito “a” deve se comportar de forma “x” se ele já se comporta assim e se não há risco de que se comporte de outra forma.

Este sentido de norma não se confunde com as ditas “leis da natureza”. As leis da física, por exemplo, são constatações estatísticas formuladas com base em regularidades do ser. Quando falamos em leis naturais estamos olhando para o passado, para um conjunto de medições pretéritas daquilo que já aconteceu (como no exemplo inicial em que “Flávio abriu a porta”). Ao contrário, quando falamos em normas de conduta, ou de sistemas normativos sociais, olhamos para o futuro, para uma conduta desejada e ainda não realizada, por isso, as normas naturais são compostas por regularidades de fato e estão no campo do ser, já as normas de conduta são atos de vontade dirigidos à conduta futura de outras pessoas estando na esfera do dever-ser.⁴

Quando afirmo que tal ou qual ação ou acontecimento são normais posso estar me referindo a duas coisas diferentes e complementares. Em uma primeira acepção a questão é de regularidade. Acontecimentos ou ações normais são aqueles que não se desviam da média estatística verificada até então. Na segunda, normal é a ação prescrita em uma norma de conduta. Os dois significados de normalidade são complementares com relação às ações humanas. Pense bem! Se uma conduta já

2 Nossa vida é perpassada por inúmeros sistemas de regras: moral, ética, normas de educação. Sobre o tema veja: LA TAILLE, Yves de. **Moral e ética**. Porto Alegre: Artmed, 2006.

3 Não existem normas divinas ou naturais. O problema já foi abordado à exaustão. Sobre o tema veja: PAULSON, Stanley. Intruduction. In: KELSEN, Hans. **Introduction to the problems of Legal Theory**. Oxford: Claredon Press, 2002, p. XVII – XLII.

4 O mundo pode ser visto sob duas óticas: da causalidade (causa e efeito) e da retribuição (merecimento). A distinção é extremamente relevante para a compreensão das normas. Veja: KELSEN, Hans. **Society and Nature**. Chicago: University of Chicago Press, 1943.



regularmente praticada, portanto estatisticamente normal, não precisa ser prescrita.⁵ Já a conduta que é desejada mas não é praticada, para que se torne normal no primeiro sentido, precisa ser normatizada, melhor dizendo, precisa ser estabelecida por uma norma de conduta do campo do dever-ser e não do ser. Olhando de perto fica fácil perceber que só as condutas anormais em termos de regularidade (média estatística) serão objeto de normas de conduta (atos de vontade dirigidos à conduta de outros), o paradoxo, então salta aos olhos: só o anormal (estatístico) será objeto de norma (de conduta). Só o que não é precisa dever-ser. Em termos de conduta humana, são as normas (dever-ser) que transformam o anormal em normal (ser).

Ora, se um ordenamento jurídico é um conjunto de normas e se normas são proposições de dever ser, então o direito é composto por um conjunto de condutas que não são habitualmente adotadas. As condutas que o direito descreve nas hipóteses de suas normas não são adotadas normalmente pelo grupo, são anormais, se o fossem normais não precisariam ser normatizadas.

As normas de conduta buscam criar critérios de normalidade para condutas que não são estatisticamente normais.

Trazendo o problema para o campo do direito Constitucional, em especial para os direitos fundamentais, é de se constatar que o ordenamento jurídico brasileiro proíbe a tortura porque pessoas são torturadas, garante a igualdade entre homens e mulheres porque a sociedade não os trata de forma igualitária, proíbe a prisão arbitrária porque pessoas são arbitrariamente presas e assim por diante. Olhando as coisas de uma forma mais ampla, os direitos humanos são “garantidos” em normas e declarações internacionais porque, de fato, não são aplicados, se o fossem não precisariam dever-ser. Com a razoável duração do processo não é diferente. A Constituição Federal garante a razoável duração do processo porque sua duração, normalmente, não é aceitável.

2 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Toda vez que penso na palavra processo a primeira associação que me ocorre é com o tempo. Processo é sempre uma sequência de coisas que se passa em um determinado lapso de tempo. Lembro das minhas aulas de biologia, em que uma esforçada professora tentava ensinar a alunos pouco interessados o processo digestivo, o processo da fotossíntese e assim por diante. Com o processo judicial as coisas não são diferentes. Isso conduz à conclusão de que não há como dissociar “processo” de tempo. Não há processo instantâneo. Seria uma contradição em termos.

Uma vez estabelecido que todo processo levará um tempo qualquer para ser

5 Talvez essa conduta já tenha sido introjetada de tal forma que não precise mais de normas, ainda assim, de início, a conduta hoje normal precisou ser normalizada pela edição e imposição de normas de conduta.



concluído, resta definir quanto tempo será.

No caso dos processos judiciais só será possível estabelecer qual o tempo ideal de duração levando-se em conta três dimensões temporais distintas: a do autor; a do réu e; a do Estado/Juiz. Para o autor quanto mais rápido melhor; para o réu (pelo menos para os que estão soltos) quanto mais lento melhor; O Estado/Juiz, por seu turno, depende das escolhas feitas pelo Estado/legislador entre as dimensões de segurança e efetividade.

Nossa Constituição Federal garante o devido processo legal, que está expresso no inciso LIV, do artigo 5º da seguinte forma: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Embora a Constituição não defina o que é o devido processo legal, o conceito pode ser inferido de outros dispositivos tais como: garantia ao contraditório; da ampla defesa; do juiz natural; da inafastabilidade das questões da apreciação do Poder Judiciário e; da razoável duração do processo.

O dilema que se põe, então, é o seguinte: quanto mais célere for o processo maiores serão as limitações ao contraditório e ao direito de defesa, ao contrário, quanto maiores forem as garantias do contraditório e da ampla defesa mais lento será.

O processo judicial, desde sua invenção, sempre pendeu entre a segurança e a efetividade. O equilíbrio entre esses dois polos, ou a opção por um deles, é tarefa que cabe ao Poder Legislativo Federal a quem compete, exclusivamente, a criação de normas processuais. No caso brasileiro, essa escolha está feita com a edição dos diversos códigos de processo e de legislações esparsas sobre o tema. Então, em nosso país, a duração razoável do processo é ditada pelo legislador e obtida pela soma aritmética dos prazos processuais descritos na legislação pertinente. É uma conta bem simples.

Aparentemente, com essa conclusão, posso dar o assunto por encerrado. Mas não sejamos tão apressados, caro leitor! As normas processuais, assim como as constitucionais, são institutos do dever-ser e não do ser. Nelas são fixados prazos e penalidades pelo seu descumprimento, justamente, por que esses prazos não são “normalmente” observados. Os processos costumam demorar muito mais do que a soma dos prazos estabelecidos nas leis processuais, daí porque o legislador reafirma que a razoável duração do processo é uma garantia constitucional.

Ora, se a Constituição garante a razoável duração do processo, se os prazos processuais estão claramente fixados, se a soma desses prazos define o que seja um prazo razoável para a duração do processo, porque as demandas judiciais demoram tanto para serem resolvidas?

A pergunta não tem resposta fácil nem simples. Pela experiência sou capaz de detectar dois problemas estruturais que impedem que os processos cheguem a seu



fim no prazo legal:⁶ o primeiro é o incremento quantitativo das demandas judiciais;⁷ o segundo é a computadorização dos tribunais sem sua correspondente informatização (BASTOS, 2016).

Nas últimas décadas o número de demandas que foram levadas ao Poder Judiciário sofreu um aumento significativo. Há dez ou vinte anos atrás ninguém seria capaz de imaginar os litígios de massa como vemos hoje.⁸ Além da mudança dos paradigmas das relações pessoais e comerciais o crescimento populacional também é responsável por isso.⁹ A primeira solução para esse problema seria aumentar, na mesma proporção da demanda, a oferta de serviços judiciais. Embora sedutoramente simples, essa solução é ingênua e irrealizável.

A oferta de serviços judiciais, assim como as vias de tráfego, produzem sua própria demanda, em outras palavras, da mesma forma que o aumento das vias de circulação desafia o trânsito e sem engarrafamentos mais pessoas usam o carro causando novos e maiores engarrafamentos, quanto mais fácil for o acesso à justiça e quanto mais céleres os processos, maior será a quantidade de demandas, o que ocasionará, inevitavelmente, maior lentidão na solução dos litígios.¹⁰

Só será possível dar vazão ao incremento quantitativo das demandas com a solução do segundo problema. Há que se informatizar os Tribunais!

Um olhar desavisado para nossas cortes pode dar a impressão de que isso já foi feito. Há computadores novos e verdadeiras gambiarras de fios por todo lado. Ledo engano. Estamos muito longe da verdadeira informatização.

Nos últimos anos presenciamos a crescente computadorização do Poder Judiciário. O velho processo de papel, com capas puídas e desbotadas, foi substituído pelo processo eletrônico, o diário oficial em papel jornal pelas intimações eletrônicas, os carimbos por certidões digitais e as velhas máquinas de escrever por processadores de texto e impressoras. Mas isso não é, nem de longe, informatizar. Vendo de perto perceberemos que os juristas e operadores do direito só mudaram os meios, as práticas continuam as mesmas dos velhos processos escritos à mão e costurados com linhas de sisal. Todas as práticas analógicas ainda estão fortemente presentes. Tribunais ainda possuem departamentos de autuação quando não existem mais autos; há departamentos de distribuição quando essa é feita eletrônica e automaticamente; mandados de pagamento eletrônicos com assinaturas digitais são

6 Problemas estruturais se contrapõe aos conjunturais, Os estruturais não se resolvem sozinhos com o tempo, com a simples mudança da conjuntura.

7 Veja justiça em números: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>

8 Lista dos maiores litigantes: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/59351-orgaos-federais-e-estaduais-lideram-100-maiores-litigantes-da-justica>>

9 Basta pensar que em 1970 o Brasil contava com noventa milhões de habitantes e hoje possui mais de duzentos milhões.

10 Exemplo válido foi o ocorrido com o dos Juizados Especiais que, rapidamente, passaram a ostentar taxas de congestionamento muitas vezes superiores às das varas comuns.



impressos, assinados e carimbados, de próprio punho, pelo juiz; juntadas de petição são feitas “manualmente”; são cobradas custas de “porte e retorno” em processos digitais; mandados são impressos e entregues aos oficiais de justiça que, depois de cumpri-los, os digitalizam para que retornem para o meio digital. Isso sem falar nos tais “pedidos de vista”, absurdamente incompatíveis com o processo digital.

Informatizar não é isso. A informatização consiste na modificação das mentalidades e conseqüentemente, das rotinas. Precisamos compreender que o “processo digital” é outra coisa totalmente diferente do “processo físico”.

Computadores são máquinas capazes de realizar tarefas enfadonhas e repetitivas de forma automática e sem se cansar. No entanto, para que o façam de forma eficiente é preciso que os “ensinemos” a fazê-lo, para isso, é necessária a criação de algoritmos específicos para a atuação nos processos judiciais. Os algoritmos, por sua vez, dependem da criação de sistemas formais que precisam ser teoricamente válidos a luz do direito. Foi isso que tentei desenvolver na tese de doutorado que defendi na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.¹¹

A problematização de minha pesquisa parte da constatação de que os serviços judiciais não podem mais ser prestados como o foram até aqui. Devido ao grande incremento do número de demandas verificado nos últimos anos, a única forma viável de cumprir a promessa constitucional de “razoável duração do processo” é pela uniformização e automação dos procedimentos (sequências de atos processuais, decisões interlocutórias, despachos de expediente e até mesmo algumas sentenças). Essa automatização já está em curso em diversas varas, cartórios, secretarias e tribunais pelo país, no entanto, essa evolução carece de uniformidade, que só pode ser concebida e implantada com o estabelecimento de bases teóricas firmes e claras. Pois bem, foi o que tentei fazer em minha tese de doutorado. Meu objetivo era, e ainda é, a criação das bases teóricas para a elaboração de um sistema formal aplicável ao direito.

Após a defesa, tive a singular oportunidade de tentar verificar se os conceitos desenvolvidos na tese eram aplicáveis na prática. Hoje, exerço o cargo de consultor jurídico da Presidência do Tribunal de Justiça do Amazonas onde estamos tentando implementar algumas das ideias desenvolvidas na academia.

3 AS MEDIDAS TOMADAS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS

Ao chegar ao Tribunal de Justiça do Amazonas, em julho de 2016, encontrei pessoas comprometidas com os mesmos objetivos, imediatamente começamos a introduzir modificações nas rotinas e procedimentos que já estão surtindo efeitos.¹² O plano de ação, já iniciado está assim dividido:

¹¹ Fundamentos para informatização do direito. A possível influência dos teoremas da incompletude de Kurt Gödel na construção da norma hipotética fundamental de Hans Kelsen

¹² Não é possível citar todos os nomes pois correria o risco de ser injusto deixando alguém de fora.



- 1- Limpeza e organização do acervo de processos (iniciado em janeiro de 2017);
- 2- Treinamento dos servidores no uso dos sistemas (iniciado em outubro de 2016);
- 3- Eliminação total do uso do papel (iniciado em julho de 2016);
- 4- Incremento da atuação dos oficiais de justiça (iniciado em setembro de 2016);
- 5- Implantação da assessoria virtual dos gabinetes (iniciado em setembro de 2016);
- 6- Uniformização e automação dos procedimentos (iniciado em março de 2017);
- 7- Implantação da secretaria virtual (previsto para abril de 2017);
- 8- Redução do número de secretarias e deslocamento do pessoal para os gabinetes (previsto para junho de 2017);
- 9- Reorganização das competências e criação da central de inquéritos (iniciado em dezembro de 2016);
- 10- Uniformização da jurisprudência e atualização do regimento interno para que seja possível o julgamento em massa de questões de direito uniformes (previsto para o segundo semestre de 2017).

A limpeza e a organização do acervo consistem em dois passos: o primeiro é a digitalização do acervo restante. Embora o Tribunal de Justiça do Amazonas tenha um impressionante índice de 99% de seu acervo digital o 1% restante representa 5.614 (cinco mil seiscentos e quatorze) processos. Estagiários do curso de direito estão sendo alocados nas serventias, acompanhados dos meios materiais necessários, para cumprir essa tarefa, estimamos que até o segundo semestre de 2017 todo acervo já esteja digitalizado.¹³ O segundo passo é a higienização do sistema. Embora o TJAM conte com um sistema razoavelmente eficiente para a gestão e processamento dos feitos digitais,¹⁴ para que ele funcione corretamente é indispensável a correta alimentação de dados que é feita manualmente pelos servidores. Ao longo dos anos, por falta de treinamento ou por não perceber a importância da tarefa, a alimentação precisa da base de dados vem sendo negligenciada. Para resolver o problema, duas linhas de ação já estão em curso. Em primeiro lugar já está implantado um programa específico de treinamento, em segundo lugar será criada a secretaria virtual sobre a qual falarei adiante.

O treinamento dos servidores para o uso do sistema está sendo feito pela Escola de Aperfeiçoamento do Servidor do Tribunal de Justiça do Amazonas,¹⁵ na forma do programa de monitoria. A monitoria foi concebida para que o treinamento tivesse o

13 A digitalização está sendo realizada sob supervisão da Divisão de Gestão da Qualidade – DVGQ, dirigida por Samantha Araújo Simões Trunkl.

14 SAJ- Sistema de automação da justiça desenvolvido pela empresa Softplan.

15 Escola coordenada pelo Des. João de Jesus Abdala Simões com direção de Wiulla Inácia Garcia.



maior alcance possível com medidas eficazes e de largo alcance. A coisa funciona assim: um servidor de cada unidade judicial é treinado pela equipe da Escola e se torna monitor. O monitor passa, então, a ser responsável por replicar os conhecimentos entre os demais servidores de sua unidade. A remuneração do monitor é calculada em horas-aula, de acordo com o incremento da produtividade de sua unidade.¹⁶ A monitoria já está em andamento desde outubro de 2016 e apresentou índices de eficiência verdadeiramente impressionantes.

A eliminação progressiva do uso do papel nas atividades do TJAM está sendo levada a cabo desde julho de 2016 pelo Projeto Justiça sem Papel,¹⁷ que consiste na adoção das citações e intimações eletrônicas das pessoas jurídicas, na adoção dos mandados e alvarás de pagamento digitais, no uso dos avisos de recebimento digitais para a citação e intimação de pessoas físicas, dentre outras medidas.

Em conjunto com a “Justiça sem Papel”, a atuação dos Oficiais de Justiça Avaliadores do Estado do Amazonas também está sendo reestruturada.¹⁸

As medidas de criação de assessoria virtual, uniformização de procedimentos, criação de secretaria virtual e redução do número de secretarias devem ser abordados em conjunto. Uma unidade judicial (Varas, Tribunais de Júri, Juizados Especiais) é composta, basicamente, de duas partes: a) a secretaria ou cartório, onde os feitos são impulsionados e as decisões são cumpridas; b) gabinete, onde as provas são colhidas, analisadas e as decisões proferidas. Para que a promessa da razoável duração do processo seja cumprida é indispensável que essas atividades passem, em conjunto, por uma total reorganização. A reorganização deve ser simultânea sob pena de inutilidade. Se a atividade de processamento for reorganizada negligenciando-se a atividade decisória os processos serão represados nos gabinetes e não terão fim. Se a reorganização for só nos gabinetes não haverá feitos para decidir. Pensando nisso adotamos várias linhas de ação concomitantes:

1) Foi criada uma assessoria virtual que funciona na sede do Fórum da Capital e que atua auxiliando os juízes que têm problemas de acúmulos em seus gabinetes. Essa assessoria conta com bacharéis em direito que fazem as minutas das decisões sob a supervisão de juízes de direito;¹⁹

2) está em curso a uniformização dos procedimentos por competência. A primeira etapa, uniformização dos procedimentos das varas cíveis, já está acontecendo. A uniformização dos procedimentos e rotinas permitirá sua automação e eliminação da

16 Para maiores detalhes sobre a monitoria veja: <<http://www2.tjam.jus.br/eastjam/>>.

17 Projeto idealizado e implementado sob a supervisão de Roberto Taketomi (Juiz de Direito). Saiba mais em: <http://www.tjam.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8802:projeto-justica-sem-papel-judiciario-estadual-emite-citacao-de-forma-eletronica-para-empresas-cadastradas&catid=33:ct-destaque-noticias&Itemid=1331>.

18 Reestruturação a cargo de Roni Stone (Juiz de Direito).

19 Projeto coordenado por Flávio Henrique Albuquerque de Freitas (Juiz de Direito Auxiliar da Presidência do TJAM).



necessidade de pessoal para essa tarefa;

3) Criação de uma secretaria virtual que funcionará nos mesmos moldes da assessoria virtual, auxiliando as unidades que estiverem com processos acumulados nas secretarias e não nos gabinetes. As secretarias virtuais estão em fase de implementação e devem estar operacionais até o final de 2017;

4) Por fim, estamos replicando, na primeira instância, a estrutura de funcionamento dos tribunais. Com o processo eletrônico não há mais necessidade da existência de uma secretaria para cada unidade.

Na medida em que os procedimentos estejam uniformizados e automatizados será possível que uma só secretaria atenda a várias unidades sem qualquer perda qualitativa. A unificação das secretarias irá liberar pessoal para outras atividades, em especial para os gabinetes, aumentando a eficiência como um todo.

Nossa expectativa é que o projeto piloto dessa reorganização seja implementado ainda no primeiro semestre de 2017, com a unificação das secretarias de quatro varas cíveis.

Nada disso seria possível sem a reordenação das competências dos juízos de primeiro grau. Estamos implementando os Juizados Especiais Fazendários; criando a central de inquéritos; dividindo a atividade dos Tribunais do Júri em instrução e plenário, dotando cada Tribunal de mais um juiz titular, dentre outras modificações.²⁰ Além disso, para que essa reordenação seja possível, sem aumentos significativos de custos para o combalido erário, estamos reordenando a distribuição dos magistrados entre as unidades de forma racional.²¹

Em outra frente, estamos preparando o Tribunal para lidar com as demandas de massa, utilizando para isso, as novas ferramentas introduzidas pelo Código de Processo Civil de 2015 (assunção de competência e resolução de recursos repetitivos). Além disso, é indispensável que o tribunal fixe suas teses jurídicas de forma estável e uniforme, ação que está sendo implementada desde dezembro de 2016 pela comissão de jurisprudência²² e deverá estar plenamente funcional até o final de 2017.

4 CONCLUSÃO

Não posso deixar de lembrar a você, leitor, que esse é um trabalho em equipe que conta com o engajamento de toda direção do TJAM e que nada disso seria possível sem a vontade política do atual presidente²³ que tem como foco de sua

²⁰ Reorganização feita sob a coordenação de Roni Stone (Juiz de Direito).

²¹ Distribuição funcional dos magistrados a cargo de Elza Vitória e Margareth (Juízas de Direito auxiliares da presidência).

²² Comissão a cargo do Des. Jomar Sanders.

²³ Des. Flávio Humberto Pascarelli Lopes biênio 2016-2018.



administração a melhoria da qualidade dos serviços judiciais prestados ao cidadão amazonense. Resta saber se as futuras administrações da corte darão, ou não, sequência ao trabalho aqui iniciado.

REFERÊNCIAS

- ALEX, Robert. **Una defensa de la fórmula de Radbruch**. La Coruña: Anuário da Faculdade de Derecho da Universidade de Coruña, 2001, p. 75/95.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- _____. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Cia das Letras, 1999.
- BASTOS, Rodrigo Reis Ribeiro. **O futuro do direito**. Rio de Janeiro: Sapere Aude, 2016.
- BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Cone, 1995.
- _____. **Teoría General del Derecho**. Bogotá: Temis, 1994.
- BINDREITER, Uta. **Why Grundnorm?** Londres: Kluwer Law International, 2002.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- D'ALMEIDA, Luís Duarte. **Kelsen Revisited**. Oxford: Hart Publishing, 2013.
- DAWSON JR, John W. **Logical Dilemmas**. Massachusetts: A.K. Peters, 1997.
- DIJK, Teun A. van. **Ideología y discurso**. Barcelona: Ariel, 2003.
- HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. São Paulo: Unesp, 2002. S.l.: Cornell University, 1965.
- HOFSTADTER, Douglas R. **Gödel, Escher, Bach: an Eternal Golden Braid**. New York: Basic Books, 1999.
- KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- KELSEN, Hans. **Autobiografia**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2008.
- _____. **Introduction to the problems of Legal Theory**. Oxford: Clarendon Press, 2002.
- _____. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- _____. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editores, 1986.
- _____. **Professor Stone and the pure theory of law**. Stanford: Stanford Law Review, 1965.
- _____. **Society and Nature**. Chicago: University of Chicago Press, 1943.
- KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1998.
- LA TAILLE, Yves de. **Moral e ética**. Porto Alegre: Artmed, 2006.
- PAULSON, Stanley. Introduction. In: KELSEN, Hans. **Introduction to the problems of Legal Theory**. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. XVII – XLII.



DIREITO À IDENTIDADE (GENÉTICA) VERSUS DIREITO À RESERVA SOBRE A INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA NO DIREITO PORTUGUÊS

Sónia Moreira¹

1 INTRODUÇÃO

O tema que nos propomos tratar diz respeito à colisão de dois direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados, com enorme repercussão tanto no Direito Civil – já que os direitos em causa são, também, direitos de personalidade, consagrados nos artigos 70.º, n.º 1, e 79.º do CC português – quanto no Direito da Família, na parte relativa à filiação.

O atual CC português consagra o princípio da verdade biológica no que toca ao estabelecimento da filiação. Normalmente, a paternidade é determinada através da presunção *pater is est quod nuptias demonstrant*, ou seja, é considerado pai de uma criança nascida ou concebida na constância do casamento (artigos 1796.º, n.º 2, e 1826.º, n.º 1) o marido da sua mãe. Evidentemente, caso a criança nasça fora do casamento, esta presunção não pode funcionar e o estabelecimento da paternidade terá de ser feito através de perflilhação voluntária por parte do pai ou, na sua falta, através de reconhecimento judicial (oficioso ou por via de uma ação de investigação de paternidade). Pode também suceder que a criança nasça na constância de um casamento, mas o marido da mãe venha a impugnar a sua paternidade (art. 1839.º e seguintes), ou a mãe declare não ser ele o pai da criança (art. 1832.º). Também neste caso a presunção de paternidade não pode funcionar, sendo necessário lançar mão das duas vias referidas.

Ora, o problema coloca-se no caso de o pai biológico se negar a assumir a paternidade, deixando a criança sem a sua filiação estabelecida. Tal não tem apenas repercussões económicas (a criança, através do seu representante, a mãe, não poderá exigir alimentos ao pai, por exemplo; não será também considerada sua herdeira), mas também sociais e jurídicas.

Nos termos do art. 26.º da CRP, todas as pessoas têm direito à identidade pessoal. A doutrina portuguesa tem defendido, como corolário deste direito, a existência de um direito à identidade genética, ou seja, o direito a conhecer o próprio património genético, o que implica o direito a saber quem são os respetivos progenitores². Este

1 Prof.ª Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho.

2 O direito à identidade genética e o direito à identidade pessoal também se colocam em sede de adoção e de procriação medicamente assistida. Contudo, estas questões já extravasam o âmbito deste trabalho. V., por todos, Francisco Pereira Coelho/Guiherme de Oliveira, **Curso de Direito da Família**, Vol. II, **Direito da Filiação**, Tomo I, **Estabelecimento da Filiação – Adopção**,



direito fundamental, que tem sido aceite pela jurisprudência, no entanto, colide com o direito fundamental do suposto progenitor à reserva sobre a intimidade da sua vida privada. O suposto pai biológico poderá não pretender assumir a paternidade por não querer expor a sua vida íntima, mormente para proteção da sua família e do seu bom relacionamento, o que sucederá sendo admitida uma ação de investigação da paternidade.

O presente trabalho visa demonstrar a forma como o direito português tem tentado conciliar a colisão destes dois direitos fundamentais.

2 O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA/PESSOAL

2.1 Breve referência histórica

Há doutrina que afirma ter vigorado, no tempo das Ordenações, a regra da imprescritibilidade das ações de investigação da paternidade e doutrina que afirma que lhes terá sido aplicado o prazo de caducidade dos direitos de crédito (30 anos).³ Em todo o caso, esta aparente permissibilidade não viria a ser adotada no Código de Seabra: o art. 133 estabeleceu a regra de que as ações de investigação da maternidade ou paternidade só poderiam ser intentadas em vida dos pretensos pais, salvo duas exceções: a menos que estes viessem a falecer durante a menoridade dos filhos – neste caso, a ação seria admitida durante o prazo de 4 anos a contar da data em que o pretenso filho atingisse a maioridade ou a emancipação; ou se o filho obtivesse documento escrito e assinado pelos pais em que estes revelassem a paternidade – caso em que a ação poderia ser intentada a todo o tempo.⁴

Mais tarde, a lei (o Decreto n.º 2, de 1910) veio admitir, ainda, que a ação pudesse ser intentada no prazo de um ano após a morte do pretenso pai.⁵ Guilherme de Oliveira conclui que o direito português anterior ao atual Código Civil “aceitava prazos muito longos [...] que podiam chegar a correr durante toda a vida do filho e

Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 50 e ss. e p. 302; Jorge Duarte Pinheiro, **O Direito da Família Contemporâneo**, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 181 e ss.; Maria Clara Sottomayor, «Quem são os verdadeiros pais: adopção plena de menor e oposição dos pais biológicos», in: **Direito e Justiça**, Tomo I, Vol. 16 (2012), p. 214 e ss.

3 Cfr. OLIVEIRA, Guilherme de. **Critério jurídico da paternidade**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 461.

4 O art. 130.º proibia a ação de investigação da paternidade ilegítima, a não ser que houvesse escrito do pai que declarasse a sua paternidade; posse de estado por parte do pretenso filho ou estupro violento ou rapto. O art. 34.º do Decreto n.º 2, de 1910, acrescentou a esta lista a sedução e a convivência notória entre a mãe e o pretenso pai. É fácil de perceber que a verdade biológica não era uma das preocupações do Código, já que, por exemplo, o 122.º do Código de Seabra não permitia sequer a perfilhação dos filhos adulterinos ou dos filhos incestuosos.

5 Guilherme de Oliveira refere que terá sido assim possivelmente por o pretenso filho, sendo tratado como tal pelo pretenso pai, se sentir muitas vezes inibido de intentar a respetiva ação judicial durante a vida deste. Cfr. OLIVEIRA, Guilherme de. **Critério jurídico da paternidade**. cit., p. 462.



tocar as fronteiras da imprescritibilidade”.⁶

No entanto, o atual Código Civil veio mudar de paradigma, afastando-se de várias ordens jurídicas europeias que admitiam (e admitem) o reconhecimento da paternidade a todo o tempo. O anteprojeto de Gomes da Silva deixa claro que a preocupação foi a de evitar a caça às heranças, principalmente numa altura em que os pretensos pais já não se podiam defender e, por maioria de razão, os seus herdeiros também não.⁷ Além disso, o estabelecimento da paternidade faria sentido perto do nascimento, para que os pretensos pais fossem obrigados a garantir as condições de vida dos filhos ilegítimos e para atenuar os efeitos nefastos da ilegitimidade na formação da sua personalidade.⁸ Assim, o art. 1854.º (na sua redação original) acabou por estabelecer um prazo de caducidade de dois anos a contar da maioridade ou emancipação do pretenso filho, com algumas exceções.⁹ Em 1977, este regime transitou para os artigos 1817.º e 1873.º, mas manteve-se praticamente idêntico.

As razões que explicavam a adoção deste regime prendiam-se, em grande medida, com as dificuldades de prova. Entendia-se que, decorrido um lapso grande de tempo, se verificaria um “envelhecimento das provas”: as partes (por exemplo, os herdeiros do pretenso pai) teriam grande dificuldade em provar que o pretenso pai não era o progenitor, se o pretenso filho conseguisse provar a existência de um relacionamento entre a sua mãe e o pretenso pai; na altura ainda não se recorria às

6 *Ibidem*.

7 Uma das críticas apontadas à permissibilidade da investigação da paternidade era a de os pretensos filhos ilegítimos apenas tratarem de estabelecer a sua paternidade quando os pretensos pais já estavam perto da morte, o que demonstra que a sua única intenção era herdar, sendo “movidos apenas por sentimentos de cobiça”. Cf. OLIVEIRA, Guilherme de, «Caducidade das acções de investigação», In: **AAVV, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977**, vol. I, **Direito da Família e das Sucessões**, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 51. O mesmo texto pode ser consultado em OLIVEIRA, Guilherme de, «Caducidade das acções de investigação», *Lex Familiae*, nº 1, 2004, p. 7-13.

8 SILVA, Gomes da, «O Direito da Família no futuro Código civil (segunda parte)», *BMJ* nº 88, 1959, p. 86 e 87.

9 V. redação da norma:

“2. Se não for possível obter o reconhecimento da maternidade ou paternidade em consequência do disposto no artigo 1826, a acção pode ser proposta no ano seguinte à rectificação, declaração de nulidade ou cancelamento do registo inibitório, contanto que a remoção do obstáculo tenha sido requerida até ao termo do prazo estabelecido no número anterior, se para tal o investigador tiver legitimidade.

3. Se a acção se fundar em escrito no qual o pretenso progenitor declare inequivocamente a maternidade ou paternidade, pode a acção ser proposta a todo o tempo, desde que o escrito só tenha sido obtido pelo investigador nos seis meses anteriores à proposição da acção.

4. Se o investigador for tratado como filho pelo pretenso pai ou mãe, a acção pode ser proposta dentro do prazo de um ano, a contar da data em que cessar aquele tratamento.

5. Os prazos referidos nos números anteriores não começam nem correm nos casos previstos no artigo 319.



atuais técnicas de determinação da paternidade através de exames de ADN, pelo que a prova teria de ser feita com base em testemunhos, documentos escritos, etc. Assim, a prova não seria fiável e os autores falam mesmo da existência de conluios, de manipulação da prova testemunhal, sem falar das simples situações em que, devido à passagem do tempo, a memória simplesmente falha.¹⁰ Finalmente, a aliar-se ao argumento do envelhecimento das provas e ao da caça às fortunas, que se pretendia evitar, ainda se reconhecia um interesse legítimo dos pretensos pais e dos seus herdeiros à segurança jurídica: a partir de determinada altura estes deveriam legitimamente poder esperar não ser molestados na sua tranquilidade e nas suas expectativas (mormente económicas, no que toca à distribuição das heranças), e a existência de um prazo de caducidade protegê-los-ia da insegurança de, a qualquer momento, ver a sua vida sofrer alterações não previsíveis.¹¹

Por outro lado, nesta altura, apesar de o atual Código Civil consagrar o princípio da verdade biológica, não havia ainda grande sensibilidade relativamente à importância que o conhecimento das origens (genéticas) poderia ter para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

2.2 Os dados atuais da questão

Em 1976, com a nova CRP, esta perceção começou a mudar. Em primeiro lugar, o art. 36.º, n.º 1, 1.ª parte, da CRP consagrou o direito fundamental de constituir família, o que implicará, nomeadamente, o direito de intentar uma ação de investigação de paternidade e, assim, poder estabelecer a relação jurídica filial.¹²

Em seguida, há que considerar a consagração do “direito à identidade pessoal” no art. 26.º, na segunda revisão constitucional de 1982, que, aliando-se ao direito à integridade pessoal (já consagrado desde a primeira versão da CRP), viria a postular, segundo a doutrina, um direito à identidade genética ou à historicidade pessoal. Nas palavras de Guilherme de Oliveira, “saber *quem sou* exige saber *de onde venho*, quais são os meus antecedentes genéticos, onde estão as minhas raízes familiares, geográficas e culturais”.¹³

Finalmente, é ainda de apontar uma alteração significativa no Direito da Família português: o princípio da não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento, consagrado no art. 36.º, n.º 4, da CRP, em consonância com o princípio da igualdade

10 OLIVEIRA, Guilherme de. «Caducidade das acções de investigação», cit., p. 51.

11 *Idem*, p. 50.

12 Guilherme de Oliveira refere que este direito é “tendencialmente ilimitado”, visto que a lei fundamental não faz restrições, admitindo, até, o estabelecimento da paternidade em caso de incesto – embora apenas quando esta seja da iniciativa dos particulares, pois a lei não quer imiscuir-se na vontade das partes em manter, nestes casos, o vínculo de parentesco na penumbra. *Idem*, p. 51, n. 9.

13 *Idem*, p. 51. Guilherme de Oliveira afirma que a lei fundamental, aparentemente, também não estabelece restrições a estes direitos.



constante do art. 13.º. A partir de 1976 deixaram de existir os chamados filhos ilegítimos: todos os filhos têm o mesmo estatuto, tenham nascido dentro ou fora do casamento.¹⁴ O estabelecimento da paternidade não pode fazer-se da mesma forma, uma vez que para os filhos nascidos fora do casamento não pode funcionar a presunção *pater is est*, mas há que reconhecer-se a estes filhos, tal como se reconhece aos outros, meios que lhes permitam estabelecer a paternidade, admitindo-se que estes provem o vínculo biológico de forma mais alargada.

3 COLISÃO DOS DIREITOS DO FILHO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PRETENSO PAI

Um direito fundamental do pretenso progenitor, consagrado no art. 26.º, n.º 1, é o seu direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e familiar. Ora, ver-se confrontado com uma ação de investigação de paternidade, principalmente depois de passado um lapso de tempo considerável, será algo que perturbará a paz familiar, podendo dar azo a danos de variada índole. Será também algo que implicará a devassa da intimidade da sua vida privada. O facto de estes direitos do pretenso pai estarem, assim, em cheque, aliado às considerações que expusemos *supra* sobre os argumentos tradicionais apontados na defesa da existência de um prazo de caducidade para o exercício do direito de investigar a paternidade, levaram grande parte da doutrina e da jurisprudência, durante muito tempo, a considerar que o art. 1817.º do CC era constitucional. Esta norma estabelecia um prazo de dois anos a contar da maioridade do filho, findo o qual caducava o seu direito de estabelecer a paternidade por via da respetiva ação de investigação. Entendia-se que a lei teria feito uma ponderação adequada dos interesses em jogo: por um lado, previa uma forma de o filho poder exercer o seu direito de investigar a paternidade; por outro, limitava o exercício deste direito no tempo, para acautelar os direitos do pretenso pai. Entendia-se, assim, que esta restrição seria proporcional e adequada e, portanto, constitucional.

Contudo, com o tempo, a doutrina foi mudando de posição, o que provocou, por sua vez, uma alteração da jurisprudência.

Guilherme de Oliveira, um dos autores de maior peso nesta matéria, que na década de oitenta entendia que a norma do art. 1817.º era compatível com a CRP, veio defender mais tarde o inverso, afirmando que os “dados do problema” tinham mudado.¹⁵ Em primeiro lugar, o autor afirma que tem vindo a desenvolver-se, em termos culturais e científicos, uma postura de defesa da importância do conhecimento das origens: o desenvolvimento da genética (e o reconhecimento do determinismo genético e da importância dos vínculos biológicos) a tanto teria conduzido. Daí um novo peso atribuído ao direito fundamental à identidade pessoal (no sentido

14 HÖRSTER, Heinrich Ewald. **A parte geral do Código Civil português** – Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra, Almedina, 2016 (reimpr.), p. 146.

15 Francisco Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, **Curso de Direito da Família**, v. II, cit., p. 247 e ss.



de se reconhecer um direito fundamental a conhecer a ascendência biológica) e à integridade pessoal. O autor sublinha, ainda, o papel do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade, consagrado na revisão constitucional de 1997, que também irá neste sentido.¹⁶ Por outro lado, o autor entende que os interesses que permitiam reconhecer restrições ao direito de investigar a paternidade cada vez têm menos peso. O autor coloca em causa o argumento da segurança jurídica do pretenso pai, afirmando que este não merece a “segurança de não ser incomodado a partir dos vinte anos do filho”, pois sempre terá o dever de assumir as suas responsabilidades, principalmente por o nosso sistema jurídico consagrar o dever de os pais perfilharem os filhos e hoje bastar um mero teste genético para se averiguar da verdade biológica. Aliás, o autor sublinha que hoje o argumento do envelhecimento das provas “perdeu quase todo o valor”, dada a fiabilidade dos testes genéticos.¹⁷ Por outro lado, o autor recorda que a segurança jurídica dos herdeiros não é uma preocupação absoluta da nossa ordem jurídica, uma vez que é a própria lei que permite a qualquer herdeiro preterido intentar uma ação de petição da herança a todo o tempo (art. 2075.º do CC). O autor acrescenta que o argumento da caça às fortunas também não terá hoje o mesmo peso de outrora: nos dias de hoje, em princípio, “autores e réus” terão “meios de fortuna semelhantes, que se exprimem por uma formação profissional e por um emprego”; uma ação de investigação da paternidade intentada numa fase da vida em que o filho já é adulto (logo, não se destinará a conseguir prestações alimentares e ainda não visará uma pretensão sucessória) terá em vista, primordialmente, “descobrir o seu lugar no sistema de parentesco como meio de combater a solidão individual”. Finalmente, o autor afasta o argumento de que seria necessário ter em consideração os direitos fundamentais do pretenso pai, afirmando que prefere “tutelar o direito do filho a investigar a filiação a tutelar o direito do progenitor a esquivar-se à sua responsabilidade inalienável”, não dando “relevância à liberdade-de-não-ser-considerado-pai, só pelo facto de terem passado muitos anos sobre a concepção”. O autor termina por dizer que “tanto ‘o princípio da verdade biológica’ que inspira o nosso direito da filiação quanto as noções sobre responsabilidade individual a que adiro não reconhecem uma faculdade de o pai biológico se eximir à responsabilidade jurídica correspondente”.¹⁸

Deste modo, conclui que se havia equilíbrio na solução legal na década de oitenta, este deixou de existir na atualidade, pelo que a norma do art. 1817.º (e 1873.º) seria inconstitucional. Sendo assim, não haveria prazo para as ações de investigação da paternidade, podendo o filho exercer o seu direito a todo o tempo.¹⁹

16 OLIVEIRA, Guilherme de. «Caducidade das acções de investigação», cit., p. 53.

17 *Idem*, p. 54 e 55.

18 *Ibidem*.

19 *Idem*, p. 58, corpo do texto e n. 18.



4 A EVOLUÇÃO DO PROBLEMA

Inicialmente, a jurisprudência seguia no sentido tradicional, ou seja, considerava que a norma do art. 1817.º, n.º 1, não era inconstitucional, considerando os argumentos que já foram expostos *supra*. O acórdão do Tribunal Constitucional n.º 413/89, de 31/5, veio, expressamente, pronunciar-se no sentido da não inconstitucionalidade.²⁰ Contudo, esta tendência inverteu-se. O acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/2006, de 10/1,²¹ veio decidir no sentido contrário, declarando a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, desta norma, “na medida em que prevê, para a caducidade do direito de investigar a paternidade, um prazo de dois anos a partir da maioridade do investigante”, por violação dos artigos 26.º, n.º 1, 36.º, n.º 1, e 18.º, n.º 2 da CRP. Esta decisão baseou-se na fundamentação do acórdão do Tribunal Constitucional nº 486/2004, de 7/7,²² tendo este sido também acolhido por várias decisões.²³

Tendo a norma sido declarada inconstitucional com força obrigatória geral, parte da doutrina²⁴ entendeu que deixou de existir um prazo para a ação de investigação da paternidade. Contudo, o legislador não entendeu ser esta a solução mais adequada e

20 Cf. Ac. do TC n.º 413/89, de 31/5, cujo relator foi Cardoso da Costa, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890413.html>. Este acórdão seguia o exposto no ac. TC n.º 99/88, de 28/4, cujo relator foi também Cardoso da Costa, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19880099.html>. V., igualmente neste sentido, ac. do TC n.º 451/89, de 21/6, cujo relator foi Nunes de Almeida, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890451.html>; ac. do TC n.º 311/95, de 20/6, cujo relator foi Alves Correia, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950311.html>; ac. do TC n.º 506/99, de 21/9, cujo relator foi Tavares da Costa, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990506.html>; ac. do TC n.º 525/2003, de 29/10, cuja relatora foi Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030525.html>.

21 Cujo relator foi Paulo Mota Pinto, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060023.html>.

22 Cujo relator foi Paulo Mota Pinto, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040486.html>.

23 V., por exemplo, ac. do TC n.º 11/2005, de 12/1, cujo relator foi Paulo Mota Pinto, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050011.html>; decisão sumária nº 114/2005, de 9/3, cujo relator foi Bravo Serra, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarias/20050114.html>; decisão sumária nº 288/2005, de 4/8, cujo relator foi Pamplona de Oliveira, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarias/20050288.html>.

24 Cf., por todos, PINHEIRO, Jorge Duarte, «Inconstitucionalidade do artigo 1817, nº 1, do Código Civil – Ac. do TC 23/2006, de 10.1.2006, Proc. 885/05», **Cadernos de Direito Privado**, p. 48. Apesar de discordar da decisão que anota, por se limitar a declarar a inconstitucionalidade do prazo constante da norma do art. 1817 em vez de declarar inconstitucionais quaisquer prazos que limitem ou restrinjam o direito de investigar a paternidade, o autor entende ser possível fazer-se uma interpretação da norma conforme à Constituição, entendendo que o prazo de dois anos deve ser aplicado apenas para efeitos sucessórios, ou seja, poder-se-ia estabelecer a filiação a todo o tempo, mas apenas garantindo efeitos pessoais à ação de investigação de paternidade e não efeitos patrimoniais. Cf. *idem*, p. 50 e ss.



veio alterar a lei em 2009. A partir desta data, o art. 1817.º, n.º 1, passou a estabelecer que a ação de investigação da paternidade só pode ser proposta durante a menoridade do investigante ou nos dez anos posteriores à sua maioridade ou emancipação. Assim foi aumentado o prazo de dois para dez anos, o que significa que, no limite, o filho terá a possibilidade de investigar a sua paternidade até aos 28 anos, altura em que já terá entrado plenamente na idade adulta e terá podido ponderar se quer ou não o estabelecimento do respetivo vínculo filial.

Contudo, esta alteração legal não foi pacífica. Parte da doutrina continua a defender a existência de inconstitucionalidade do prazo e de um direito imprescritível a favor do filho; outra parte segue no sentido de entender que a nova versão da lei terá consagrado uma solução ponderada e equilibrada. Os tribunais dividem-se, mas o Tribunal Constitucional segue no sentido de considerar constitucional o art. 1817.º, n.º 1, na redação dada pela Lei n.º 14/2009, de 1/4.²⁵ Também há acórdãos do STJ nesse sentido, como o ac. do STJ de 9.4.2013, que afirma que o prazo de 10 anos do art. 1817.º, n.º 1, é um prazo “razoável e proporcional que não coarta o exercício do direito do investigante, no confronto com o princípio da confiança e da tutela dos interesses merecedores de proteção do investigado, e, por isso, não enferma de inconstitucionalidade material”.²⁶

5 O ABUSO DE DIREITO E O PRINCÍPIO DA UNIDADE DE ESTADO

Quer se considere imprescritível o direito de investigar a paternidade (considerando inconstitucional a norma do art. 1817.º, ainda que na nova redação), quer se considere que este direito pode sofrer restrições através do estabelecimento de um prazo razoavelmente longo (como seria o prazo de dez anos atualmente previsto), pode suceder que alguém intente uma ação de investigação da paternidade visando apenas benefícios patrimoniais. Esta ação poderá respeitar o prazo do art. 1817.º, n.º 1, ou, eventualmente, ainda que ultrapassando-o, ser aceite por se considerar esta norma inconstitucional (pelo que a ação seria admitida a todo o tempo). Contudo, a finalidade desta ação não vai de encontro à razão pela qual é reconhecido ao filho o direito de investigar a paternidade. Como vimos, este direito baseia-se no direito

25 Cf. a decisão sumária do TC n.º 252/2016, de 3/5, cujo relator foi José António Teles Pereira, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarias/20160252.html>, em que se afirma que, embora “uma parte da jurisprudência das relações e do Supremo Tribunal de Justiça se incline para a inconstitucionalidade da norma (na apontada redação de 2009), a posição do Tribunal Constitucional, afirmada no Acórdão nº 401/2011, do Plenário, não conheceu modificação, como atestam os inúmeros acórdãos e decisões sumárias que, desde então, vêm sendo proferidos a esse respeito, designadamente os Acórdãos números 445/2011, 446/2011, 476/2011, 545/2011, 77/2012, 106/2012, 231/2012, 247/2012, 515/2012, 166/2013, 350/2013, 750/2013, 373/2014, 383/2014, 518/2014, 529/2014, 547/2014, 704/2014, 302/2015, 594/2015 e 626/2015”.

26 Cf. ac. do STJ de 9.04.2013, Proc. 187/09, cujo relator foi Fonseca Ramos, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1a4bfd00c40f70e680257b4e004e8147?OpenDocument&Highlight=0,187%2F09.7TBPFR.P1.S1>, consultado em 15/12/2016.



fundamental à identidade pessoal, na sua vertente de identidade genética e direito a conhecer as próprias origens. O nosso Código Civil sempre visou impedir que este direito fosse exercido apenas com o intuito de permitir ao filho obter benefícios económicos injustificados, mormente, proceder a uma “caça à herança”. Ora, se este direito é exercido apenas com este intuito, sê-lo-á ilegitimamente, excedendo manifestamente os limites impostos pelo seu fim social ou económico, pelo que o seu titular atuará em abuso de direito (art. 334.º do CC).

A vertente de abuso de direito aqui referida – o abuso de direito institucional – pode ser conhecida oficiosamente pelo tribunal, uma vez que cabe a este verificar os limites imanentes do direito subjetivo invocado,²⁷ e obstar a que o direito possa ser exercido. É esta a solução apontada por Guilherme de Oliveira para os casos limite em que se possa abusar de um direito de investigar a paternidade imprescritível: caso o filho apenas queira estabelecer a paternidade muitos anos depois, muitas vezes após ou perto da morte do pai, quando o que lhe interessará é apenas obter benefícios sucessórios e não estabelecer laços com este.²⁸

Contudo, há autores que têm criticado esta solução por considerarem que vem coartar o exercício do direito na íntegra, quando seria mais razoável impedirem-se apenas os efeitos patrimoniais desta ação, mantendo-se o reconhecimento do estado de filho, ou seja, concedendo à ação o efeito pessoal do estabelecimento da filiação. Assim, o filho veria o seu estatuto de filho reconhecido, mas não para efeitos sucessórios. É esta a posição de Jorge Duarte Pinheiro, expressa na anotação ao ac. do TC n.º 23/2006, de 10/1, que veio declarar inconstitucional, com força obrigatória geral, o prazo de dois anos da redação original do art. 1817.º, n.º 1, pelo que, na época, podia entender-se que a lei deixara de estabelecer um prazo, sendo o direito em questão imprescritível. O autor critica a solução do abuso de direito, apontando-lhe vários inconvenientes: por um lado, e nas palavras do autor, esta solução “abre uma brecha na alegada imprescritibilidade do direito de investigar”; por outro, seria preferível criar concretizações da figura geral do abuso de direito, já que esta possuiria contornos demasiado imprecisos, sendo sujeita a incertezas; além disso, esta solução paralisaria totalmente o exercício do direito, quando poderia limitar-se a negar ao investigador os benefícios sucessórios e a manter o estabelecimento do vínculo filial; por último, esquece-se da posição de terceiros que possam ter um legítimo interesse no estabelecimento da filiação (como os filhos do investigador, que podem também querer saber qual é a sua origem, conhecendo o avô). A solução que o autor apresenta é a de se fazer uma interpretação do art. 1817.º, n.º 1, conforme aos artigos 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1, da Constituição, de forma a preservar a norma em questão, de acordo com o princípio do aproveitamento das disposições legais (art. 9.º, n.º 3, do CC): dando mais peso ao elemento teleológico da interpretação

27 HÖRSTER, Heinrich Ewald. **A parte geral do Código Civil português**, cit., p. 281 e ss., em especial, p. 283 e 284. Sobre o abuso de direito em geral, v. SÁ, Fernando Augusto Cunha de, *Abuso do Direito*, Coimbra, Almedina, 1997 (reimp.).

28 Cfr. OLIVEIRA, Guilherme de, «Caducidade das acções de investigação», cit., p. 57.



do que ao elemento literal, poderia entender-se que o prazo previsto na norma (que, na altura, era o prazo de dois anos) dizia respeito apenas aos efeitos sucessórios do estabelecimento da filiação. Assim, o direito de investigar a paternidade seria admitido a todo o tempo (sendo os direitos a constituir família do art. 36.º, n.º 1, e o direito à identidade pessoal do art. 26.º, n.º 1, da CRP sempre salvaguardados), mas só poderia dar azo a efeitos sucessórios se a ação tivesse sido intentada dentro do prazo previsto na norma.²⁹

No entanto, esta posição poderá contender com o princípio da indivisibilidade ou unidade de estado, como o próprio autor reconhece: “pode alguém ser considerado filho de uma pessoa para uns efeitos e não para outros, v.g., sucessórios?”³⁰ Contudo, o autor considera que esta será uma legítima derrogação deste princípio, à semelhança do que acontece com os artigos 1603.º e 1856.º. Neste último, por exemplo, o CC não atribui efeitos sucessórios à perfilhação feita depois da morte do perfilhado (visando impedir que o pai venha perfilhar apenas com intuítos sucessórios), só se produzindo os efeitos da perfilhação em favor dos descendentes do perfilhado.

Na verdade, esta é a solução adotada no Código Civil de Macau. Os artigos 1677.º e 1722.º consagram a regra da imprescritibilidade das ações de investigação da paternidade, mas, ao mesmo tempo, estabelecem que, se a ação for intentada mais de quinze anos depois do conhecimento dos factos que permitem ajuizar da paternidade e se prove que o autor pretende maioritariamente obter benefícios patrimoniais com o estabelecimento da paternidade, o estabelecimento da paternidade não terá eficácia patrimonial, mas apenas pessoal. Ou seja, o filho verá o seu estatuto de filho reconhecido, mas apenas para os efeitos pessoais do estabelecimento do vínculo jurídico da filiação. Não lhe serão reconhecidos efeitos patrimoniais, nomeadamente, não será chamado a herdar do pai, nas situações limite em que se prove que é apenas este o seu intento, em vez de pretender exercer o seu direito fundamental à identidade genética.

A solução do Código Civil de Macau entende-se. Pensamos que a ideia é exatamente a mesma que decorre das regras gerais do abuso de direito:³¹ se a imprescritibilidade desta ação tem como fundamento permitir ao filho conhecer-se a si mesmo, ao estabelecer um vínculo que o liga à sua origem, à sua historicidade pessoal, como pode permitir-se a todo o tempo uma ação que não visa o exercício do direito para o qual foi criada?

29 PINHEIRO, Jorge Duarte, op. cit., p. 51 e 52. O autor afirma que ao ler-se no art. 1817, nº 1, que “a ação de investigação de maternidade só pode ser proposta durante a menoridade do investigador ou nos dois primeiros anos posteriores à sua maioridade ou emancipação”, deve subentender-se “para efeitos sucessórios”. Idem, p. 52.

30 *Ibidem*.

31 Igualmente no sentido de que as normas referidas do Código Civil de Macau parecem ser uma concretização do princípio geral do abuso do direito no âmbito do estabelecimento da paternidade, OLIVEIRA, Guilherme de, «Caducidade das acções de investigação», cit., p. 57.



A jurisprudência portuguesa não é unânime no que toca a esta questão. O já referido acórdão do STJ de 9.4.2013, que afirma a constitucionalidade do prazo de dez anos do art. 1817.º, n.º 1, reconhece que poderão, eventualmente, restringir-se as consequências jurídicas da ação de investigação da paternidade “à questão de estado – a filiação –, não valendo para as consequências patrimoniais”.³²

No sentido inverso, contudo, veja-se, por exemplo, o mais recente ac. do STJ de 17.03.2016, que, embora subscreva igualmente a ideia da constitucionalidade do prazo de dez anos, afirma que “o vínculo da filiação não se cinge ao direito à identidade pessoal consagrado no art. 26.º, n.º 1, da CRP, gerando igualmente para os envolvidos na relação parental efeitos pessoais (nos quais se compreendem, para além dos aspetos da afetividade e da prestação de assistência moral, a obrigação de criação e educação dos filhos) e efeitos patrimoniais (destacando-se entre estes a obrigação alimentar e o direito à vocação hereditária)” e que “o princípio da igualdade de filiação impõe que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, tenham os mesmos direitos, sob pena de violação do princípio da indivisibilidade ou unidade do estado”.³³

Cristina Dias entende que “o argumento da obtenção de benefícios sucessórios” não deve poder sobrepor-se “ao interesse do filho no estabelecimento da filiação”, pelo que a autora aceita que em casos-limite se possam afastar os efeitos patrimoniais da ação de investigação de paternidade, mas assegurando-se sempre “o direito do filho ao conhecimento da sua origem genética”. A autora acrescenta que, existindo um prazo de caducidade, “à luz do nosso ordenamento jurídico [...] a questão perde interesse prático, mas sempre se poderá discutir se o prazo vale para todos os efeitos resultantes da filiação ou se o prazo de caducidade apenas se aplica aos efeitos patrimoniais, admitindo-se a cindibilidade do estatuto pessoal e do patrimonial”.³⁴ Ou seja, conclui que, embora seja seu entendimento que a nossa ordem jurídica deveria admitir a ação de investigação de paternidade a todo o tempo, com todos os efeitos que esta comporta, face ao direito constituído existe um prazo de caducidade de dez anos fixado pelo art. 1817.º, n.º 1. Esta norma, no entanto, não resolve a questão da cindibilidade do estatuto pessoal e do estatuto patrimonial do filho, o que dá azo a duas hipóteses: “ou se nega ao autor

32 Convém referir aqui o voto de vencido de Salazar Casanova, que não considera aceitável o afastamento dos efeitos sucessórios de uma ação de investigação de paternidade com base no instituto do abuso do direito, pois conduziria a reconhecer-se uma causa de indignidade sucessória que atingiria “todo aquele que pretende ver reconhecida a sua filiação para se constituir sucessor”, acrescentando, ainda, que não entende que seja ilegítima esta pretensão. Cfr. CASANOVA, Salazar, «Declaração de voto», **Cadernos de Direito Privado**, nº 45, 2014, p. 46 e 47.

33 Cfr. ac. do STJ de 17.03.2016, Proc. 994/06.2TBVFR.P2.S1, cujo relator foi João Trindade, disponível em <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6d336b5dc49c4f7680257f790052ad9a?OpenDocument&Highlight=0,187%2F09.7TBPFR.P1.S1>>, consultado em 15/12/2016.

34 DIAS, Cristina M. A., «Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade», anotação ao Ac. do STJ de 9.4.2013, Proc. 187/09, **Cadernos de Direito Privado**, nº 45, 2014, p. 55.



da ação de investigação a possibilidade de reconhecer a sua filiação (afastando-se o direito constitucional à identidade pessoal) ou se segue uma solução semelhante à prevista no Código Civil de Macau que, permitindo a todo o tempo a ação de investigação, nega a produção de efeitos patrimoniais do reconhecimento da filiação nos casos enunciados, tendo subjacente aos mesmos a ideia do abuso do direito”.³⁵ A autora acrescenta que, apesar de esta admissão da cindibilidade do estatuto pessoal e patrimonial do filho, de facto, implicar uma espécie de causa de indignidade sucessória não prevista na lei, esta solução já foi admitida pelo STJ noutras circunstâncias: com fundamento em abuso do direito, o STJ afastou a pretensão sucessória de um pai que violou a filha de 14 anos, a obrigou a abortar, cumpriu pena de prisão, nunca tendo reatado laços com a filha (que nunca lhe perdoou) e depois se apresentou como seu herdeiro após a morte desta, aos 29 anos, vítima de acidente de viação.³⁶

6 CONCLUSÃO

Chegados aqui, podemos referir a existência das seguintes possibilidades de interpretação da norma em análise:

a) numa interpretação mais conservadora do art. 1817.º n.º 1, entender-se-á que o direito de investigar a própria paternidade se extingue no prazo de dez anos, considerando-se este prazo como uma forma que o legislador encontrou de conciliar os diferentes direitos e interesses aqui em conflito, sendo a norma, então, constitucional; assim, durante este prazo, a ação terá provimento, estabelecendo-se a filiação com todos os direitos que lhe subjazem (pessoais e patrimoniais; de acordo com o princípio da unidade de estado e da indivisibilidade do estatuto pessoal e patrimonial do filho, todos os efeitos da filiação seriam assegurados);

b) outra hipótese, será a de aceitar a vigência deste prazo de caducidade, mas entender que, mesmo dentro deste prazo, o filho pode intentar a ação com intuítos meramente patrimoniais, incorrendo em abuso de direito por desvirtuar as funções do instituto da filiação, caso em que se poderão cindir os efeitos pessoais e patrimoniais do estabelecimento da filiação, negando ao filho direitos patrimoniais (nomeadamente sucessórios);

c) uma outra, será interpretar-se o art. 1817.º, n.º 1, conforme à CRP, considerando que o prazo de dez anos neste previsto visa apenas impedir os efeitos patrimoniais, admitindo-se os efeitos pessoais da ação de investigação de paternidade a todo o tempo (reconhecendo-se, portanto, também aqui, a possibilidade de derrogação

35 DIAS, Cristina M. A., «Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade», cit., p. 58 e 59.

36 Idem, p. 59. O acórdão em questão é o Ac. do STJ de 7.1.2010, disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0a1c5dbe7191b5ae802576a50032d005?OpenDocument>>, consultado em 16/12/2016.



excepcional do princípio da unidade de estado);

d) finalmente, pode ainda considerar-se a norma em questão inconstitucional, pelo que a ação de investigação da paternidade será admitida a todo o tempo, podendo, em casos limite, impedir-se o exercício do direito em virtude do seu abuso (ou na sua totalidade, ou apenas na parte que se refere aos efeitos patrimoniais, admitindo-se, então, a cindibilidade do estatuto pessoal e do estatuto patrimonial do filho).

Creio que o estabelecimento da filiação – pelo menos na parte que se refere aos efeitos pessoais – deveria ser admitida a todo o tempo. Mesmo que as pessoas em causa sejam adultas, o filho deve poder conhecer a sua origem genética. O fundamento do seu direito de investigar a paternidade não pode ser afastado pela mera vontade do pai em não querer ser “apanhado em falso”; mesmo não estando em causa o estabelecimento de vínculos de afeto – que nunca poderiam ser exigidos em tribunal - ou de convivência, por nenhuma das partes ter já interesse nisso, o filho poderá depender deste reconhecimento para o seu bem-estar emocional e psíquico.

Por outro lado, não me choca que, em casos-limite, se possa cindir o estatuto pessoal e patrimonial do filho. A lei fá-lo noutras situações, como vimos. Mesmo que isso implique a consagração de uma causa de indignidade sucessória não prevista na lei, não é para isso que serve o instituto do abuso de direito? Desde que se prove o exercício manifestamente abusivo do direito à identidade genética em causa – que, na verdade, será então apenas um direito aparente, porque exercido para uma finalidade que não aquela para o qual existe – não vejo porque não há-de impedir-se o estabelecimento de efeitos patrimoniais da filiação, seja dentro do prazo do art. 1817.º, n.º 1, seja fora.³⁷

Assim, creio que a solução mais adequada será a de se interpretar o art. 1817.º, n.º 1, em ordem a salvaguardar a norma, de acordo com a CRP, considerando que o prazo de dez anos nesta previsto só se refere aos efeitos patrimoniais do estabelecimento da filiação. A partir deste prazo, considerando a situação dos demais herdeiros e o interesse da salvaguarda da estabilidade e da segurança jurídica, talvez possa justificar-se a não produção de efeitos patrimoniais.³⁸

³⁷ Caso se entenda que a norma do art. 1817.º, n.º 1 é inconstitucional e, por isso, não há prazo para as ações de investigação de paternidade.

³⁸ Evidentemente, se laços de afeto vierem posteriormente a desenvolver-se entre pai e filho, nada impedirá que o primeiro contemple o segundo em testamento.



DAS PRÁTICAS CORRUPTIVAS QUANDO DA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS: INSTRUMENTO MATERIAL DE FISCALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ISENÇÃO E REDUÇÃO DE TRIBUTOS

Tatiane Kipper ¹

Diogo Frantz²

1 INTRODUÇÃO

No presente artigo, visa-se a verificação de instrumentos materiais de fiscalização das políticas públicas de isenção e redução de tributos pelos entes federados, evitando as práticas corruptivas. Assim, o controle social e tutela dos direitos dos cidadãos através da verificação de instrumento material de fiscalização na concessão de políticas públicas de isenção e redução de tributos capazes de ensejar a fiscalização pela sociedade civil quando da concessão de benefícios fiscais, evitando assim as práticas corruptivas.

Logo, considerando que já existem leis que limitam a concessão de benefícios fiscais, criando restrições e critérios, bem como o controle realizado pelo Poder Judiciário, como poderá ser instaurado um procedimento material de fiscalização na isenção e redução de tributos haja vista a ocorrência de práticas corruptivas?

Assim, para tanto os entes estatais quando da efetivação das competências estabelecidas, por vezes, realizam atos irregulares, dentre os quais, as práticas corruptivas. No entanto, apesar da importância que as políticas públicas de concessão de benefícios fiscais representam para o crescimento das empresas e desenvolvimento de certas regiões e municípios, não se pode desprezar que os atos de corrupção também permeiam tais atividades. Desse modo, mesmo existindo um controle formal, através de leis que estabelecem limites e critérios para a isenção e redução, bem como o realizado pelo Poder Judiciário, considera-se que através de um instrumento material de fiscalização por meio da participação da sociedade civil, seria possível evitar que tais benefícios fossem concedidos no interesse de propina aos políticos e com ofensa aos preceitos que orientam a isenção e redução dos tributos.

Portanto, tem como objetivo geral verificar se é possível a instauração de um instrumento material de fiscalização para a concessão de benefícios fiscais, com o

1 Advogada. Professora na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Mestre em Constitucionalismo Contemporâneo pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. E-mail: tatiane2@unsc.br

2 Advogado. Professor na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Mestre em Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. E-mail: diogofrantz@unisc.br



fim de evitar e minimizar as práticas corruptivas na isenção e redução de tributos, haja vista já existir um controle formal por meio do Legislativo e do Poder Judiciário, porém insuficientes.

Para tanto, o presente estudo apresenta como método de abordagem o hipotético- dedutivo, que irá partir do estudo sobre o princípio da Boa Administração Pública como controle das práticas corruptivas na realização de políticas públicas e sua influência na atuação da Administração Pública para efetivação da Lei Anticorrupção, através da utilização de doutrina nacional e internacional existente sobre o tema, em especial as que abordam os temas envolvendo o princípio da Boa Administração Pública, Práticas Corruptivas e Políticas Públicas.

2 CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS COMO POLÍTICAS PÚBLICAS DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Conforme destaca Liberati (2013), a mudança do Estado Liberal para o Estado Social acabou por acarretar mudanças nas funções administrativas do Estado. Em outras palavras, a Administração passa a ser vista não mais como agressiva aos direitos dos particulares, mas tida como o principal instrumento de realização das funções e das necessidades dos cidadãos que passam a ser atribuídas ao Estado.

Importante destacar, que as políticas públicas acabam por envolver decisões complexas. Ou seja, não derivam de decisões individuais, mesmo que eivadas de membros do Governo, mas como destaca Liberati (2013, p. 87): “de uma *policy* derivada de uma decisão que vai muito para além dessa decisão, abrangendo, pelo menos, a sua execução ou *implementation*”.

Ainda segundo dispõe Liberati (2013), a implementação e a execução de políticas públicas envolvem decisões que podem nem sempre serem satisfatórias para todos os membros da sociedade, haja vista que aquelas derivam de escolhas, pois envolvem conflitos entre as camadas sociais que por sua vez possuem diferentes interesses. Além disso, tais escolhas dependem de recursos disponíveis que poderão privilegiar uns em detrimento de outros direitos. Na verdade:

A execução das políticas públicas deve seguir o comando constitucional: esta é a primeira e mais importante regra para a implementação das ações públicas: a legalidade. Essas políticas públicas assentam-se, geralmente, em princípios constitucionais – formadores e sustentadores dos direitos fundamentais -, que devem ser seguidos como regras de aplicação imediata, e não como diretivas de conteúdo ético e programático. (LIBERATI, 2013, p. 87).

Nesse sentido, Sgarbi (2007) sustenta que é imprescindível considerar a ideia de deveres e direitos, no sentido de que se alguém possui uma determinada conduta estatuída pelo conjunto normativo, esse sujeito possui um dever jurídico. E, dever



jurídico significa que uma conduta oposta é tornada pressuposto de uma sanção ou consequência jurídica.

Para Kelsen (1998) quando as pessoas celebram contratos, atuam judicialmente, contraem obrigações são sempre tais atos exercidos por indivíduos. E assim, surge o conceito de imputação em Kelsen, no sentido de o que um indivíduo faz ou deixa de fazer poderá ser atribuído a uma pessoa jurídica apenas se essa conduta do indivíduo estiver determinada pela ordem jurídica parcial que constitui a pessoa jurídica.

Em vista de tais explanações, Kelsen (1998) considera que uma corporação pode ser responsável por um delito cometido por um de seus membros, se este delito estiver de alguma forma relacionado com a função que o indivíduo exerce como órgão da corporação. Analisando a imputação em Kelsen, destaca-se a seguinte transcrição:

Falar de obrigações e direitos do Estado não quer dizer que algum ser, que existe separadamente dos indivíduos humanos, “tem” essas obrigações e deveres. Falamos de tais obrigações e deveres quando imputamos ao Estado, à unidade personificada da ordem jurídica, os atos que constituem o conteúdo dessas obrigações e deveres. Estes são obrigações e direitos de indivíduos que, ao cumprirem esses deveres, ao exercerem esses direitos, têm a capacidade de órgãos do Estado. As obrigações e direitos do Estado são obrigações e direitos dos órgãos do Estado. A existência de obrigações e direitos do Estado não implica o problema da auto-obrigação, mas o da imputação. As obrigações e os direitos do Estado são obrigações e direitos dos indivíduos que, segundo nosso critério, devem ser considerados órgãos do Estado, ou seja, que executam uma função específica determinada pela ordem jurídica. Essa função pode ser o conteúdo de uma obrigação ou de um direito. (KELSEN, 1998, p. 286).

Daí que se verifica que a vontade psíquica do agente – como pessoa física – expressa a vontade do órgão, que é a vontade do Estado, do Governo e da Administração. Embora despersonalizados, os órgãos públicos mantêm relações funcionais entre si e também com terceiros, das quais acabam resultando efeitos internos e externos, na forma legal ou regulamentar (MEIRELLES, 2006).

Diante disso, a relação que se dá entre a pessoa jurídica e o indivíduo ganha ainda mais importância em virtude do conjunto de obrigações conferido à Administração Pública, necessitando da distribuição de tarefas. Com isso quer se dizer que:

O amplo rol de atividades que a Administração Pública deve realizar para cumprir seu papel na vida da sociedade impede que se concentrem na atuação de uma única autoridade ou um único setor. Além da inviabilidade material em si, outros fatores levam à necessidade de desconcentrá-las: aptidões técnicas diferenciadas,



modos especializados de execução, recursos humanos e materiais pertinentes etc. Segundo critérios de especialização do trabalho ou de divisão do trabalho, o amplo rol de atividades é distribuído entre diversos setores ou unidades, denominados órgãos públicos ou órgãos administrativos. (MEDAUAR, 2010, p. 57).

O que ocorre, é que independentemente da forma como são prestados os serviços, executadas as políticas públicas, há na organização diferentes unidades através de uma estrutura mediada por pessoas e meios materiais. E, como reflexos de uma organização são instituídas competências e hierarquias, estabelecendo-se os responsáveis pelo planejamento, decisão, execução das atividades atribuídas.

Pode-se dizer que na realização das tarefas para a efetivação de suas atribuições, há uma distribuição dos deveres, pois a gama de demandas faz necessária uma fixação de competências. De acordo com isso, Cavalcanti expressa:

Qualquer que seja o regime político ou a organização social de um Estado, qualquer que seja a sua estrutura, sempre a base da administração terá de ser a hierarquia, isto é, a instituição de diversos graus e categorias funcionais a que se correspondem determinada ordem de jurisdição e competência. (CAVALCANTI, 1977, p. 173).

Há na verdade, uma relação entre a organização administrativa, seja pública ou privada e as correspondentes decisões. A relação se expressa da seguinte forma consoante aponta Meirelles (2006, p. 104): “é esse poder que empresta autoridade ao agente público quando recebe da lei competência decisória e força para impor suas decisões aos administrados”.

Neste cenário, despontam dois importantes conceitos de Luhmann: organização e decisão. De fato, para Luhmann (1997, p. 09-10) a organização “é a realização da autoridade ou da produção”. A decisão, por meio da eleição entre alternativas é para Luhmann a conversão da incerteza em risco. Se compreende a decisão como a conversão da incerteza em risco, uma vez que as decisões tematizam a sua própria contingência. A decisão não é apenas apontar a alternativa escolhida, mas também assumir a consequência pela não escolha das outras alternativas.

Assim, ao entender a decisão como uma relação entre alternativas, Reck (2009) refere que uma decisão deve ser vista não apenas como a alternativa escolhida, mas sim a existência de uma variedade de alternativas, sua análise e escolha em uma sucessão de tempo.

Posto dessa forma, quando se fala em práticas corruptivas na concessão de benefícios fiscais, tal situação se relaciona com os referidos conceitos, vez que derivada de escolhas pelas pessoas que realizam os atos em nome do Poder Público ou da empresa privada, pois na execução de políticas públicas há o planejamento, decisão e concretização de tais medidas. Os agentes aos quais são conferidas as



competências para realizá-las podem estar decidindo de forma a não respeitar os preceitos legais e constitucionais, e assim acarretar as devidas consequências.

Frisa-se que a atividade tributária é regida por vários princípios constitucionais, dentre eles o da legalidade. E mais, sabe-se, também, que a atividade de cobrar os tributos é obrigatória e vinculada, sob pena de responsabilidade. De outro lado, a concessão de isenção e redução de tributos pode sim se mostrar em um excelente instrumento de incentivos e benefícios fiscais visando o desenvolvimento social e econômico do Estado, bem como de concretização dos objetivos constitucionais.

No entanto, dentro dos parâmetros legais que regem a tributação, a concessão de isenção e redução de impostos, deve obedecer aos critérios estabelecidos, sob pena de esta se configurar apenas em um instrumento para beneficiar alguns sujeitos de forma ilegal e corruptiva. Ou seja, tais agentes podem estar tomando decisões de beneficiar no âmbito fiscal, não visando o interesse público e o desenvolvimento econômico, mas objetivando tão somente interesses particulares, caracterizando assim o fenômeno da corrupção, sobre o qual será discorrido no próximo tópico.

3 O FENÔMENO DA CORRUPÇÃO

É de se destacar, no entanto, que a corrupção não é um fenômeno típico brasileiro, nem de pequenos ou grandes centros, de países desenvolvidos ou não, mas algo que está assolando todo o mundo. Por isso, carece de estudo e análise, visto que apesar de não ser um tema novo, é um problema que ainda não apresenta soluções estratégicas, necessitando de mecanismos e políticas públicas eficazes para o seu combate.

Nesse sentido é que se destaca os ensinamentos de Cardoso e Santos (p. 81, 2004-2005):

Não poderia ser considerado 'novidade', posto que a preocupação com o enfrentamento da corrupção, o aumento da transparência das ações governamentais e o resgate da ética na política e na gestão governamental no Brasil, na América Latina e mesmo no mundo não é assunto recente.

Ainda, consoante afirmam os autores Cardoso e Santos (2004-2005) vários sistemas políticos modernos apresentam problemas como corrupção, nepotismo, fisiologismo, crime organizado, favorecimento, mordomias, etc, utilizando-se uma abundante e variada terminologia para descrever as áreas problemáticas.

A corrupção demonstra ser um fenômeno que não pode ser estudado de forma isolada, devendo ser abordado por diversos campos do conhecimento (LEAL, 2013). Assim, um ato corruptivo poderá gerar efeitos penais, civis e/ou administrativos; e, não só isso, possui a capacidade de interagir em qualquer instância, momento ou



fase da política, inclusive nas políticas públicas.

Sánchez (2014) refere que qualquer enfoque que se dê à corrupção deve ser multidisciplinar e não meramente jurídico, uma vez que acarreta consequências jurídicas, sociais, políticas, éticas, econômicas, filosóficas, etc. Cabe ainda complementar:

Sin perjuicio de ello, consideramos que el Derecho puede hacer una gran contribución –sobre todo desde el punto de vista preventivo– para resolver el problema de la corrupción y de la falta de conductas éticas, estableciendo reglas claras y precisas, tanto de actuación como de contralor que permitan disminuir los efectos nocivos de este terrible mal. (SÁNCHEZ, 2014, p. 214).

No entanto, é de se mencionar conforme Leal (2013) que deve-se possuir o cuidado de restringir o conceito de corrupção a atos relacionados somente ao poder público, visto que, também, pode-se defender a tese de que a corrupção não pode ser restringida a ilicitudes ou a problemas meramente jurídicos.

No que tange à corrupção, cabe observar a mesma como um fenômeno cultural, ou seja, “a cultura da corrupção”, nas palavras de Llaca (2005). Com isso quer se dizer que para compreender a corrupção, necessário se faz entender que ela perpassa pela cultura de cada Estado, da análise de fatores contextuais desses atos, pela cultura da sociedade, de forma que tem que se analisar o contexto social daquele país. De acordo com essa ideia Basco refere:

Segundo, la definición de un marco conceptual también debe resolver cómo hacerse cargo de factores contextuales a los actos de corrupción, como por ejemplo, la cultura. Al considerar las diferencias culturales es posible entender el por qué una acción es considerada corrupción en un contexto social y no es entendida como tal en otro contexto. Por ejemplo, la práctica extendida del *guanxi* en China (el uso de redes de contactos para obtener o dar acceso privilegiado a bienes y servicios) sería un acto de corrupción en otras sociedades donde se le otorga un valor superior a la neutralidad del accionar público. Así, en esas sociedades el *guanxi* es entendido como corrupción, pero en la población china es considerado un accionar legítimo y no cae en la categoría de acto corrupto bajo sus propios estándares. (BASCO, 2010, p. 7).

Não obstante o aludido entendimento, pode-se mesmo falar de uma cultura da corrupção. Isso porque a referida prática demanda o endosso, aceitação, mesma que tácita, do seu entorno, sendo que essa cultura vem crescendo nos costumes que a reproduzem. Dito isso, “não se pode falar em corrupção por essência, porque ela



sempre se mede relativamente a determinados padrões comportamentais, éticos e morais, em relação à coisa pública” (LEAL, 2013, p. 82).

Pontua-se que se faz necessário estudar a corrupção como um fenômeno globalizado, pois consoante destaca Leal (2013, p. 88): “o fenômeno da corrupção não é originalidade brasileira, para muito além disto, afigura-se como fenômeno globalizado”. Percebe-se com isso, que ao se falar acerca da corrupção, esta não pode ser vista como uma prática eminentemente brasileira.

No que tange às práticas corruptivas não se pode deixar de considerar que as mesmas ocorrem também na concessão de benefícios fiscais. Em outras palavras, apesar da isenção e da redução de tributos consistirem em importantes modelos de políticas públicas de desenvolvimento econômico e social, por vezes, são visadas não em prol do interesse público, mas sim, no intuito de atender interesses de algumas empresas, cidadãos ou de governantes.

Nesse aspecto, não se pode negar que há instrumentos formais que orientam a concessão dos benefícios fiscais, como a legislação brasileira que regula o tema, bem como o próprio controle realizado pelo Poder Judiciário, mas que no entanto se mostram insuficientes para evitar as práticas corruptivas que ocorrem nesse tipo de políticas públicas. O controle formal para a concessão dos benefícios de isenção e redução de tributos será a seguir explanado.

4 DO CONTROLE FORMAL NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS

O artigo 3º do Código Tributário Nacional define tributo da seguinte forma: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. (BRASIL, 1966).

Sobre o conceito estabelecido no artigo 3º do Código Tributário Nacional, Paulsen (2012) enfatiza que a plena vinculação significa que a autoridade tributária deve respeitar o fiel cumprimento da legislação tributária, incluindo todos os atos regulamentares, como instruções normativas e portarias. Dessa forma, seria por isso que o artigo 114 do Código Tributário Nacional diz que o crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou se extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos no referido diploma legal, fora dos quais poderia se falar em responsabilidade funcional:

A Constituição Federal, ao estabelecer as competências tributárias, as limitações ao poder de tributar e a repartição de receitas tributárias, permite que se extraia do seu próprio texto qual o conceito de tributo por ela considerado. Cuida-se de prestação em dinheiro exigida compulsoriamente pelos entes políticos de pessoas físicas ou jurídicas, com ou sem promessa de devolução, forte na ocorrência de situação estabelecida por lei que revele sua capacidade contributiva ou sua



vinculação a atividade estatal que lhe diga respeito diretamente, com vista à obtenção de recursos para o financiamento geral do Estado ou para o financiamento de atividades ou fins específicos realizados e promovidos pelo próprio Estado ou por terceiros no interesse público. (PAULSEN, 2012, p. 24-25).

A isenção, assim como a anistia configuram hipóteses de exclusão do crédito tributário, previstas no artigo 175 do CTN, o qual estabelece: “Excluem o crédito tributário: I - a isenção; II - a anistia”. (BRASIL, 1966).

No entanto, ambas, seja a isenção, seja a anistia, bem como a própria redução de tributos para que sejam concedidas, dependem de lei específica, consoante previsão do §6º do artigo 150 da Constituição Federal de 1988:

Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g. (BRASIL, 1988).

Sobre a isenção, Oliveira (2014) coloca que a Lei de Responsabilidade Fiscal se atém exclusivamente às concedidas em caráter geral, e que a isenção, quando não for concedida desta maneira, será efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos para sua concessão. Dessa forma, a *contrario sensu*, as isenções concedidas em caráter geral não são legalmente reconhecidas como renúncia de receita, nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

O tema da isenção, com seu reflexo sobre renúncia de receita acaba por ter grande repercussão política, econômica e social. Aliás, como bem escreve Paulsen é notória a relação da economia com os tributos:

As relações do Direito Tributário com a economia são intensas. A tributação implica custo para a atividade econômica, sendo que a carga e os benefícios tributários têm efeitos sobre o seu livre exercício, podendo causar violação à isonomia ou prevenir desequilíbrios de concorrência como no caso dos mecanismos para onerar determinadas importações de modo a evitar dumping. A complexidade da legislação tributária, ademais, influi nos custos de transação. Isso sem falar que a desvalorização da moeda tem efeitos sobre a carga tributária. São, assim, inúmeros os pontos em que a Economia e o Direito Tributário se tocam intimamente. (PAULSEN, 2012, p. 16-17).



O que se deve atentar, é que a concessão de isenção e redução de tributos não devem configurar instrumentos de privilégios particulares, de obtenção de propinas para alguns governantes. Se elas não atenderem aos objetivos pelos quais foram instituídas, se não obedecerem aos critérios legais poderão ensejar práticas corruptivas.

A isenção e redução constituem espécies de renúncia de receita, consoante previsão do artigo 14, §1º da Lei de Responsabilidade Fiscal:

A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado. (BRASIL, 2000).

Sobre o conceito de renúncia de receita, Oliveira (2014) ensina que este não deve se esgotar no que dispõe o artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal, sendo meramente exemplificativo, de forma que o conceito gera dúvidas doutrinárias.

No que se refere às consequências da renúncia de receita, cabe justamente trazer a compreensão que o doutrinador acima referido tem sobre o tema:

A renúncia de receita gera crescente rivalidade entre Municípios e entre Estados, os quais abrem mão de parte da receita do ICMS, redundando em confrontos inconvenientes, mas que compõem o todo federativo. A LC 101/2000 deu grande passo na limitação de possíveis conflitos. A renúncia de receita, através de concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária, deve estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência. (OLIVEIRA, 2014, p. 251).

Justamente sobre a renúncia de receita e da maneira que a mesma é por vezes realizada, que Oliveira (2014) pondera que tal fato pode levar a odiosas situações, causando prejuízo ao erário ou detrimento de entidade federativa. Analisa o referido autor, que objetivam melhoria de situações específicas e locais, no entanto,

[...] as medidas são feitas de forma atrabiliária e sem fundamento legal. Basta a elas o cunho político irresponsável. Agora, a lei corta quaisquer tentativas de benefício indevido, em detrimento de outro ente federativo ou mesmo em prejuízo da União ou do Estado, que, ao final, irá suportar a renúncia mediante repasse de seus recursos. Poder-se-ia ter a ideia, num primeiro momento, de que renunciar ao direito de ingresso nos cofres públicos de qualquer quantia que fosse seria absolutamente prejudicial ao Estado, e, via de consequência, ao interesse público e a sociedade como um todo. Ocorre que



importantes estudos econômicos realizados nos Estados Unidos da América na década de 70 comprovaram a relevância e pertinência de uma planejada e adequada *tax expenditure* (renúncia de receita). Constatou-se que através de incentivos fiscais, vai renúncia de receita, poderiam ter o potencial de produzir os mesmos benefícios atingidos com os gatos. (OLIVEIRA, 2014, p. 251-252).

Justamente por isso, para que a renúncia de receita, por meio de isenções e redução de tributos, por exemplo, constitua em algo positivo ao interesse público e social, é que o texto constitucional traz disposições pertinentes ao instituto. Nesse sentido, conforme aponta Oliveira (2014), é vedado instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontram na mesma situação (consoante o artigo 150, III da CF/88), bem como a necessidade de lei específica para a concessão de qualquer benefício. E, não se pode deixar de citar que cabe ao tribunal de contas fiscalizar a aplicação das regras (artigo 70 da CF/88).

Sobre os requisitos abarcados na Lei de Responsabilidade Fiscal, é de se verificar os seguintes, consoante previsão do artigo 14 do diploma legal:

A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias; II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição. (BRASIL, 2000).

Quando da efetivação das competências estabelecidas, os entes estatais, por vezes, realizam atos irregulares, dentre os quais, as práticas corruptivas. Desse modo, a fim de orientar e regular a atuação da Administração Pública, as regras definidoras devem ser respeitadas. Portanto, para que a concessão de isenção e redução de tributos não se constituam em privilégios que maculam a isonomia tributária, incentivam a guerra fiscal, nem sirvam de instrumento de propina, se faz necessária a fiscalização e controle dessa prática.

No que se refere ao controle feito pelo Judiciário, Rizzi (2014), coloca que pacificou-se na jurisprudência do STF, que a concessão da isenção é ato discricionário, e, sendo assim, não caberia ao Judiciário intervir, haja vista se tratar de uma decisão de conveniência e oportunidade do Legislativo e do Executivo. Ou seja, caberia aos



dois últimos poderes verificar se existem razões para a concessão do benefício, de forma que não pode o Judiciário nem mesmo estender o benefícios para outras pessoas ou operações. A autora ainda complementa:

Diante disso, se vê que a concessão de isenção para o STF é uma escolha discricionária concretizada mediante a atuação do mesmo legislador que teve poder para instituir o tributo. Isso porque o poder de isentar é ínsito ao titular da competência tributária e destina-se a satisfazer as políticas de cada ente, que envolve um juízo de conveniência e oportunidade do Poder Público. Sob esse aspecto, torna-se possível dizer que a concessão ou não de isenção é tema afeto ao mérito administrativo. (RIZZI , 2014).

É de se destacar, segundo Rizzi (2007), que se os benefícios forem concedidos indevidamente, o Poder Judiciário poderá invalidar a decisão do ente tributante. Porém, o juízo que o Judiciário poderá fazer é somente um juízo negativo, de retirada do mundo jurídico.

É de se apontar que em razão de tais problemas e à vista das transformações pelas quais passa a sociedade, é necessário cada vez mais enaltecer a importância do conteúdo da Constituição Federal, a fim de se traçar a conduta nas relações com a Administração Pública orientada pelos preceitos constitucionais, e em respeito aos direitos fundamentais, para que todos os cidadãos possam se sentir não apenas protegidos, mas também inseridos no contexto social. A Constituição Federal de 1988 ao prever expressamente a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da República Federativa do Brasil acabou por traçar um norte na atuação não só do ente estatal, mas de todos os demais indivíduos.

Reconhecer a supremacia da Constituição, como a brasileira, que se encontra alicerçada em princípios e valores humanitários, se faz deveras importante:

[...] é importante conceber a Constituição como o “topos hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico”, para, com isso, mergulhar todo o direito infraconstitucional na axiologia transformadora da Lei Maior. Esta tarefa, no entanto, supõe uma nova metodologia constitucional, que saiba extrair dos princípios constitucionais toda a sua eficácia jurídica transformadora. [...] Na verdade, os princípios constitucionais encarnam juridicamente os ideais de justiça de uma comunidade, escancarando a Constituição para uma “leitura moral”, pois é sobretudo através deles que se dará uma espécie de posituação constitucional dos valores do antigo direito natural, tornando impossível uma interpretação axiologicamente asséptica da Constituição. (SARMENTO, 2004, p. 76).

Nessa linha de entendimento, Pereira (2003, p. 120) destaca que a ordem



constitucional é hoje fonte reguladora tanto do poder político como da sociedade civil, constituindo um traço marcante do constitucionalismo contemporâneo a “[...] transformação de uma miríade de assuntos que eram tratados pelo direito civil em matéria constitucional, tornando tênues as fronteiras entre o direito público e privado”.

A partir dessa ideia, entender a incidência dos direitos fundamentais como uma esfera alheia às relações privadas não parece ser compatível com os princípios e fundamentos elencados pela Constituição Brasileira, como o da dignidade da pessoa humana e, o objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Para a obtenção do êxito de seu dever-fazer, essencialmente quanto à aplicação de recursos, caracterizada como a efetivação de despesas com a aquisição de bens, serviços, recursos humanos, obras e todo o necessário ao fim a que se propõe, a Administração Pública submete-se aos princípios administrativos, os quais vêm disciplinar sua atividade, estabelecendo, destarte, limites ao seu poder/dever, evitando excessos ou abusos, sejam eles decorrentes de ilegalidades ou de atos discricionários. A importância dos princípios pode ser verificada nas palavras de Alexy (2008, p. 117-118):

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos.

No âmbito do direito brasileiro a ideia de um princípio fundamental à boa administração é verificada na doutrina de Freitas (2007), quando o mesmo refere o direito à administração pública eficiente e eficaz, que seja cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, bem como com a possibilidade de participação social e plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.

Daí decorre que o reconhecimento de um direito fundamental à boa administração só pode ser bem compreendido numa perspectiva que o interligue à ideia de republicanismo, no sentido de um bem comum a ser querido pela sociedade e garantido pelo Estado. Sobre a consolidação da ideia da Boa Administração como preceito fundamental.



Buscando, portanto, melhor compreender o que seria o princípio da Boa Administração, cabe destacar os ensinamentos de Munóz:

Tratar sobre buena administración constituye una tarea que ha de estar presidida por los valores cívicos, y correspondientes cualidades democráticas, que son exigibles a quien ejerce el poder en la Administración pública a partir de la noción constitucional de servicio objetivo al interés general. Es decir, tal y cómo he señalado en mi libro “El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas” es menester que ese poder sea abierto, plural, moderado, equilibrado, realista, eficaz, eficiente, socialmente sensible, cooperativo, atento a la opinión pública, dinámico y compatible. (MUNÓZ, 2011, p. 117).

Segundo Munóz (2011, p. 118) abarcar o direito fundamental da pessoa a uma Boa Administração significa colocar o cidadão em posição central no direito administrativo. Este ponto de vista para o referido autor “cómo ha señalado agudamente Crozier no hace mucho, ha sido tradicionalmente superado por la concentración de aproximaciones y dimensiones sobre la propia Administración pública de carácter cerrado, endogámico o inmanente”.

Assim, para Munóz (2011, p. 118), na medida em que a Administração Pública se reafirma como a instituição a serviço dos interesses gerais e isso se define de maneira aberta, plural dinâmica, com respeito e fortalecimento com os valores humanos, o aparato público deixa de ser um fim em si mesmo e recupera sua identidade como instituição de serviço essencial à comunidade. Para tanto, insiste o autor: “Derecho que supone, insisto, como corolario necesario, la obligación de la Administración pública de ajustar su actuación a una serie de parámetros y características concretas y determinadas que se expresan constitucionalmente en la idea de servicio objetivo al interés general”.

Sobre essa importância de tal preceito e seus reflexos, destaca Moreira Neto, é que a ideia da boa administração não é uma finalidade disponível, podendo ou não ser atingida pelo Poder Público, mas sim um dever constitucional de quem realiza as atividades de gerir os interesses públicos. Daí que o autor conclui: “Por isso mesmo, em contrapartida, a *boa administração* corresponde a um *direito cívico* do administrado – implícito na *cidadania* (MOREIRA NETO, 2009).

Além do princípio fundamental da Boa Administração, outro preceito legal que deve ser observando quando em discussão está a corrupção é a Lei 12.846, que “dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências”. Tal lei será a seguir analisada, em seus aspectos gerais.



5 CONCLUSÃO

Logo, podemos concluir que o tema da concessão de isenção e redução constituem espécies de renúncia de receita, consoante previsão do artigo 14, §1º da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Dessa forma, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o ato de concessão de isenções e reduções são atos discricionários, ou seja, em regra não cabe a intervenção do Poder Judiciário quanto a análise do mérito, mas salvo quando houver ilegalidade ou ilicitude, devendo, assim, o Poder Judiciário agir mediante provocação.

Assim, a Lei Anticorrupção (Lei Ordinária nº 12.846/2013) vem como uma oportunidade e mecanismo de combate à corrupção, trazendo sanções rígidas às pessoas jurídicas que praticarem atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, ou seja, quando houver conluio entre a Administração Pública e a Pessoa Jurídica.

Há de se destacar que as práticas corruptivas têm o deletério efeito de propiciar a apropriação privada de recursos públicos que poderiam ser investidos na realização de inúmeras políticas funcionalizadoras de direito fundamentais de que o País tanto carece, tais como, fundamentalmente, na prestação dos serviços de saúde, educação, segurança, transporte, alimentação e moradia. Em suma, contraria os objetivos de uma sociedade independente, justa, livre e solidária, que persegue o seu desenvolvimento.

Ou seja, destacam os autores que sendo assim, frente a essa alarmante mazela social, a agenda de ações anticorrupção no Brasil vem sendo levada a efeito em duas vertentes: primo, com a criação de mecanismos de prevenção, monitoramento e controle da corrupção na Administração Pública; e, secundo, com a redução da percepção de impunidade dos agentes envolvidos, o que se obtém por meio da edição de leis que reprimam, de forma rigorosa, as condutas atentatórias à probidade administrativa.

Verifica-se, com isso, que as práticas corruptivas não se dão apenas no âmbito das concessões e isenções, mas também, poderão ocorrer através dos contratos, licitações celebradas pela Administração Pública com as pessoas jurídicas, quando e inclusive na realização de políticas públicas, uma vez que a Lei Anticorrupção dotou a Administração Pública de competências a fim de buscar a responsabilização de tais pessoas jurídicas.

Dessa forma, há necessidade de Leis que possibilitem a responsabilização tanto dos Agentes públicos, como das Pessoas Físicas e Jurídicas, sendo para tanto fundamental que o cidadão exerça o controle social.



REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BASCO, Ana Inés. Metodología de diagnóstico del marco institucional para la lucha contra la corrupción. In: **15., Congreso Interamericano del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública**, Santo Domingo, República Dominicana, 9-12 nov. 2010. Disponível em: <<http://siare.clad.org/fulltext/0065902.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2015.

BASCUÑÁN, P. A.; CAMPOS, M. L. B.; ROJAS, C. N. **Corrupción y derechos humano: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Chile: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2014. Disponível em: <<http://www.cdh.uchile.cl/noticias/detalle.tpl?id=20140721135531>>. Acesso em: 20 set. 2015.

BITTENCOURT, C.M.; RECK, J.R.; A construção de categorias de observação do contrato público e suas relações com a corrupção a partir de uma perspectiva processualista. In: COSTA, M.M.M.; LEAL, M.C.H. (Org.) **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2014.

BRASIL. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao>. Acesso em: 10 out. 2015.

BRASIL. (2000).

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 08 set. 2015.

CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei nº 12.846/2013 – Lei anticorrupção. **Revista digital de direito administrativo da Faculdade de direito de Ribeirão Preto**. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rdda/article/download/80943/pdf_10> Acesso em: 20 ago. 2015.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

FONSECA, Francisco; SÁNCHEZ, Oscar. **Controle da corrupção e reforma do Estado: o governo Covas 1995- 2000**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n52/a05n52.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2015.

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo, Malheiros, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LLACA, Edmundo Gonzáles. **Corrupción: patología colectiva**. México: Instituto Nacional de Administración Pública, 2005. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1680/pl1680.htm>>. Acesso em: 23 set. 2015.

LEAL, Rogério Gesta. O tráfico ilícito de influências e suas vertentes corruptivas.



Revista Brasileira de Estudos da Função Pública, Belo Horizonte, ano 3, n. 8, maio/ago. 2014.

LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações entre estado, administração pública e sociedade**: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Autopoyesis, acción y entendimiento comunicativo. Trad. de Dario Rodriguez Mansilla. Anthropos: México, 1997.

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. **Aspectos relevantes da lei anticorrupção empresarial brasileira (Lei nº 12.846/2013)**. Disponível em: <<http://www.tce.ce.gov.br/component/jdownloads/finish/347-revista-controle-volume-xi-n-2-dezembro-2013/2290-artigo-2-aspectos-relevantes-da-lei-anticorruptcao-empresarial-brasileira-lei-n-12-846-2013>>. Acesso em: 20 set. 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MORAES, Carlos Otaviano Brenner de. **Lei Anticorrupção**. Disponível em: <<http://carlosotaviano.jusbrasil.com.br/artigos/152713598/lei-anticorruptcao>>. Acesso em: 08 set. 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____; FREITAS, Rafael Vêras de. **A juridicidade da Lei Anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas**. Disponível em: <<http://editoraforum.jusbrasil.com.br/artigos/112388938/a-juridicidade-da-lei-anticorruptcao-reflexoes-e-interpretacoes-prospectivas>>. Acesso em: 10 out. 2016.

MUNÓZ, Jaime Rodríguez-Arana. El derecho fundamental a la buena administracion em la Constitución Española y em la Unión Europea. In: LEAL, Rogério Gesta. **O diálogo das fontes** [recurso eletrônico]: direitos sociais e políticas públicas na Europa e no Brasil. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

NEVES, Ricardo Silva das. **Lei anticorrupção**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29643/lei-anticorruptcao>>. Acesso em: 03 out. 2015.

SÁNCHEZ, Alberto M. Anomia y corrupción. In: DELPIAZZO, Carlos E.; LEAL, Rogério Gesta. **Ética pública y patologías corruptivas**. Mosca: Montevideo, 2014.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SGARBI, Adrian. **Hans Kelsen**: ensaios introdutórios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. A economia política da corrupção. **Transparência Brasil**. Disponível em: <<http://www.transparencia.org.br/docs/MFernandes1.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2015.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.



RESUMOS



DIREITOS HUMANOS, DIREITOS CULTURAIS E A PROTEÇÃO DOS BENS CULTURAIS NO BRASIL

Gilmara Benevides Costa Soares Damasceno¹

RESUMO

A pretensão deste estudo é debater sobre a violação dos direitos humanos, sobretudo no tocante aos direitos culturais e à proteção do patrimônio cultural nacional quando há bens culturais ilicitamente deslocados do Brasil. Analisamos a aplicação do mecanismo de cooperação jurídica internacional, de repatriação de bens culturais e de regulação do mercado de obras de arte como forma incidental de proteção do patrimônio cultural brasileiro.

Esta pesquisa tem por objetivo principal debater o uso de mecanismos jurídicos como a cooperação jurídica internacional, a repatriação de bens e o auxílio direto por via diplomática interpretados como mecanismos de proteção aos direitos humanos, em específico aos direitos culturais na perspectiva da proteção do patrimônio cultural e artísticas nacionais. Mais especificamente, compreender o funcionamento da Portaria nº 396 de 15.09.2016 do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), como instrumento administrativo de regulação e controle do mercado de Antiguidades e/ou Obras de Arte de Qualquer Natureza.

A metodologia aplicada é a teórico-descritiva, fundamentada na literatura historiográfica e antropológica sobre a proteção do patrimônio cultural. A interpretação sistemática é utilizada como instrumento de análise das normas jurídicas e sua coerência para com a proteção dos direitos humanos e dos direitos culturais a partir de instrumentos jurídicos contidos em legislações e convenções nacionais e internacionais, abstraindo-se delas uma interpretação extensiva.

De acordo com a literatura jurídica pesquisada, a cooperação jurídica internacional e a repatriação de bens já são utilizadas com sucesso como instrumentos contra o deslocamento ilícito de obras de arte para fora do território nacional. Como exemplo, a Ação Penal nº 2004.61.81.08954-9 que envolveu o ex-banqueiro Edemar Cid Ferreira, ex-Diretor do Banco Santos, em cuja sentença as obras de arte foram destinadas a diferentes instituições culturais na cidade de São Paulo/SP (SANCTIS, 2015).

Nesta pesquisa chegamos à conclusão de que, até a presente data, no Brasil inexistente uma política estatal eficaz em evitar o deslocamento ilícito de seus bens

¹ Doutoranda do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas (UFPB); Mestre em Antropologia Cultural (UFPE); Bacharela em Direito e Graduada em História (UFRN).



culturais. No país tampouco foi criado um tipo penal específico para o tráfico ilícito de bens culturais, o que demonstra uma despreocupação estatal em prevenir os delitos associados ao tráfico. Por outro lado, a regulação do mercado de Antiquidades e/ou Obras de Arte de Qualquer Natureza contra o crime de lavagem de dinheiro é recente. Bem como é recente a utilização de mecanismos sofisticados como a cooperação jurídica internacional e a repatriação de bens como forma de recuperar o patrimônio cultural nacional expatriado. A finalidade das políticas nacionais de defesa do patrimônio cultural é a defesa de um direito humano: o direito de gozar dos bens culturais.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Internacional. Direitos Humanos. Direitos Culturais. Patrimônio Cultural.

REFERÊNCIAS

SANCTIS, Fausto Martin de. **Lavagem de dinheiro por meio de obras de arte:** uma Perspectiva Judicial Criminal. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2015.



OS MEIOS ALTERNATIVOS DE DISPUTAS NA COBRANÇA INTERNACIONAL DE ALIMENTOS

Inez Lopes¹

RESUMO

A sociedade internacional é composta por um pluralismo de estruturas familiares, uma vez que a lei de cada Estado qualifica o conceito de família e estabelece os direitos e obrigações entre seus membros. Diante de situações como a separação de cônjuges, surgem as obrigações de prestar alimentos entre pais e filhos e entre casais. Com o objetivo de facilitar a cobrança decorrente de obrigações alimentares transnacionais, os Estados criam tratados que objetivam facilitar o reconhecimento e a execução de decisões estrangeiras. A mais recente é a Convenção da Haia de 2007 sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em Benefício dos Filhos e de outros Membros da Família. A convenção apresenta regras tradicionais de direito internacional privado e também em relação às cooperações jurídica e administrativa para facilitar a cobrança.

A cobrança de alimentos no exterior não é uma novidade no direito internacional privado. As consequências da Primeira Guerra Mundial levaram a Sociedade das Nações a estudar o assunto a partir de 1929. Os instrumentos internacionais foram se aprimorando. Diferentemente da Convenção de Nova York sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro, de 20 de junho de 1956 (*Convenção de Nova York de 1956*), a Convenção da Haia de 2007 sobre Alimentos torna as regras sobre homologação e execução de sentenças estrangeiras mais claras do que as anteriores, equiparando as decisões ou acordos proferidos por autoridades administrativas e judiciárias em matéria de prestação alimentícia. Ademais, ainda que uma decisão estrangeira tenha conteúdo que envolva outros direitos, é possível a homologação parcial tão somente para alimentos.

Assim, abre caminho para o reconhecimento transfronteiriço de decisões alternativas para a cobrança de alimentos no exterior. As autoridades centrais ganham uma nova roupagem com a Convenção da Haia de 2007, com um papel muito mais ativo, indo além da transmissão de documentos iniciada com a autoridade central da Convenção de Nova York de 1956, estabelecendo um verdadeiro sistema de cooperação e de assistência administrativa e jurídica para o processamento dos pedidos, inclusive pelo uso da tecnologia da informação. Nesse sentido, as autoridades centrais devem diretamente ou por meio de outras autoridades internas promover esforços para facilitar a conciliação, a mediação ou outros meios alternativos

1 Professora-adjunta de Direito Internacional Privado da Universidade de Brasília (UnB).



de solução de conflitos para proteção de crianças e adultos vulneráveis.

O *iSupport* desenvolvido no âmbito da Conferência da Haia é um sistema eletrônico de gestão de processo e de segurança que objetiva principalmente facilitar a cobrança internacional de alimentos pela comunicação entre autoridades centrais e de provisão em relação à transferência eletrônica de fundos e seu monitoramento. Os acordos decorrentes de conciliação ou mediação também podem facilitar a cobrança de alimentos.

O objetivo do presente trabalho é demonstrar que o reconhecimento do uso de meios alternativos de pacificação dos conflitos em matéria de alimentos, como conciliação, mediação e outras alternativas, pode facilitar a cobrança internacional de alimentos transnacionais. Recentemente, o Brasil adotou uma lei que reconhece os acordos privados decorrentes de mediação como títulos extrajudiciais. Entretanto, os Estados que não admitem acordos privados em matéria de família, obstaculizarão o reconhecimento desses acordos e, provavelmente, farão reservas a seu reconhecimento. As autoridades centrais devem ter um papel pró-ativo para promover ações que possibilitem a utilização desses meios alternativos.

PALAVRAS-CHAVES: *iSupport*. Cobrança Internacional de alimentos. Disputas.



PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE RUA VINCULADA A ÁPICE DOS DIREITOS HUMANOS

Júlio Kleber Silva de Lima
Janaina Bezerra de Queiroz

RESUMO

Ao falarmos em Direitos Humanos enfatizamos que seu conceito difere de acordo com o lugar social que ocupa. Assim, uma dificuldade ao lermos sobre direitos humanos nos manuais é a grande diversidade de temas, interpretações, argumentos teóricos, históricos que o tema comporta. Este estudo apresenta como principal objetivo analisar as relações existentes entre direitos humanos e crianças e adolescentes em situação de rua. Para a tessitura metodológica será desenvolvida uma abordagem sobre Direitos Humanos. Em seguida, será traçada a trajetória histórica da política social da infância e da juventude, sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (1990). As primeiras intervenções do Estado na questão do “menor” foram de cunho jurídico com a criação do Código de Menores de 1927. Eram destinatários deste Código, os “menores” que se encontravam “abandonados e delinquentes”. Já, na vigência do Código de Menores (1979), o juiz era o detentor do poder, definindo, assim, a trajetória das crianças e dos adolescentes nas instituições e as decisões tomadas eram baseadas na índole boa ou má dos mesmos. Dentre as conquistas apresentadas pelo ECA está a regulamentação dos artigos 227 e 228 da Constituição Federal, os quais tratam respectivamente sobre a universalização da proteção das crianças e dos adolescentes. Para iniciarmos a nossa discussão, ressaltaremos que, ao longo dos séculos o debate sobre os direitos humanos adquiriu novas configurações, sobretudo a partir da segunda metade do século XX. A Declaração de 1948 é um importante marco histórico na luta por direitos, sobretudo no cenário mundial. Essa Declaração, como também, o Tratado Social de Montesquieu, são retratados como a certidão de nascimento dos direitos humanos, sendo expressão dos interesses e necessidade de todos os sujeitos. Ao analisarmos a situação do nosso objeto de estudo inferimos que o contexto em que vivem viola a dignidade humana, principalmente, enquanto pessoa em desenvolvimento e confrontam as legislações vigentes não só em território brasileiro, mas também nas mais diversas convenções internacionais que lutam pela defesa dos direitos humanos. Os resultados desse estudo apontam que as crianças e os adolescentes analisados, em sua maioria, têm seus direitos negados, fazendo com que decisões políticas e históricas sejam, muitas vezes, “letras mortas”, quer dizer, não tenham efetividade na vida concreta. Por fim, destacamos que os direitos fundamentais como alimentação, saúde, educação e higiene pessoal, reconhecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ainda não foram garantidos em sua amplitude para as crianças



e os adolescentes em situação de rua no país. Para concluirmos, ressaltamos que todas as pessoas, inclusive, as crianças e adolescentes em situação de rua merecem um tratamento dignitário, considerando que, os direitos humanos fundamentais passaram a ser dirigidos para a proteção da dignidade, valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, inclusive o direito à vida e à dignidade.

PALAVRAS-CHAVES: Crianças e Adolescentes. Direitos Humanos. Violação de Direitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente:** Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, Lei n. 8.242, de 12 de outubro de 1991. 4 ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

BRASIL. Lei 6.697, de 10 de outubro de 1979. Aprova o Código de Menores. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 out. 1979.

AGÊNCIA BRASIL, Empresa Brasil de Comunicação. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2011-03-25/criancas-e-adolescentes-em-situacao-de-rua-nao-tem-direitos-fundamentais-garantidos>>. Acesso em: 12 de novembro de 2016.

CARBONARI, P. C. **Sistema Nacional de Direitos Humanos – SNDH.** Subsídio para debate. 2004. Disponível em: <http://dhnet.org.br/direitos/militantes/carbonari/carbonari_sndh_subsidios_debate.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2016.

DANTAS, P. R. F. **Direito processual constitucional.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 556 f.

LIBERATI, W. D. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.** São Paulo: Malheiros, 2010.

LOSACCO, S. Educação e medida sócio-educativa em meio aberto. In: **Medida legal:** a experiência de 5 programas de medidas sócio-educativas em meio aberto. São Paulo: Fundação telefônica, 2008. p. 73-83.

NETTO, J.P.; BRAZ, M. **Economia política:** uma introdução crítica. São Paulo: Cortez, 2006.

NUNES, J. G. A. et al. O cotidiano de crianças e adolescentes abrigadas no oratório festivo São João Bosco. **Oratório de Bebê**, v. 12, n. 10, 2010. 16 f.

QUEIROZ, J. B. **Uma análise das relações existentes entre a questão de gênero e a prática de atos infracionais.** 2014. 12 f.

QUEIROZ, Janaina Bezerra de. **As medidas socioeducativas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade na ótica dos egressos do serviço integrado**



socioeducativo ao adolescente – SINTA. 2010. 36 f. Artigo (Graduação em Serviço Social) – Faculdade de Serviço Social, Universidade Estadual de Campina Grande, PB, 2010.

RUIZ, J. L. S.; PEQUENO, A. C. A. **Direitos humanos e serviço social.** São Paulo: Saraiva, 2015. 208p.

Silva, R. B.; Costa, A. P. Direitos humanos da população em situação de rua? Paradoxos e aproximações à uma vida digna. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Editora Unijuí, Rio Grande do Sul, ano 3, n. 6, p. 151-156, jul./dez. 2015.

SIMOES, C. Direitos humanos e direitos sociais. In: **Curso de Direito do Serviço Social.** 3 ed. verificada e atual. São Paulo: Cortez, 2009.



PARA UMA COMPREENSÃO DO ART. 186 DA LEI N.º 23/2007: MIGRAÇÕES E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PORTUGAL

Larissa A Coelho¹

RESUMO

No ano de 2007 entra em vigor na ordem jurídica portuguesa a Lei n.º 23/2007, de 04 de julho, diploma conhecido como a Lei de Imigração, que introduz *ex novo* no art. 186 a definição do crime de casamento de conveniência, que recentemente teve seu conteúdo alargado com a alteração promovido pela Lei n.º 29/2012, de 9 de agosto. Este preceito nos situa no âmbito dos casamentos transnacionais. Assim, a norma em análise destina-se à verificação do abuso na utilização das relações familiares (em concreto o casamento e a união de fato) como meio de acesso à autorização de residência e/ou nacionalidade portuguesa por parte de cidadãos de Estado terceiro.

Com vista ao controle e à prevenção da prática, o art. 186 dá margem, ao ser conjugado com o art. 188 do mesmo diploma, à instauração de um procedimento administrativo de investigação que se desenrola a partir de indícios cuja competência para tal recai sobre os Serviços de Estrangeiros e Fronteiras que através de meios técnicos (análise documental, audiência dos interessados e a busca domiciliar) tenta ilidir as presunções, confirmando (ou não) a existência de uma plena comunhão de vida entre os requerentes da pretensão migratória. Através de um estudo descritivo-exploratório com uma pesquisa de base bibliográfica e documental, seguindo o método hipotético-dedutivo de Popper, pretendemos analisar o âmbito de aplicação e contextualizar a norma do art. 186 com os objetivos da política de imigração, apontando as situações e comportamentos apresentados pela jurisprudência e doutrina como indícios de um casamento de conveniência, para por fim, examinar os direitos fundamentais dos imigrantes que passam a estar em causa em razão da investigação.

Como argumentos da entidade administrativa, a investigação é fundamentada em razão da proteção de bens jurídicos coletivos, expressamente a segurança pública, a ordem pública e a saúde pública, contudo, verificamos estar diante de uma colisão de direitos, merecendo nossa atenção o direito à intimidade e à reserva da vida privada, pois que dentre os direitos fundamentais chamados à colação em nossa ótica é aquele que suscita maiores problemas.

1 Licenciada em Direito e Mestre em Direitos Humanos pela Universidade do Minho, atualmente doutoranda em Direito Público na mesma IES. Investigadora-colaborada do Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar/UMinho.



Previsto em diplomas jurídicos internacionais e nacionais, a tutela constitucional do direito à intimidade visa proteger os indivíduos ante a intromissão dos poderes públicos, como também perante terceiros e processos judiciais. Defendido pela doutrina que no núcleo duro do direito encontram-se fatos ligados à vida doméstica, ao mundo sentimental, à existência biopsíquica e à sexualidade verificamos que para a confirmação de uma plena comunhão de vida a investigação tende a tangenciar dados e fatos alocados na esfera íntima.

PALAVRAS-CHAVES: Casamentos de Conveniência. Imigração. Direitos Fundamentais. Direito à Intimidade.

REFERÊNCIAS

A.A.V.V. **Glossário de migração e asilo:** uma ferramenta para a melhoria da comparabilidade. Luxemburgo: Comissão Europeia/Serviço das Publicações da União Europeia, 2012.

A.A.V.V. **Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience between EU citizens and non-EU nationals in the context of EU law on free movement of EU citizens.** Brussels: European Commission, 2014. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/citizen/files/swd_2014_284_en.pdf> . Acesso em: 01 dez. 2016.

BAGANHA, Maria Ioannis. Política de imigração: a regulação dos fluxos. **Revista Crítica de Ciências Sociais** [online], 73, dezembro, 2005. Disponível em: <<http://rccs.revues.org/952>> . Acesso em: 02 dez. 2016.

CABRAL, Rita Amaral. **O direito à intimidade da vida privada.** Breve reflexão acerca do artigo 80º do Código Civil. Lisboa: Tipografia Guerra Viseu/Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.** Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed., 15. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Enquadramento jurídico da imigração. In: CONGRESSO IMIGRAÇÃO EM PORTUGAL: DIVERSIDADE – CIDADANIA – INTEGRAÇÃO. 1. 2003, Lisboa. **Actas do I Congresso de Imigração em Portugal:** Diversidade – Cidadania – Integração. Lisboa: Alto Comissariado para a Imigração e Minorias Étnicas, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. **“Reality Shows” e liberdade de programação.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CASTLES, Stephen; MILLER, Mark J. **The age of migrations:** international population movements in the modern world. 4. ed. Basingstoke: Palgrave MacMillan, 2009.

COELHO, Larissa Araújo. **Investigação de “casamentos brancos” e a proteção dos direitos fundamentais no contexto das políticas de imigração ibero-brasileira,** 2016, 173 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Escola de Direito, Universidade



do Minho, Braga, 2016.

GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia. **El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

GRASSI, Marzia. Formas migratórias: casar com o passaporte no espaço Schengen. Uma introdução ao caso de Portugal. **Etnográfica**, Lisboa, vol. 10, n.º 2, p. 283 – 306, 2006.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José. Artículo 7: respeto de la vida privada y familiar. In: LÓPEZ ESCUDERO, Manuel et al. **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea**: comentário artículo por artículo. Bilbao: Fundación BBVA, 2008

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I, 2. ed., rev., actual., e ampl. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010.

PALMA, Maria Fernanda. Tutela da vida privada e processo penal: realidades e perspectivas constitucionais. **Jurisprudência Constitucional**, Coimbra, n.º 10, abril – junho, 2006.

PAPADEMETRIOU, Demetrios G. (Coord.). *A Europa e os seus imigrantes no século XXI*. Lisboa: Fundação Luso-Americana, 2008.

SERVIÇOS DE ESTRANGEIROS E FRONTEIRA. **Relatório de actividades 2007**: imigração, fronteira e asilo. Barcarena: SEF, 2008.

SERVIÇOS DE ESTRANGEIROS E FRONTEIRA. **Relatório de imigração, fronteiras e asilo**. Barcarena: SEF, 2014.

SERVIÇOS DE ESTRANGEIROS E FRONTEIRA. **Relatório de imigração, fronteiras e asilo**. Barcarena: SEF, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.



PACIFICAÇÃO NA SAÚDE- PACIFICASUS: UM PROJETO QUE VISA À PACIFICAÇÃO DOS CONFLITOS JUDICIAIS ATRAVÉS DE ACORDOS CONCILIATÓRIOS E A GARANTIA DO CIDADÃO AO ACESSO A SAÚDE¹

Larissa Kerber²

Vinícius D'Andrea de Medeiros³

RESUMO

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos, legitimou alguns direitos fundamentais ao cidadão brasileiro, entre eles o acesso à saúde, assegurado pelo Estado e efetivado por intermédio de políticas sociais e econômicas. Entretanto por haver esta garantia constitucional, o cidadão busca a efetivação do direito à saúde na esfera judicial, visto que suas necessidades não são atendidas na fase administrativa, resultando numa quantidade de processos que passam da casa de milhões. Diante das lacunas deixadas pelo Estado, o Poder Judiciário acaba intervindo demasiadamente, colocando em risco a sustentabilidade do SUS (Serviço Único de Saúde), visto que a judicialização não alcança seu objetivo de fornecer saúde de forma coletiva e eficiente. Com esta preocupação e também com o desejo de celeridade e eficiência da saúde no Brasil, foi desenvolvido um projeto que visa reduzir o volume de processos judiciais, através de acordos conciliatórios construídos em uma mesa de negociação preventiva, garantindo assim o direito de acesso à saúde do cidadão e neste processo é observado a isonomia entre as partes, nas controvérsias entre particulares e pessoas jurídicas de direito público. Este projeto tem como prioridade encontrar nos conflitos um método apropriado de solução, uma vez que alguns conflitos necessitam de conhecimentos extremamente técnicos, outros, em que não se vislumbra a menor possibilidade de acordo e que necessitam da força coercitiva do Estado para solução, outros ainda, podem ser resolvidos de maneira mais simples, seja com um acordo entre as partes. Cada caso e situação

1 Este trabalho é resultante do projeto “ Pacificação na Saúde: PACIFICASUS/IBSAUDE mesa de pacificação e convergência a utilização de técnicas alternativas de soluções de conflitos no setor saúde, sendo o projeto coordenado pelo Professor Mestre José Eri Osório de Medeiros: professor graduado em Odontologia pela UPF; Especialista em Serviços de Saúde/UNAERP; Mestre em Saúde Coletiva pela UNISINOS; Sanitarista, Coordenador e presidente do Comitê Executivo da IX Conferência Nacional de Saúde; Membro do Conselho Nacional de Saúde, representante do CONASEMS.

2 Advogada. Colaboradora da equipe Jurídica do IBSaúde. (larissamkerber@gmail.com)

3 Advogado. Mestre em Direito pela UNISC. Professor no curso de Direito da Unisc. Atualmente Coordenador do Curso de Direito UNISC – *campus* de Venâncio Aires/RS. Email: vmedeirosadv@gmail.com



pode se adaptar mais ou menos aos vários métodos de resolução de conflitos. Assim, o principal objetivo deste projeto é o de promover o debate e detectar ações que possam contribuir para o aprimoramento da resolução de conflitos segundo o modelo de Mesa de Pacificação e Convergência, que consiste em reunir as partes interessadas, sendo elas entes públicos ou não, a buscarem junto a tais mecanismos extrajudiciais a resolução de conflitos. O projeto empregará a metodologia de oficinas com rodas de conversa conduzidas por facilitadores que proporcionarão o diálogo e a escuta sensível através de troca de opiniões, ideais e conhecimento, sendo considerados como norteadores no processo de discussão e na aplicação do método de solução de conflitos em questão. Serão realizados cinco Oficinas Regionais, distribuídas nas cinco regiões brasileiras e, posteriormente, um Seminário Nacional em Brasília. O conflito é inerente à pessoa humana e quando explicado, a possibilidade de solucioná-lo aparece e a tensão diminui. O projeto está em fase de captação de parceiros para sua realização, visando proporcionar aos cidadãos mais uma ferramenta de garantia dos seus direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVES: Pacificação na Saúde. Pacificação dos Conflitos. Acesso à Saúde. Acordos Conciliatórios.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Lúcia; ABADE, Flávia Lemos. **Para reinventar as rodas:** rodas de conversa em direitos humanos. Belo Horizonte: RECIMAM, 2008.

AKAQUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental.** São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2003.

ALMEIDA, Tânia. Mediação e Conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In: SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Mediação de conflitos:** novo paradigma de acesso à justiça. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

BOFF, Leonardo. Cultura da Paz. In: MACHADO, Ana Rachel; LOUSADA, Eliane Gouvêa; ABREU-TARDELLI, Lilia Santos. **Leitura e produção de textos técnicos e acadêmicos.** São Paulo: Parábola Editorial, 2004.

BRASIL. Presidência da República. **Lei Nº 13.140**, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 15 ago. 2015-a.

BRASIL. Presidência da República. **Lei N.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 ago. 2015-b.

BRASIL. Presidência da República. **Lei Nº 9.469**, de 10 de julho de 1997. Dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da administração indireta. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9469.htm>. Acesso em: 15 ago. 2015-c.



BRASIL. Presidência da República. **Lei Nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 ago. 2015-d.

BRASIL. Presidência da República. **LEI Nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 ago. 2015-e.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Movimento pela conciliação**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-mediacao/movimento-conciliacao-mediacao>>. Acesso em: 10 ago. 2015-a.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução CNJ - N.º 125**, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 10 ago. 2015-b.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários a prática educativa**. São Paulo. Ed: Paz e Terra, 2011.

MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-18/hugo-cavalcanti-brasil-conta-excessiva-judicializacao-saude>>. Acesso em: 15 set. 2015.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro. Ed: Nova Fronteira (Saraiva de Bolso), 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MÉLLO, Ricardo Pimentel et al. Construcionismo, práticas discursivas e possibilidades de pesquisa. **Psicologia e Sociedade**, v.19, n. 3, p. 26-32, 2007.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MORGADO, Patrícia Lima Morgado. **Práticas pedagógicas e saberes docentes na educação em direitos humanos**. Disponível em: <www.novamerica.org.br/medh2/.../Tese%20Patrícia%20Morgado.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2015.

SELLI, Lucilda; VIAL, Eloir Antonio. Justiça como autonomia dos indivíduos. **Revista Brasileira de Bioética**, Brasília: Dora Porto, v. 2; n. 3, 2006.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (Org.). **Mediação enquanto política pública** [recurso eletrônico]: a teoria, a prática e o projeto de lei. 1.ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

SOUZA, Luciane Moessa de. (Org.). Mediação de Conflitos envolvendo entes públicos. In: _____. **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

UNISINOS, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. **Manual para elaboração de trabalhos acadêmicos**. Disponível em: <<http://www.unisinos.br/biblioteca/images/stories/downloads/manual-biblioteca-2015.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2015.



AS FORÇAS ARMADAS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Letícia Lemos de Moura Coração¹

RESUMO

O objetivo do trabalho é demonstrar a relevância de se conhecer as Forças Armadas, com ênfase na sua estrutura e função de garantia e defesa do Estado brasileiro. Neste sentido a pesquisa se desenvolve expondo que, após um período de vinte e um anos de governo militar, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 veio por instaurar, conforme preâmbulo, um Estado Democrático de Direito e pautado em fundamentos tais como: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, dentre outros. Ainda, segundo o “Protocolo de São Salvador”, são objetivos do continente americano consolidar as instituições democráticas, a liberdade das pessoas e uma justiça social, tudo para proporcionar um ambiente de pleno exercício e respeito dos direitos essenciais do homem. Entretanto, somente por meio do direito à educação e informação será possível a participação efetiva das pessoas para a concretização de uma sociedade democrática. Sendo assim, utilizando-se da metodologia indutiva e como instrumento de pesquisa o método monográfico, a pesquisa tem a proposta de expor as missões desempenhadas pelas Forças Armadas, divididas em: primária – defesa da Pátria – e secundária – garantia dos poderes constitucionais e por iniciativa de qualquer um destes, da lei e da ordem, e também, o surgimento de novas atividades subsidiárias de emprego destas Instituições. Assim, serão destacadas algumas ações desempenhadas em prol da segurança tanto nacional quanto internacional, tais como: missões de paz no Haiti, força de pacificação no Complexo do Alemão e da Penha, Operação Ágata objetivando combater delitos (narcotráfico) transfronteiriços e ambientais. Ainda, as ações de segurança e defesa em eventos como: o Rio +20, Copa do Mundo de 2014, Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016. Por fim, o apoio humanitário com serviços de saúde em locais inóspitos do Brasil, e, recentemente, o apoio aéreo no transporte de órgãos. Além do mais, há o objetivo de expor a razão de uma Justiça Especializada e sua estruturação de acordo com o previsto na Constituição. Enfim, serão apontadas as prerrogativas e os deveres dos militares, sendo estes o efetivo das Forças Armadas e denominados servidores da Pátria que juramentaram protegê-la, se for preciso, com o sacrifício de suas vidas. Como resultado, acredita-se que em decorrência do histórico de governo ditatorial há certa indiferença da sociedade para se conhecer, profundamente, as Forças Armadas. Todavia, com o fim deste período e a instauração de uma nova ordem política, essas Instituições, permanentes e firmadas

¹ Graduanda em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo U.E. de Lorena (SP) e Terceiro-Sargento da Força Aérea Brasileira.



na hierarquia e na disciplina, compostas pela Marinha, Exército e Aeronáutica, estão relacionadas à própria existência do Estado Democrático. Por esse motivo, torna-se extremamente relevante o conhecimento em relação às Forças Armadas, pois assim se alcançará a efetivação de uma sociedade desenvolvida e participativa democraticamente.

PALAVRAS-CHAVES: Forças Armadas. Educação Constitucional. Democracia. Desenvolvimento Social.

REFERÊNCIAS

BARROS, Miguel Daladier. O poder de polícia das Forças Armadas. **Revista UNI**, Imperatriz, v. 1, n. 1, p. 95-110, jan./jul. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União n. 191-A, de 05 out. 1988. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Ministério da Defesa. **Livro Branco de Defesa Nacional**. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.defesa.gov.br/arquivos/2012/mes07/lbndn.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

BRASIL. Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980. **Estatuto dos Militares**. Código Penal Militar: Código de Processo Penal Militar. Ricardo Vergueiro Figueiredo (Org.). 14. ed. São Paulo: RIDEEL, 2016.

_____. Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964. **Lei do Serviço Militar**. Código Penal Militar: Código de Processo Penal Militar. Ricardo Vergueiro Figueiredo (Org.). 14. ed. São Paulo: RIDEEL, 2016.

_____. Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992. **Lei de Organização Judiciária Militar**. Código Penal Militar: Código de Processo Penal Militar. Ricardo Vergueiro Figueiredo (Org.). 14. ed. São Paulo: RIDEEL, 2016.

_____. Lei Complementar nº 97. Normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. Publicada no **Diário Oficial da União**, Brasília, no dia 09 jun. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp97.htm>. Acesso em: 17 nov. 2014.

FERRAZ, Francisco César Alves. Relações entre civis e militares no Brasil: um esboço histórico. **Revista História e Ensino**, Londrina, v. 4, p. 115-137, out. 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MELLO, Wallace da Silva. **Forças Armadas, Nova República e conjecturas para um novo papel institucional**. Disponível em: <<http://www.ecsbdefesa.com.br/defesa/fts/FANRPI.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2015. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, Eliézer Rizzo de Oliveira; SOARES, Samuel Alves. Forças Armadas, direção política e formato institucional. In: D' ARAÚJO, Maria Celina; CASTRO, Celso (Org.). **Democracia e Forças Armadas no Cone Sul**. Rio de Janeiro, FGV, 2000. Disponível



em: <http://cpdoc.fgv.br/producao_intelectual/arq/50.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2016.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.



O ENTE LOCAL E A EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA

Nairo Venício Wester Lamb¹

Letícia Abati Zanotto²

RESUMO

A instituição de um novo modelo de Administração Pública, a partir da reforma gerencial na administração brasileira, trouxe à tona o conceito de governança, caracterizada pela capacidade de inserção do Estado na sociedade e de ação na implementação de políticas públicas. Somado a esta condição, o advento da Carta Magna de 1988, ampliou o leque de responsabilidade estatal quanto à concretização de direitos sociais.

Foi reconhecido pela CF no artigo 6º o direito à segurança, ainda que o artigo 144 tenha se limitado a tratá-la apenas sob o ângulo das instituições policiais, sendo de responsabilidade e dever de todos.

Atualmente, os índices de criminalidade enfrentados no País são alarmantes, atingindo quase 60 mil homicídios/ano em 2014. Neste cenário, deve-se repensar as políticas de segurança, que devem ser compartilhadas pelos entes federados e pela população, daí a importância de projetos como o Programa Segurança Cidadã, da ONU/PNUD em parceria com o governo brasileiro.

Com o objetivo de averiguar o papel dos entes locais na efetivação de políticas públicas de segurança, buscou-se analisar os avanços na área, posteriormente o papel do município no combate à violência e, por fim, o conceito de segurança cidadã e a sua contribuição como política pública local.

Como método de abordagem utilizou-se o dedutivo e como técnica de pesquisa a documentação direta e indireta, utilizando-se de pesquisa bibliográfica como fonte primária e secundária.

Durante muitos anos predominou no País a lógica de políticas públicas centralizadoras, com atuação quase exclusiva dos governos estaduais como responsáveis pela área de segurança pública, sendo tímida a participação dos

1 Especialista em Gestão Pública Municipal (UFRGS). Bacharel em Direito (UNISC). Servidor Público e Advogado. Integrante dos grupos de estudos do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISC: Poder Local e Políticas Públicas, coordenado pelo Prof. Dr. Ricardo Hermany e Princípios do Direito Social, coordenado pelo Prof. Dr. Raimar Machado. E-mail: nairo@lawyer.com.

2 Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Pesquisadora PROBIC/FAPERGS, integrante do projeto de pesquisa Relações de Poder e o Poder Municipal no Estado Brasileiro. E-mail: leticiazanotto@hotmail.com.



demais entes. Somente nos últimos anos que houve ampliação da atuação federal, especialmente através do Plano Nacional de Segurança Pública (PNSP) em 2000 e do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI) em 2007.

A Constituição de 1988, apesar de promover a descentralização do poder, não trouxe de forma explícita a atuação da administração local para além das guardas municipais. Assim, surge a importância do reconhecimento do papel do município na implantação de políticas de segurança, baseado na interpretação ampla do artigo 30 da CF e no princípio da subsidiariedade, o qual busca uma redistribuição de competências e valorização do ente local trazendo uma nova lógica de relacionamento entre o poder público estatal e a sociedade, valorizando o cidadão.

Na tentativa de alcançar esta pretensão o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) desenvolveu o conceito de Convivência e Segurança Cidadã onde a promoção da segurança é realizada de acordo com uma série de fatores a serem avaliados, com o desenvolvimento de inúmeras atividades interdisciplinares no combate à violência. Seu conceito abrange o estímulo da participação da comunidade no ajuste das ações, o que torna o governo local mais democrático.

Como resultado de uma política de segurança cidadã, o município atua diretamente no desenvolvimento das políticas de segurança, garantindo um combate mais efetivo à violência e na garantia concreta dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVES: Município. Políticas públicas. Segurança Pública. Segurança Cidadã.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, ed. esp. comemorativa, p. 67-86, 2007.

BALLESTEROS, Paula Rodriguez. Gestão de políticas de segurança pública no Brasil: problemas, impasses e desafios. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, São Paulo, v. 8, n.1, p. 6-22, fev./mar. 2014. Disponível em: <<http://www.revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/353/173>>. Acesso em: 11 dez. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 dez. 2016.

CAVALHEIRO, M. E.; JUCHEM, D. M. Políticas públicas: uma análise mais apurada sobre governança e governabilidade. **Revista Brasileira de História & Ciências Sociais**, São Leopoldo, n. 1, jul. 2009.

CERQUEIRA, D.; et al. **Atlas da Violência 2016**. Brasília: IPEA, 2016. Disponível



em: <http://infogbucket.s3.amazonaws.com/arquivos/2016/03/22/atlas_da_violencia_2016.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

CORRALO, G.S.; ZANOTTO, L. A. O poder municipal e as políticas públicas de segurança. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 12.; e MOSTRA NACIONAL DE TRABALHOS CIENTÍFICOS, 2., 2016, Santa Cruz do Sul. **Anais...** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2016. p. 1-17. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14727>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

DELGADO, Leticia Fonseca Paiva. O município e a segurança pública: para compreender o presente, um retorno ao passado. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 84-111, jul./dez. 2015.

HERMANY, Ricardo. **Município na Constituição – Poder local no constitucionalismo luso-brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2012.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Convivência e segurança cidadã**. Disponível em: <https://issuu.com/pnudbrasil/docs/pnud_e_seguranca_cidada>. Acesso em: 6 dez. 2016.

ROSAS JR., J. R.; SILVA JR., A.S.A.H.; LANGHI, C. Segurança pública, municípios e sociedade: uma reflexão sobre responsabilidades. **Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP**, Marília, n.18, p. 91-110, nov. 2016. Disponível em: <<http://200.145.171.5/revistas/index.php/levs/article/view/6501/4286>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

SANTOS, Maria Helena de Castro. Governabilidade e democracia: criação de capacidade governativa e relações executivo-legislativo no Brasil Pós-Constituinte. **Dados**, Rio de Janeiro, vol. 40, 1997.

TEIXEIRA, M.A.N.; NASCIMENTO, D. E. Segurança pública e desenvolvimento econômico local. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, Barretos, vol. 3, n. 2, p. 39-71, 2015. Disponível em: <<http://unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/about/contact>>. Acesso em: 11 dez. 2016.

VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**: sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001.



PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS ÀS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Rafael Fernando Ireno Guerreiro¹

RESUMO

Segundo Dadalto, as diretivas antecipadas de vontade surgiram no final da década de 60, nos Estados Unidos, com o nome de Living Will (Testamento Vital), como resultado das reflexões acerca dos experimentos com humanos na Segunda Guerra Mundial e da evolução da relação médico-paciente, que sempre foi verticalizada. As diretivas são um conjunto de instruções escritas através das quais a pessoa dita os procedimentos a que está disposta a receber se estiver incapacitada de expressar sua vontade nos casos de doença em estágio terminal ou de impossível cura, de tratamento que gere sequelas irreparáveis ou ainda de reanimação em caso de parada cardiorrespiratória. Neste momento cabe a definição de Venciana acerca de paciente terminal, que “é aquele cuja condição é irreversível, independente de ser tratado ou não, e que apresenta uma alta probabilidade de morrer num período relativamente curto de tempo”; o mesmo autor informa que “o estado vegetativo permanente é aquele em que o paciente mantém suas funções cardiovasculares, respiratórias, renais, termorreguladoras e endócrinas, assim como alternam sono e vigília, mas não mostram nenhum contato com o meio externo e nenhuma atividade voluntária”. No Brasil, o procedimento das Diretivas Antecipadas de Vontade, não é regulamentado por legislação específica, havendo apenas algumas leis que tratam do assunto implicitamente, como a lei paulista nº 10.241/99 e o Enunciado nº 37 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ); há ainda a Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina (CFM), que trata do assunto, em nível ético-disciplinar, pois é direcionado aos médicos (LIPPMAN). Entretanto a grande base legal das diretivas são os princípios constitucionais, primordialmente o da Dignidade da Pessoa Humana, o qual preconiza que o direito à vida é indisponível, porém esta vida deve ser digna e com condições mínimas existenciais, como liberdade e saúde, condições estas que podem não existir para uma pessoa em estágio terminal de doença incurável ou com graves sequelas. Também o princípio da autonomia, que destaca a capacidade do próprio indivíduo em definir as regras que devem ser seguidas em seu tratamento médico, exercendo o poder diretivo sobre suas escolhas, consonante com suas crenças e valores, devendo ser respeitadas pela equipe médica e pela família. Mais um princípio invocado é o preconizado no artigo 5º, inciso III, da Magna Carta, que veda que qualquer pessoa seja torturada ou submetida a tratamento desumano, e o que é obrigar alguém a um procedimento médico não consentido, senão submetê-la

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Barão de Mauá. Pós graduando em Direito Médico pela UNIARA.



a desumanidade (LENZA). A vida é protegida pelos chamados direitos humanos de primeira dimensão, os quais, impondo obrigações negativas ao Estado, retirava do soberano, o poder de decidir sobre a vida de seus súditos. Já os chamados direitos humanos de segunda dimensão protegem a vida de forma digna, especialmente no tocante à saúde, impondo ao Estado obrigações positivas, ou seja, de fazer algo (SILVA). Essa vida digna pode ser considerada como a existência, propiciando ao indivíduo o poder de decisão. Deste modo, evidencia-se a importância das Diretivas Antecipadas de Vontade como mecanismo de exercício dos princípios constitucionais elencados, quais sejam, a dignidade da pessoa humana, a autonomia e a vedação ao tratamento desumano. É uma efetivação da liberdade de escolha e da autonomia das decisões com base nas convicções individuais para conciliar a proteção à vida, com a existência.

PALAVRAS-CHAVES: Princípios Constitucionais. Diretivas Antecipadas de Vontade. Autonomia da Vontade.

REFERÊNCIAS

DADALTO, L. **Testamento vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIPPMAN, E. **Testamento vital: o direito à dignidade**. São Paulo: Matrix, 2013.

SLVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

VENCIANA, J. M. G. Estado vegetativo persistente: Aspectos clínicos. **Medicina intensiva**. Madrid, v. 28, n. 3, p. 108-111, 2004. Disponível em: <<http://www.medintensiva.org/es/estado-vegetativo-persistente-aspectos-clinicos/articulo/13060069/>>. Acesso em: 03 out. 2016.



A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL BRASIL- PORTUGAL PARA O RETORNO DE CRIANÇAS SUBTRAÍDAS – A APLICAÇÃO BILATERAL DA CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980

Rodrigo Meira

RESUMO

O presente estudo visa a demonstrar, a partir da análise de 10 casos (cinco de cada país), o estado da arte da cooperação jurídica internacional Brasil-Portugal para os casos de rapto internacional de crianças, segundo a Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Decreto 3.413/2000).

Os objetivos gerais do estudo estão relacionados à comparação entre o tratamento processual enfrentado a partir de um pedido de cooperação para o retorno de crianças de um país a outro, avaliando como as Autoridades Centrais e o Poder Judiciário de ambos os países vêm interpretando a Convenção de Haia.

Há dois objetivos específicos: o primeiro é avaliar a tramitação processual de ambos os países, verificando a conveniência e a legalidade do uso do princípio da reciprocidade nessas relações no contexto da Convenção da Haia; o segundo é constatar quão efetiva é a cooperação jurídica internacional entre Brasil e Portugal, em comparação ao resto do mundo em termos de cumprimento da Convenção. Busca-se apontar caminhos possíveis para o incremento da cooperação bilateral.

A metodologia escolhida parte da análise jurisprudencial dos 10 casos de subtração internacional em que Brasil e Portugal figuram tanto como país solicitante quanto país solicitado, com uma abordagem oposta ao método dedutivo, que primeiro avalia a deontologia da cooperação para, em seguida, avaliar a aplicação no caso concreto. Como procedimento técnico, a análise de jurisprudência de ambos os países, assim como a bibliografia e a opinião de especialistas serão utilizadas.

A análise realizada apresentou os seguintes resultados: 1) apesar da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, o Brasil apresenta um sistema ainda muito lento de apreciação dos casos de subtração internacional, oferecendo dificuldades à cooperação, que se baseia em celeridade para efetivar-se; 2) embora Portugal seja mais eficiente na prestação jurisdicional, o fato de não oferecer recursos à decisão de primeira instância dificulta a cooperação; 3) o Brasil tem envidado esforços para a aplicação mais célere por meio da apresentação de Anteprojeto de Lei que, se aprovado, poderá tornar mais rápida a prestação jurisdicional; 4) a aplicação do princípio da reciprocidade em decorrência da cooperação jurídica exclusiva na primeira instância parece não ser condizente com a tradição brasileira, mas poderia



fazer Portugal rever essa prática administrativa.

Brasil e Portugal apresentam muita proximidade institucional e facilidade linguística, o que poderia facilitar a cooperação jurídica internacional para os casos de rapto internacional de crianças, a partir da possibilidade de incremento institucional de ambos os lados. A presença desses fatores positivos poderia facilitar a criação de mecanismos de celeridade para os casos de rapto internacional de crianças.

PALAVRAS-CHAVES: Convenção da Haia de 1980. Cooperação Jurídica Internacional Brasil-Portugal. Mecanismos Bilaterais de Celeridade Processual. Rapto Internacional de Crianças.

REFERÊNCIAS

BEAUMONT, Paul R.; McELEVY, Peter E. **The Hague Convention on International Child Abduction**. London: Oxford University Press, 2004.

BRASIL. Decreto 3.413, de 14 de abril de 2000. **Planalto**, Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em: 30 jul. 2015.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado - a criança no Direito Internacional**. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003.

MARTINS, Natália 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: interpretação judicial da adaptação da criança**. Curitiba: CRV, 2013.

PÉREZ-VERA, Elisa. **Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores**, 1982. Acessível no site da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado <<http://www.hcch.net>>. Acessado em: 07 jul. 2016.

SCHUZ, Rhona. Disparity and the Quest for Uniformity in Implementing the Hague Abduction Convention. **Journal of Comparative Law**, 9:1, 2014.

SCHUZ, Rhona. **The Hague Child Abduction Convention: a critical analysis**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013.

WALSH, Michael R.; SAVARD, Susan W. International Child Abduction and the Hague Convention. **Barry Law Review**, 29, 2006.



