

# DERECHO IBEROAMERICANO EN ANÁLISIS

**FÁBIO DA SILVA VEIGA**  
COORDINADOR



THOMSON REUTERS  
**ARANZADI**

No copyright found.

24 JUN 2021

# Derecho Iberoamericano en análisis, 1ª ed., mayo 2021

Inicio

## Derecho Iberoamericano en análisis

**Fabio da Silva Veiga**

Coordinador

THOMSON REUTERS

**ARANZADI**

*Primera edición, 2021*

*El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.*

*La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.*

*Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.*

*Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45).*

*Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.*

*Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters*

*Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited*

© 2021 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Fabio da Silva Veiga (Coord.)]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

*Editorial Aranzadi, S.A.U.*

*Camino de Galar, 15*

*31190 Cizur Menor (Navarra)*

*ISBN: 978-84-1345-225-8*

*DL NA 1783-2020*

*Printed in Spain. Impreso en España*

*Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.*

*Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL*

*Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11*

*31013 – Pamplona*

No copyright found.

24 JUN 2021

## **Derecho Iberoamericano en análisis, 1ª ed., mayo 2021**

Fabio da Silva Veiga

### **FABIO DA SILVA VEIGA**

Doctor en Derecho Mercantil por la Universidad de Vigo (Premio Extraordinario de Doctorado). Profesor de Derecho Mercantil de la Universidad de Almería (2020). Profesor *venia docendi* de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (2019). Profesor colaborador en el Máster de Abogacía de la Universidad Europea de Madrid (2016 a 2018). Investigador en la Universidad de Alcalá, Madrid, con beca DPE/CAPES del Ministerio de Educación de Brasil. Presidente del Instituto Iberoamericano de Estudios Jurídicos –IBEROJUR–.

Ha realizado estancia de investigación postdoctoral en la *Universidade do Minho* (Portugal) y estancia de investigación predoctoral en la *Universidade do Porto* (Portugal). Ha sido coordinador de numerosos libros especializados y ha publicado en revistas científicas portuguesas, españolas y brasileñas. Ha impartido clases como profesor invitado en la *Università degli Studi “Mediterranea” di Reggio Calabria* (Italia), *Universidade do Estado do Rio de Janeiro* (Brasil), Universidad de Chile, Universidad Católica del Uruguay, Universidad Rey Juan Carlos (España) y *Universidade Lusófona do Porto* (Portugal). Impartió numerosas conferencias y ponencias invitadas en España, Portugal, Brasil, Italia, Polonia, Bolivia, Ecuador, Chile, Perú, Paraguay y Uruguay.

No copyright found.

24 JUN 2021

## **Derecho Iberoamericano en análisis, 1ª ed., mayo 2021**

Listado de autores por orden de aparición

### **Listado de autores por orden de aparición**

Fabio da Silva Veiga

Tomás Farto Piay

Blanca Otero Otero

Talita Corrêa Gomes Cardim

María Augusta Camacho Zegarra

Rodrigo Andrés PoyancoBugueño

Camila Maria de Moura Vilela

Mariana de Lemos Campos

Paulo Sérgio de Sousa Magalhães

Patrícia Anjos Azevedo

Maria Helena Pilroto Rodrigues

Cândida Carvalho

Susana Sardinha Monteiro

Thiago Santos Rocha

Wilson Engelmann

Gabriela Soldano Garcez

Renata Soares Bonavides

Carolina Merida

Leila Bijos

Geronilson da Silva Santos

Mônica Mota Tassigny

Liane Maria Santiago Cavalcante Araujo

Paulo Roberto Meyer Pinheiro

Meilyng Leone Oliveira

Eduardo Marcial Ferreira Jardim

Fabrizio Bon Vecchio

Leandro Villela Cezimbra

Carolina Torquato Maia Gomes

Lucas Moreira Alcici

Marco Ribeiro Henriques

No copyright found.

24 JUN 2021

## **Derecho Iberoamericano en análisis, 1ª ed., mayo 2021**

Presentación

### **Presentación**

Es un gran placer presentar al lector la obra “Derecho Iberoamericano en análisis”. Los temas presentados en el libro son de gran relevancia y exponen el destacado estándar de calidad científica de sus autores.

El libro consta de 24 capítulos, 10 de los cuales proceden de España y Portugal, 12 de Brasil, 1 de Chile y 1 de Perú. Los temas analizan el Derecho Iberoamericano en el aspecto particular de los ordenamientos nacionales, pero están conectados con el análisis comparado de España y Portugal en varios capítulos, precisamente porque sus autores son investigadores que han realizado o están haciendo sus doctorados en la Península Ibérica, o son vinculados con el mundo ibérico a través de instancias de investigación en las mejores universidades españolas y portuguesas.

En cuanto al contenido del libro, el lector tendrá contacto con áreas del Derecho Público y Derecho Privado, tales como: Derecho procesal, Derecho constitucional, Derecho ambiental, Derecho mercantil, Derecho laboral, Derecho internacional, Derecho médico, Derecho y tecnologías.

Ciertamente el lector tendrá a su disposición un libro de contenidos diversos y profundos, analizados con perspicacia y rigor técnico en el campo de la ciencia jurídica Iberoamericana.

Alcalá de Henares, 14 de enero de 2021

FÁBIO DA SILVA VEIGA  
*Profesor Doctor de Derecho Mercantil*  
*Coordinador*

No copyright found.

24 JUN 2021

# **Derecho Iberoamericano en análisis, 1ª ed., mayo 2021**

Sumario

## **SUMARIO**

**La Creación De Valor De La Empresa Socialmente Responsable En La Perspectiva Jurídica Del Interés Social**

**La Mediación en el Ámbito Contencioso Administrativo: Necesidad De Avances En Su Implementación**

**Nuevas Tecnologías Y Derecho A La Privacidad En El Teletrabajo A Domicilio: Análisis Jurídico De Un Derecho Fundamental En Amenaza**

**El Proceso De Decomiso Autónomo: Un Hito En La Neutralización De Los Patrimonios De Origen Ilícito**

**Acceso A Las Tecnologías De Información, Retos Para La Inclusión Digital Y El Derecho.**

**La Nueva Judicialización Del Derecho A La Salud En Chile Parámetros Esenciales**

**Una Ética Para Solventar Los Problemas Legales En Un Mundo De Inteligencia Artificial, Pero ¿Cuál?**

**Questões Conexas Com O Planeamento Fiscal: Breve Resenha**

**A Importância Do Direito Fiscal Internacional**

**A Geração De Substituição E A Determinação Da Filiação Segundo O Ordenamento Jurídico Português**

**Cidadania Da União: Fator De União E De Exclusão**

**Auxílio Emergencial Ao Trabalhador E Renda Básica De Cidadania: Uma Análise Comparativa E Crítica À Luz Da Constituição De 1988**

**O Papel Do *Living Lab* Regulatório No Cenário Da Inteligência Artificial**

**A Imprescindibilidade Da Educação Ambiental Para A Cooperação Internacional Em Prol Do Desenvolvimento Sustentável**

**A Ecologização Da Jurisprudência Da Corte Interamericana De Direitos Humanos E O Reconhecimento Do Direito Humano À Água À Luz Do Caso “Comunidades Indígenas Membros**



**Da Associação Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina”**

**Movimentos Sociais Brasileiros Nucleados Pela Questão Urbana**

**Do Covid-19 Law Lab Ao Weblegis: Universidade, Acesso À Informação E Participação Social Em Tempos De Crise**

**Concretização Dos Direitos Fundamentais E Sustentabilidade Estatal Por Meio Da Educação Fiscal**

**Direito Sistêmico: O Que Não Está Nos Autos, Está No Campo Morfogenético**

**O Futuro Do Direito Tributário**

***Compliance* E Ética Empresarial**

**Trabalho Doméstico Feminino No Brasil: A “Vulnerabilidade Qualificada” De Uma Classe Já Vulnerável**

***Jurisdictional Immunities Of The State: The Evolution Of International Law And The Impact Of The Judgment Of The International Court Of Justice On Brazilian Courts***

**Social Reintegration In The Portuguese Context: A (Possible) Essay From The Forensic Social Service**

24 JUN 2021

## **Derecho Iberoamericano en análisis, 1ª ed., mayo 2021**

La Creación De Valor De La Empresa Socialmente Responsable En La Perspectiva Jurídica Del Interés Social

# **La creación de valor de la empresa socialmente responsable en la perspectiva jurídica del interés social**

FÁBIO DA SILVA VEIGA<sup>12</sup>

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; 1. *Teorías del interés social*; 1.1. Teoría contractualista; 1.2. Teoría institucionalista; 2. *El interés social conforme las normas societarias*; 3. *Nuevos matices jurídicos del interés social: responsabilidad social empresarial*; II. CONCLUSIÓN; III. BIBLIOGRAFIA.

## **. INTRODUCCIÓN**

El presente ensayo tiene la pretensión de exponer en carácter introductorio, reflexiones sobre la creación de valor de la empresa socialmente responsable desde una perspectiva del concepto desarrollado en el derecho de sociedades y al cuál es inmanente a todas las relaciones inter y extra societarias, el llamado *interés social*.

Por sí sólo, dos cuestiones son levantadas: ¿como se apunta la creación de valor de empresas con propuestas de sostenibilidad? Por ende, si los administradores que son representantes de la empresa constituida en forma de sociedad ¿como podrán ser responsabilizados por la adopción de prácticas ética y jurídicamente sostenibles?

Buscando abordar un análisis comparado del concepto de interés social en los ordenamientos jurídico-societarios de Portugal y España, se reflejará sobre la evidencia o no, de la violación del interés social de la empresa contemporánea en lo que atañe a la adopción de conductas del órgano de administración que privilegie la sostenibilidad societaria en contraposición a las ventajas económicas inmediatas de la empresa.

## **1. TEORÍAS DEL INTERÉS SOCIAL**

### **1.1. Teoría contractualista**

Tradicionalmente el interés social ha sido cotejado por las llamadas teorías contractualistas e institucionalistas. Básicamente, para los contractualistas el interés de la sociedad tiene que ver con la afinidad de intereses comunes de los socios como sujetos que tienen los mismos fines: obtener ganancias de naturaleza económico-financieros a través de la actividad de la sociedad. En esa lógica económica, los socios son presentados como titulares del interés social.

### **1.2. Teoría institucionalista**

De otro lado, para los institucionalistas, el interés social se presenta como un interés común no exclusivo de los socios. De ese modo, el interés social debería considerar los intereses de

otros socios, bien como los acreedores, los trabajadores, clientes, consumidores, o de aquellas personas que de cierta manera sean afectadas por alguna influencia económica de la sociedad mercantil, los denominados *stakeholders*.

## 2. EL INTERÉS SOCIAL CONFORME LAS NORMAS SOCIETARIAS

Bajo la noción tradicional en el campo de las normas societarias, el concepto de interés social se ha entendido como aquel interés de la mercantil en cumplir los objetivos del contrato social, en el que la ganancia es la causa natural de la actividad económica y cuyo reto principal es justamente la obtención de la rentabilidad económico-financiera. En primer lugar, la finalidad de la sociedad mercantil es sacar provecho de un negocio, y, *a posteriori* repartir los resultados positivos de forma razonable entre los propietarios (socios). En este sentido, la creación de valor en el sentido económico-financiero se relaciona a la máxima obtención de beneficios de la sociedad y el reparto proporcional de todos y cada uno de los socios<sup>3</sup>. Asimismo, en la cultura empresarial contemporánea, mientras más expresivo sea el resultado económico en un corto espacio de tiempo, más convincente es el reparto de las ganancias entre los propietarios. De ser así, la naturaleza jurídica tradicional del interés social se ha sumado al concepto egoísta<sup>4</sup> de los intereses de los socios.

Se dice, en regla general, que el interés social es «el interés común de todos los socios»<sup>5</sup>. Sin entrar en el debate doctrinario del deber de lealtad, en el cual se remite las referencias<sup>6</sup>, a continuación, se comentará lo que dice las normas societarias de España y Portugal con relación al interés social:

Art. 227 da *Ley de Sociedades de Capital* (LSC):

*1. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad.*

Se asimila de la normativa española, que el administrador debe actuar en el mejor interés de la sociedad<sup>7</sup>. Significa, con ello, que aquellas operaciones realizadas fuera del interés de la sociedad –la sociedad es un ente jurídico autónomo y diferente de los socios– son prohibidas debido al conflicto de intereses que está en el cimiento del contenido del deber de lealtad<sup>8</sup>.

La disposición normativa similar de la norma societaria portuguesa se plasma en el artículo 64º, n.º 1, del *Código de Sociedades Comerciais* (CSC)<sup>9</sup>:

*1 – Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar:*

*Os deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo os interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.*

En traducción libre:

1 – Los gerentes o administradores de la sociedad deben tener en cuenta:

Los deberes de lealtad, en el interés de la sociedad, considerando los intereses a largo plazo de los socios y ponderando los intereses de otros sujetos relevantes para la sostenibilidad de la sociedad, tales como sus trabajadores, clientes y acreedores.

Claramente, ambos textos respaldan el interés social en favor de la protección de los intereses de la sociedad y de sus socios, con especial expresividad para el texto jurídico español, donde no deja rastro de adopción a la teoría institucionalista del interés social.

Sin embargo, la reforma de 2006 del *Código de Sociedades Comerciais* de Portugal, aportó algo más al concepto de interés social de las sociedades mercantiles portuguesas, en el sentido de ampliar su área de concretización. A nuestro juicio, existe una inspiración institucionalista

donde se consideran los intereses a largo plazo de los socios –en contraposición al interés inmediato de los socios, especialmente aquellos que no son institucionales–, como es la consideración de otros temas relevantes para la sostenibilidad de la sociedad que está previsto en la parte final de la letra *b*) del artículo 64.

Centrándonos en la norma portuguesa, incluso por su capacidad para mejorar la concretización del concepto (indeterminado) de interés social, podemos percibir dos especificaciones relevantes: *a*) interés a largo plazo; *b*) la sostenibilidad de la sociedad. En este sentido, la regla lusitana amplía el concepto al comprender la realidad de las sociedades actuales, ya que, en un entorno de feroz competitividad de mercado, las sociedades mercantiles deben prepararse para proteger el interés a largo plazo de los socios, en particular las sociedades anónimas. Es decir, las sociedades con más fuerza de expresión del capital deben tomar decisiones que generen valor a la empresa, incluso si tales actos no crean beneficios inmediatos.

En la segunda parte del sentido de la norma, el interés social debe apuntar a la sostenibilidad de la sociedad en el sentido en que el valor creado esté en conformidad con los intereses generales<sup>10</sup> de los *stakeholders* y la sociedad civil. Del texto legal se puede entender que las decisiones tomadas por el interés a largo plazo de los socios y la sostenibilidad de la sociedad son decisiones que corroboran con el flamante concepto de interés social, y, por tanto, eximen a sus tomadores de decisiones de responsabilidad cuando las decisiones en tales circunstancias no generen beneficios inmediatos a la sociedad o incluso provoquen pérdidas.

Aunque el derecho de sociedades español no consagra más específicamente el concepto de interés social, como lo hizo el derecho portugués, sin embargo, la jurisprudencia española se ha adelantado al legislador. En el contexto de un caso de Responsabilidad Social Corporativa (RSC), juzgado por la Audiencia Provincial de Madrid (SAP Madrid 11-XI-2011 –JUR 2012, 6263–), en el que se trató de una donación de 13.000 euros realizada por los directivos de una empresa dada a favor de una Fundación, el Tribunal de Primera Instancia había anulado el acuerdo por considerarlo lesivo para el interés social.

Con todo, la Audiencia, utilizando la “cultura de la responsabilidad social empresarial”, revocó la sentencia y declaró válido el acuerdo. En un análisis al respecto, CÁNDIDO PAZ-ARES coincide con la decisión adoptada por el órgano colegiado de la Audiencia, pues, según el autor, las decisiones enmarcadas en los objetivos de la RSE, si se caracterizan en concreto como gastos o inversiones, pueden ser adoptadas por el órgano de administración, aunque impliquen una reducción de los beneficios a repartir, cuando sean adecuadas desde la perspectiva de las ventajas compensatorias razonables de la RSE, considerando en este caso, su importe, la dimensión y situación económica de la empresa<sup>11</sup>.

Con efecto, recientemente se ha inaugurado en España una norma dirigida a las sociedades cotizadas donde se enmarca un nuevo criterio en la concretización del deber de lealtad de los socios con relación a la sociedad. Nos referimos a la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas. Esta Ley tiene por objeto transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017 por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas<sup>12</sup>. La Ley también introduce en el derecho societario español las designadas «acciones de lealtad»<sup>13</sup> con voto adicional, permitiendo a las sociedades cotizadas contemplarlas en sus estatutos sociales. De esta forma, se permite que los estatutos otorguen derechos de voto adicionales a las acciones que haya mantenido su titular ininterrumpidamente durante un periodo de tiempo mínimo de dos años. Se trata de un mecanismo que puede ser utilizado para incentivar a los accionistas a mantener su inversión en la sociedad en el largo plazo y reducir presiones cortoplacistas sobre la gestión de las empresas.

En resumen, sobre lo dicho hasta aquí, la consideración del interés social se centra en los

sujetos que deben entenderse en el referido concepto, y, por tanto, los sujetos cuyo beneficio debe orientarse a la actividad empresarial<sup>14</sup>, ya sea el interés común, exclusivo de los socios o adicionalmente otros intereses, como los destinados al cuidado de los trabajadores, clientes, consumidores, acreedores, sociedad civil, autoridades, entre otros. Desde este último interés, se percibe que la creación de valor de la empresa pasa por acciones éticamente aprobadas, como la responsabilidad social corporativa instrumentalizada por una política de buen gobierno corporativo<sup>15</sup>.

### 3. NUEVOS MATICES JURÍDICOS DEL INTERÉS SOCIAL: RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

Una vez entendido que el interés social puede ir más allá de los límites del interés egoísta de los socios, especialmente debido a la configuración de la norma portuguesa del art. 64, 1, b, CSC, y la interpretación de la responsabilidad social empresarial en el contexto jurídico-empresarial, es evidente que tales concepciones normativas e interpretativas absorben una dosis de institucionalismo moderado. En este sentido, debe entenderse que el art. 64, 1, letra b) del CSC portugués acepta la aplicación, aunque genérica, de la responsabilidad social empresarial. Este entendimiento se refleja, considerablemente, en el régimen de responsabilidad de los administradores, debido a la comprensión más amplia del deber de lealtad implícito en la misma disposición legal.

Por tanto, considerando la aplicación de la RSE en el ámbito del interés social, especialmente por los elementos de sostenibilidad y los intereses a largo plazo de los socios, se percibe que la intención de dichos elementos es abogar por la creación de valor empresarial de manera sostenible. De ser así, la sostenibilidad no viene con el interés cortoplacista de los socios –y, en ocasiones, legítimo–, sino lo que se espera es aplicar elementos jurídicos plausibles de comprensión de una nueva realidad empresarial y social. La empresa, expresión pragmática de la sociedad mercantil, ya no se ve como un elemento asociado únicamente a la iniciativa económica y financiera de los socios (sus legítimos dueños), sino que, la realidad de la empresa contemporánea se inserta en un contexto del impacto que la misma produce en su entorno, además, sobre los efectos nocivos o beneficiosos que puede generar durante sus actividades económicas.

De este modo, bajo la perspectiva jurídico-societaria del interés social, los elementos de creación de valor de la empresa socialmente responsable se encuentran detrás de las acciones de la responsabilidad social empresarial. En este sentido, los sujetos activos del contenido en el art. 64 del CSC portugués, deben ponderar los de los intereses comunes de los socios con los intereses de los *stakeholders*, considerando los actos decididos a favor de los demás interesados como acciones jurídicamente legítimas.

## I. CONCLUSIÓN

Como conclusión, conviene resumir algunas reflexiones sobre el texto, básicamente sobre los siguientes puntos:

1. El interés social consagrado en las reglas de organización empresarial no se limita solo a la voluntad de la sociedad (interés exclusivo de la propia sociedad), como lo anuncia la ley de sociedades española (art. 227, LSC), que está moldeada por el interés cortoplacista de los socios, es decir: el máximo beneficio con el menor gasto (*v.gr.* no gastar en cuestiones intermedias como el interés de otras las partes interesadas).

2. En el plano jurídico, el interés de los *stakeholders* comienza a cobrar sentido desde que la ley y la jurisprudencia pasaron a entender a la sociedad mercantil como un ente económico que apunta a la sostenibilidad en el largo plazo. Asimismo, en este sentido, el interés social se ha expandido y ha empezado a valorar a los agentes intermediarios, aquellos que tienen alguna relación de afectación en virtud de las decisiones de la sociedad (acreedores, clientes, consumidores, sociedad civil, etc.).

Con la comprensión de la existencia de un interés social ampliado, instrumentos como lo de la responsabilidad social empresarial ganaron atención en el centro del debate sobre el interés social, porque, al fin y al cabo, la RSE es un mecanismo para atender los intereses de determinados grupos de interés, como como la aplicación de políticas de cumplimiento de reglas de transparencia, información (*disclose*), compromiso con los pares, reducción del impacto ambiental, obediencia a las normas estatales, adopción de conductas honestas por parte de la dirección de las sociedades, y una lista de conductas que inspiran a la moralidad y a la ética empresarial.

## II. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El interés social y los deberes de lealtad de los administradores”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2016, N. 20, pág. 213-236.
- AMESTI MENDIZÁBAL, C. “Responsabilidad social empresarial – Comentario de la sentencia núm. 321/2011 de 11 de noviembre de la audiencia provincial de Madrid (sección 28)”, in *Revista de derecho de sociedades*, 2013, n.º 40, p. 335-360.
- ARGANDOÑA, Antonio. ¿Qué es y qué no es la Responsabilidad Social, in *Revista del Instituto de Estudios Económicos – Responsabilidad Social Corporativa*, n.º 1/2012, p. 1-14, Madrid.
- ESTEBAN VELASCO, Gaudencio. *Interés social, buen gobierno y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria*, Castellón de la Plana: Ed. Publicacions de la Universitat Jaume I, Servei de Comunicació y Publicacions, 2005.
- FERNÁNDEZ TORRES, Isabel. “El voto adicional por lealtad: A propósito del anteproyecto de reforma de la ley de sociedades de capital”, en *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, n.º 25, julio 2019.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis. “El Contrato como origen de las sociedades mercantiles, en el derecho español – Comparación con el derecho peruano”. *Revista de Derecho* vol. 18, 2017, p. 189-235.
- MEGÍAS LÓPEZ, Javier. *La creación de valor tolerante: Un modelo de compatibilidad jurídica entre interés social y responsabilidad social corporativa*, Diario La Ley, n.º 9019, 2017, p. 11-21.
- PAULO CÂMARA&BRUNO FERREIRA, “A identidade Lusófona da Governação de Sociedades”, in: CÂMARA, Paulo [et al]. *A Governação de Sociedades Anónimas nos Sistemas Jurídicos Lusófonos*, Coimbra: Almedina, 2013.
- PAZ-ARES, Cándido. *¿Derecho común o derecho especial de grupos? Esa es la cuestión*. Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters, 2019.
- RIBAS FERRER, Vicenç. *El deber de lealtad de los administradores*, Madrid: La Ley, 2010.
- VEIGA, Fábio da Silva. *A responsabilidade dos administradores de sociedades em Portugal: a relação de coexistência entre a responsabilidade societária e a responsabilidade na insolvência*, Vigo: Universidade de Vigo, 2017.
- VEIGA, Fábio da Silva. “El deber de lealtad de los administradores y el conflicto de interés en los grupos de sociedades españolas” en *Imágenes contemporáneas de la realización de los derechos en la cultura jurídica iberoamericana*, Madrid: Dykinson, 2018, p. 91-10.
-



<sup>1</sup> Texto derivado de la presentación del autor, en los paneles del III Encuentro Iberoamericano de Derecho y Desarrollo, celebrado los días 2 y 3 de septiembre de 2019 en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Lusófona de Porto.

<sup>2</sup> Doctor en Derecho Mercantil por la Universidad de Vigo (Premio Extraordinario de Doctorado). Profesor de Derecho Mercantil de la Universidad de Almería (2020). Profesor *venia docendi* de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (2019). Investigador en la Universidad de Alcalá, Madrid, con beca DPE/CAPES del Ministerio de Educación de Brasil. Presidente del Instituto Iberoamericano de Estudios Jurídicos – IBEROJUR–. E-mail: fabio.da@edu.uah.es

<sup>3</sup> La posición de ALFARO es la de no aceptar otro entendimiento que no sea lo de la maximización de las inversiones, siendo que, según su posición, tal comprensión es insustituible. Véase ALFARO AGUILA-REAL, J., “El interés social y los deberes de lealtad de los administradores”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2016, N. 20, p. 213-236.

<sup>4</sup> Rudolf Von IHERING, señalaba que “el contrato de Sociedad está al servicio del egoísmo y no de la benevolencia”. Citado por GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis. “El Contrato como origen de las sociedades mercantiles, en el derecho español – Comparación con el derecho peruano.” *Revista de Derecho* vol. 18, 2017, p. 224.

<sup>5</sup> La doctrina ya ha apuntado el interés común de los socios en ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El interés social y los deberes de lealtad de los administradores”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2016, N. 20, p. 213-236, disponible en: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/681245>.

<sup>6</sup> Véase RIBAS FERRER Vicenç, *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, Madrid: La Ley, 2010.

<sup>7</sup> La doctrina del Tribunal Supremo de España ha señalado en diferentes ocasiones que el interés social está dirigido a la sociedad. La premisa es que “el administrador solo es leal cuando prioriza los intereses de la sociedad que administra”, véase Sentencia del TS de 11.12.2015 (JUR 2015, 302357).

<sup>8</sup> La obra maestra sobre del tema es del profesor Ribas Ferrer, en el que apunta el deber de buena fe como el instrumento modelador de la conducta de los administradores. Véase RIBAS FERRER, Vicenç. *El deber de lealtad de los administradores*, Madrid: La Ley, 2010. En la perspectiva de los grupos de sociedades, véase VEIGA, Fábio da Silva. “El deber de lealtad de los administradores y el conflicto de interés en los grupos de sociedades españolas” en *Imágenes contemporáneas de la realización de los derechos en la cultura jurídica iberoamericana*, Madrid: Dykinson, 2018, p. 91-103.

<sup>9</sup> El CSC portugués en vigor ha sido aprobado por el *Decreto-Lei* n.º 262/86, pero el texto actual del art. 64.º, n.º 1, es resultado de la reforma del año 2006 que se realizó a través del *Decreto-Lei* n.º 76-A/2006.

<sup>10</sup> El interés general del interés social es un interés transversal, según el cual las decisiones de la sociedad no deberían perjudicar intereses de la colectividad de personas que son impactadas por dichas decisiones.

<sup>11</sup> Véase PAZ-ARES, Cándido. *¿Derecho común o derecho especial de grupos? Esa es la cuestión*. Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters, 2019, p. 127-128.

<sup>12</sup> La Directiva fue aprobada tras casi cinco años de negociaciones entre las instituciones europeas, lo que demuestra la relevancia de algunas de las novedades que incorpora. Véase justificación del preámbulo de la Ley.

<sup>13</sup> Esos mecanismos promueven el activismo accionarial y sirven para reducir el cortoplacismo. Véase FERNÁNDEZ TORRES, Isabel. “El voto adicional por lealtad: A propósito del anteproyecto de reforma de la ley de sociedades de capital”, en *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, n.º 25, julio 2019, p. 2.

<sup>14</sup> Véase MEGÍAS LÓPEZ, J. *La creación de valor tolerante: Un modelo de compatibilidad jurídica entre interés social y responsabilidad social corporativa*, Diario La Ley, n.º 9019, 2017, p. 11-21.

<sup>15</sup> Gobierno corporativo, entendido aquí como el sistema de normas jurídicas, de hechos y comportamientos relacionados con la estructura de poderes de toma de decisiones (incluidos la gestión y otros órganos de dirección) y con la supervisión de estas sociedades, incluyendo en particular la determinación del perfil funcional y la posición jurídica de los actores organizativos y titulares de los órganos y organismos organizativos y las relaciones entre ellos, los titulares del capital y los demás sujetos legalmente interesados en las decisiones de la sociedad, los denominados *stakeholders*. Véase PAULO CÂMARA&BRUNO FERREIRA, “A identidade Lusófona da Governação de Sociedades”, in: CÂMARA, Paulo [et al]. *A Governação de Sociedades Anónimas nos Sistemas Jurídicos Lusófonos*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 9.

24 JUN 2021

## **Derecho Iberoamericano en análisis, 1ª ed., mayo 2021**

La Mediación en el Ámbito Contencioso Administrativo: Necesidad De Avances En Su Implementación

### **La mediación en el ámbito contencioso-administrativo: Necesidad de avances en su implementación**

**TOMÁS FARTO PIAY**<sup>16</sup>

**BLANCA OTERO OTERO**<sup>17</sup>

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA MEDIACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: APROXIMACIÓN A SU CONCEPTO Y ELEMENTOS CONFIGURADORES. III. LA POSIBILIDAD DE PACTOS CON LA ADMINISTRACIÓN. 1. *Marco normativo de la mediación contencioso-administrativa.* 2. *Algunos supuestos de terminación convencional.* 3. *La mediación intrajudicial en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.* IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

#### **. INTRODUCCIÓN**

La mediación en el ámbito administrativo supone la posibilidad de superar las formas burocráticas y unilaterales de resolver los conflictos y las controversias, así como las demandas que los ciudadanos plantean, dando entrada a intereses privados o sectoriales públicos dentro del interés general que debe perseguir toda actuación administrativa. Además, en numerosas ocasiones, puede contribuir a la necesaria flexibilidad del Derecho Administrativo para así adecuarse a una sociedad tan cambiante<sup>18</sup>.

Se hace preciso señalar que nos vamos a centrar en la mediación intrajudicial, es decir, la que tiene lugar una vez que el asunto ha sido judicializado y las partes se encuentran en un proceso contencioso-administrativo. Existe también la posibilidad de desarrollar una mediación previa, en la vía administrativa, antes de adoptarse la resolución administrativa<sup>19</sup>.

En este sentido, el modo ordinario de terminación del procedimiento es el dictado por la Administración actuante del acto definitivo que le pone fin, esto es, de la llamada resolución ordinaria o declaratoria de la voluntad (en su caso, juicio o deseo) unilateral de la Administración (sustituible, en su caso y como se verá, por acto consensual)<sup>20</sup>.

La resolución administrativa se trata de una forma de finalización del procedimiento que satisface sin ningún género de duda los intereses públicos, pero no tiene en cuenta en toda su virtualidad los intereses privados en juego. Este tipo de forma de terminación debe seguir existiendo, porque no siempre será posible el pacto o acuerdo. No obstante, aunque dicho acuerdo no se haya producido en vía administrativa, también es posible llegar al mismo una vez iniciado el proceso contencioso-administrativo.

En definitiva, si realmente se quiere dar respuesta a las necesidades actuales, si realmente se quiere gobernar en red, con un diálogo permanente con la sociedad, en una posición de igualdad, y no de superioridad, forzosamente deberá instaurarse la cultura del pacto.

Resultando todo ello aún más necesario ante la nueva situación generada por las



consecuencias de la crisis sanitaria del Covid-19, donde asistimos a un nuevo escenario, en que el nivel de litigiosidad se está viendo incrementado en todos los ámbitos<sup>21</sup>.

## **I. LA MEDIACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: APROXIMACIÓN A SU CONCEPTO Y ELEMENTOS CONFIGURADORES**

La mediación en el ámbito administrativo se trata de un método de resolución de conflictos surgidos entre dos o más partes, que acuden y solicitan de forma voluntaria, y de manera alternativa o complementaria a la vía judicial, la intervención de una persona mediadora, imparcial y neutral, para que, trabajando con ellas, desde la comunicación y el diálogo, se apropien activamente del conflicto y recabando toda la información posible logren llegar a los acuerdos que les permitan resolver de forma colaborativa sus diferencias, bajo el principio de la confidencialidad.

El procedimiento de mediación intrajudicial tiene por finalidad poner fin al procedimiento administrativo o a un proceso contencioso administrativo a través de la concurrencia de un acuerdo de voluntades entre una Administración y un sujeto público o privado, en la que se han debido valorar los intereses en juego, especialmente los públicos<sup>22</sup>.

En este sentido, puede sostenerse que las medidas alternativas de resolución de conflictos, a través de instrumentos intraprocedimentales o por la sustitución de los recursos administrativos clásicos por otros mecanismos de conciliación, mediación o arbitraje, deben responder a lo que ha venido en definirse en los últimos años como principio de buena administración, que recoge como derecho fundamental el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>23</sup>.

Los elementos claves que se acaban de resaltar son los que permiten ver los elementos configuradores de la figura que analizamos. Son los siguientes:

### ***A) Acuerdo de voluntades***

El que la Administración y el ciudadano busquen un acuerdo es el elemento determinante de esta figura. Si un procedimiento termina con imposición de una de las dos partes estaremos en otra figura, pero no en una mediación. La esencia radica en que las partes quieren un acuerdo y lo intentan conseguir.

### ***B) Terminación de la controversia***

Se requiere que el acuerdo de voluntades sea para un fin muy concreto, para terminar una controversia. Si es para otro fin, no estaremos en una forma de terminación, sino en acuerdo de voluntades sin más. El elemento finalista se configura como el elemento que permite distinguir esta figura de otros acuerdos o convenios entre las partes. El acuerdo de voluntades es un instrumento para conseguir resolver un problema destinado a resolverlo expresamente.

### ***C) Partes intervinientes***

Si nos referimos a un procedimiento administrativo o a un proceso contencioso administrativo, forzosamente una de las partes del mismo es una Administración Pública o una entidad de Derecho Público, de tal forma que donde no exista Administración no habrá procedimiento administrativo o a un proceso contencioso administrativo. La otra parte puede ser cualquier sujeto, ya sea público o privado, persona física o jurídica<sup>24</sup>.

### ***D) Persona mediadora***

El tercero, el mediador, debe permanecer neutral, pues la intervención de éste se limita a facilitar la comunicación entre ellas y ayudar a las partes a alcanzar un acuerdo,

respondiendo al principio de imparcialidad.

### ***E) Valoración de los intereses en juego***

No basta con que se den los elementos anteriores, sino que además en la decisión de las partes han tenido que valorarse los intereses de cada una, especialmente los intereses públicos. Un procedimiento de mediación que desconozca o menoscabe los intereses públicos será una terminación, pero no convencional, porque lo convencional público requiere siempre la garantía del respeto de los intereses públicos, que habrán de haberse valorado de forma suficiente y adecuada con carácter previo a la decisión del acuerdo. Debe destacarse que muchos de los conflictos que llegan a los Tribunales, no son de tipo jurídico, sino de intereses, siendo estos idóneos para acudir a mediación, debiendo quedar la vía judicial para aquellos de carácter legal<sup>25</sup>.

## **II. LA POSIBILIDAD DE PACTOS CON LA ADMINISTRACIÓN**

### **1. MARCO NORMATIVO DE LA MEDIACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA**

La mediación ha tenido su incorporación en el ámbito del Derecho administrativo a través de la Recomendación RE (2001) 9 del Consejo de Europa, que sustenta los métodos alternativos de resolución de conflictos entre las autoridades administrativas y las personas privadas por diferentes Estados miembros.

En nuestro ordenamiento jurídico, la mediación cuenta con apoyo en los artículos 86, 91.1 y 112 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

El art. 86 LPACAP dispone que las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, en su caso, prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin; el 91.1 LPACAP, que en los procedimientos de responsabilidad patrimonial, la propuesta de terminación convencional debe formularse una vez terminado el trámite de audiencia, debiendo aprobarse con carácter previo a su formalización por el interesado por el órgano competente y el artículo 112.2 LPACAP prevé que las leyes puedan sustituir el recurso de alzada o de reposición, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo.

Por su parte, el artículo 77 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LRJCA), que constituiría la traslación de la anterior norma administrativa en la normativa procesal, dispone que la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad. Asimismo, conforme al artículo 77.3 LRJCA si las partes llegaran a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros.

En este sentido, el conjunto de las normas mencionadas es el que va a dar cobertura, a

procedimientos de mediación, si bien surgen múltiples dudas en relación a su aplicación, y su inclusión en los procedimientos administrativos y en los procesos contencioso-administrativos sería muy positiva al ser un medio rápido y poco costoso para el ciudadano.

La positivización de la terminación convencional<sup>26</sup> a nivel básico y en algunas normas de desarrollo supone habilitar legalmente las facultades convencionales<sup>27</sup> de la

Administración y establecer sus límites, así como favorecer su ulterior control jurídico, dotando a la vez a esta actuación administrativa de seguridad jurídica.

A pesar de su positivación y de un cierto éxito, sobre todo en el campo urbanístico, hoy no podemos decir que la regulación legal y su aplicación práctica sea aceptable, sino más bien todo lo contrario. A nivel legal existen múltiples problemas que no permiten tener un régimen jurídico claro y completo sobre esta figura.

El mayor problema que existe para utilizar la figura a la que nos referimos es que no se ha instaurado una cultura administrativa de pacto. Sólo si se siente la necesidad y se forma una convicción de que la terminación convencional es la mejor forma de resolver conflictos y controversias, se conseguirá que sea una forma ordinaria de terminación del procedimiento administrativo<sup>28</sup>.

Desde una perspectiva legal literal, podemos definir la terminación convencional como una forma anormal de terminar el procedimiento administrativo en la que la Administración y el ciudadano celebran acuerdos, pactos, contratos o convenios.

Sin embargo, desde otra perspectiva, se puede concebir como un acuerdo de voluntades entre la Administración Pública y uno o varios sujetos de Derecho público o privado en el que deciden voluntariamente, atendiendo a sus intereses en juego, poner fin a un procedimiento administrativo<sup>29</sup>. En consecuencia, el acuerdo de voluntades es un instrumento alternativo al clásico acto administrativo unilateral para dar contenido a una relación jurídico-administrativa<sup>30</sup>.

## 2. ALGUNOS SUPUESTOS DE TERMINACIÓN CONVENCIONAL

En la actualidad se puede afirmar sin dificultad que no están claros los límites materiales de los acuerdos convencionales. Nuestra ley procesal sólo hace referencia en el artículo 77 LRJCA a la “estimación de cantidad”.

El apartado primero del 86 LPACAP, señala que no pueden ser objeto de terminación convencional las materias no susceptibles de transacción. El problema es que la transacción es un contrato que está regulado en la esfera privada, concretamente en el Código Civil<sup>31</sup>, y no puede extrapolarse al mundo público sin más, porque obviamente los sujetos privados tienen un mayor margen de actuación que los públicos.

En cuanto a los límites de la transacción, el artículo 1814 del Código Civil afirma que no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros, pero no existe un precepto jurídico-público que recoja los ámbitos materiales excluidos de la posibilidad de llegar a acuerdos de voluntades.

Es más, se ha llegado a afirmar que precisamente por la sujeción de la Administración a la ley y porque está obligada a servir objetivamente intereses públicos no puede nunca llegar a realizar un contrato de transacción.

No obstante, el 86 LPACAP supone una habilitación legal-formal para realizar acuerdos convencionales y establece de modo expreso como materias excluidas de este ámbito las que no se puedan realizar en el contrato de transacción<sup>32</sup>. En este sentido, Roberto O. Bustillo Bolado sostiene que no pueden ser objeto de transacción las potestades regladas<sup>33</sup> salvo que

una ley disponga lo contrario<sup>34</sup>, si bien como matiza este autor, pueden existir elementos

discrecionales en los actos reglados o conceptos jurídicos indeterminados<sup>35</sup>.

En todo caso, el legislador y el poder reglamentario sectorial han recogido de modo expreso la terminación convencional, si bien no conforme a lo expuesto anteriormente, es decir, sin las previsiones recogidas en el 86 LPACAP respecto al alcance, efectos y régimen jurídico específico, por lo que su desarrollo es sólo parcial y su tratamiento es incompleto, entre otros supuestos en los siguientes<sup>36</sup>, a saber: en los convenios expropiatorios existe la posibilidad de llegar a un mutuo acuerdo sobre el justiprecio de los bienes y derechos expropiados<sup>37</sup>; los convenios urbanísticos constituyen una forma típica de intervención de la Administración en el suelo que se ha revelado muy eficaz; los acuerdos de responsabilidad patrimonial, regulándose de forma específica la terminación convencional en materia de responsabilidad patrimonial en el apartado 5 del art. 86 y en el 91.1 de la LPACAP y los acuerdos en materia de empleados públicos, como forma de terminar convencionalmente múltiples procedimientos y de canalizar las relaciones con los empleados de los Entes Públicos. Estos, aparecen contemplados principalmente y específicamente en los artículos 32 y siguientes del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

### 3. LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El ritmo de inserción de la mediación intrajudicial en el ámbito contencioso administrativo en el territorio español ha sido muy diferente, y esas divergencias han tenido su origen en la desigual implicación de los poderes públicos.

En este sentido, los operadores jurídicos son los que han posibilitado y posibilitan una justicia de calidad mediante la puesta en marcha de servicios de mediación intrajudicial en sus respectivos territorios. Debe destacarse la labor del Consejo General del Poder Judicial y su impulso con las *Guías para la implantación de la mediación intrajudicial* en los diferentes órdenes jurisdiccionales<sup>38</sup>.

Respecto de los servicios de mediación intrajudicial en el ámbito contencioso administrativo, todos ellos han estado vinculados a una serie de Convenios con distintas instituciones y acompañados de la elaboración de una serie de Protocolos específicos para la puesta en marcha en función de los recursos y modelo organizativo existentes<sup>39</sup>. Por tanto, nos encontramos ante una implantación muy desigual, lo que impide que hablemos de un derecho de tutela judicial efectiva en términos de equidad, lo que conduce a la necesidad de que las diferentes Administraciones competentes trabajen de forma conjunta para ofrecer al ciudadano, independientemente del lugar donde resida, la posibilidad de acudir a mediación una vez iniciada la vía judicial<sup>40</sup>.

## V. CONCLUSIONES

Con lo expuesto anteriormente está claro que el pacto debe ser la primera forma de terminar el procedimiento tanto por exigencia de la nueva sociedad en red como por el principio constitucional de eficiencia (artículo 31.2 de la CE) que se cumple si el procedimiento termina lo antes posible y de forma amistosa, evitando pérdidas de tiempo y recursos mediante la presentación de alegaciones y recursos administrativos y judiciales. En definitiva, junto al factor temporal, es necesario un coste menor para dar tutela real a derechos e intereses cuya cuantificación económica no alcanza a justificar los gastos propios del proceso<sup>41</sup>. Está claro que crear certidumbre mediante acuerdos es más eficiente que dictar resoluciones susceptibles de anularse judicial o administrativamente.

Asimismo, el principio constitucional de eficacia (artículo 103.1 de la CE), supone que, si la Administración consigue llegar a un acuerdo con el particular, se habrá cumplido el objetivo

de la Administración (servir al interés general) y el del agente privado (satisfacer el interés privado). En caso de dictar una resolución unilateral no está claro que se satisfagan y consigan satisfacerse los intereses de las partes implicadas.

En tercer lugar, porque facilitaría las relaciones Administración-ciudadanos, en la medida que se mirarían como sujetos en los que confiar y no como adversarios u oponentes. La satisfacción de lo público no requiere oponentes.

Y, por último, porque frente a las otras formas de terminar el procedimiento, esta permite que los ciudadanos puedan estar satisfechos con la acción administrativa y por lo tanto con la acción de quienes le gobierna, mientras que las otras formas de poner fin al procedimiento no garantizan que los intereses del ciudadano puedan estar satisfechos. Si es posible satisfacer intereses públicos y privados al mismo tiempo, esa debe ser la prioridad, y sólo cuando no sea posible debe primar lo público.

La sociedad, la confianza democrática, la propia supervivencia del sistema requieren, sin duda, una apuesta decidida por la cultura del pacto y más cuando ya se ha iniciado la vía judicial. Para ello se requiere un mayor compromiso institucional por parte del CGPJ como por parte de las Administraciones competentes.

Ahora bien, el cambio de cultura requiere tiempo, formación, argumentación y convicción de quienes promueven el cambio. El cambio se presenta como algo necesario, pero su implementación no se consigue en poco tiempo. No obstante, cualquier cambio que se produzca debe ir implantándose mediante acciones muy concretas.

En definitiva, se deben invertir todos los esfuerzos por acabar de convencer a todos los aparatos administrativos y operadores jurídicos que lo primero en todo procedimiento es analizar si se puede conseguir un pacto, deben interiorizar el pacto como primera forma de administrar el interés común. Para ello, es necesario que se potencie la creación de servicios de mediación intrajudicial en todo el territorio, que garanticen un sistema de justicia eficaz y eficiente. Los dirigentes deben invertir tiempo y formación en su personal, para que este asimile el nuevo cambio, exponiendo argumentos razonables, y demostrando que no es posible seguir anclado en modelos del pasado. Sólo aquellas Administraciones que sean capaces de implantar este cambio fundamental podrán gobernar en la sociedad el siglo XXI. Las que no lo hagan estarán condenadas a que los ciudadanos no crean en ellas, se sientan distanciados de la misma, y con el tiempo acaben desapareciendo por falta de conexión con la sociedad. Las distintas Administraciones no pueden sobrevivir sin la razón de ser de su existencia: servir con objetividad los intereses generales de los ciudadanos.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

AVILÉS NAVARRO, María: “La mediación en el orden jurisdiccional contencioso administrativo en España”, *Revista Acta Judicial* nº 6, julio-diciembre 2020, págs. 24-47.

BUSTILLO BOLADO, Roberto O.: *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Aranzadi, Pamplona, 2010.

CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo: *La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*, Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2008.

DE PALMA DEL TESO, Ángeles: *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.

FARTO PIAY, Tomás: “La forma más satisfactoria de terminar el procedimiento administrativo: la terminación convencional”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, núm. 1, 2012, págs. 43-70.

GONZÁLEZ BUSTOS, M. A., “La mediación como instrumento de innovación de las



relaciones entre ciudadanos y Administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N.º 196, 2019, págs. 111-142.

MARTÍN DIZ, Fernando: *Mediación en el ámbito contencioso-administrativo*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2018.

PAREJO ALFONSO, Luciano: *Eficacia y Administración. Tres estudios*, INAP/BOE. Madrid, 1995.

PAREJO ALFONSO, Luciano: *Lecciones de Derecho Administrativo*, 10ª edición, Tirant lo Blanch. Valencia, 2020.

RAMS RAMOS, Leonor: “Mecanismos alternativos de resolución de conflictos (ADR) en el ámbito del derecho administrativo”, en Chico de la Cámara, Pablo (Dir.), *Las Medidas Alternativas de Resolución de Conflictos (ADR) en las Distintas Esferas del Ordenamiento Jurídico*, págs. 659-703.

RIVERO ORTEGA, Ricardo: *Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. SALA SÁNCHEZ, Pascual: “La mediación y su integración en el ámbito contencioso-administrativo”, *Diario la Ley*, N° 9632, 2020 (<http://laleydigital.laley.es>).

---

<sup>16</sup> Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Vigo. Doctor en Derecho.

<sup>17</sup> Profesora de Derecho Procesal de la Universidad de Vigo.

<sup>18</sup> Vid. RAMS RAMOS, Leonor: “Mecanismos alternativos de resolución de conflictos (ADR) en el ámbito del derecho administrativo”, en Chico de la Cámara, Pablo (Dir.), *Las Medidas Alternativas de Resolución de Conflictos (ADR) en las Distintas Esferas del Ordenamiento Jurídico*, pp. 659-703.

<sup>19</sup> Vid. GONZÁLEZ BUSTOS, M. A., “La mediación como instrumento de innovación de las relaciones entre ciudadanos y Administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N.º 196, 2019, pp. 111-142; Martín Diz, Fernando: *Mediación en el ámbito contencioso-administrativo*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2018.

<sup>20</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano: *Lecciones de Derecho Administrativo*, 10ª edición, Tirant lo Blanch. Valencia, 2020, p. 664.

<sup>21</sup> Vid. SALA SÁNCHEZ, Pascual: “La mediación y su integración en el ámbito contencioso-administrativo”, *Diario la Ley*, N° 9632, 2020 (<http://laleydigital.laley.es>, última consulta: 17/11/2020). Asimismo, el primer documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales del CGPJ para el Plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma, que en su medida número 5.16 propone la reforma, entre otros, del art. 77 LRJCA, con el objetivo de potenciar la efectiva aplicación en la jurisdicción contencioso-administrativa de la mediación ([www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es), última consulta 01/12/2020).

<sup>22</sup> RAMS RAMOS (“Mecanismos alternativos de resolución ...”, *op. cit.*, p. 667) advierte que los mecanismos de resolución de conflictos en el ámbito del Derecho Administrativo no deben tener como única finalidad la reducción de la litigiosidad, sino una conexión con los ciudadanos que permita la actuación administrativa al servicio de los intereses generales.

<sup>23</sup> Vid. RAMS RAMOS, Leonor: “Mecanismos alternativos de resolución ...”, *op. cit.*, p. 667.

El artículo 41.de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece “Derecho a una buena administración:

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente;

b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;

c) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua”.

<sup>24</sup> Vid. los sujetos intervinientes en un acto administrativo consensual en PAREJO ALFONSO, Luciano: *Lecciones de Derecho Administrativo*, cit., pp. 738-739.

<sup>25</sup> AVILÉS NAVARRO, María; “La mediación en el orden jurisdiccional contencioso administrativo en España”, *Revista Acta Judicial* nº 6, julio-diciembre 2020, pp. 24-47, p. 30.

<sup>26</sup> Luciano PAREJO ALFONSO ha propuesto la expresión “acuerdo administrativo consensual” para referirse a la terminación convencional. Vid. Parejo Alfonso, Luciano: *Eficacia y Administración. Tres estudios*, INAP/BOE. Madrid, 1995, pp. 171 y 176 y ss.

<sup>27</sup> La expresión “*facultad convencional*” es una expresión empleada por Gerardo CARBALLO MARTÍNEZ para referirse a las actuaciones convencionales de la Administración. Señala este autor que “denominaré “*facultad convencional*”, en aproximación a los términos en que Luciano Parejo ha venido a pronunciarse al definir esta función como “*actividad administrativa consensual*””. Vid. CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo: *La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*, Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 141.

<sup>28</sup> FARTO PIAY, Tomás: “La forma más satisfactoria de terminar el procedimiento administrativo: la terminación convencional”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, núm. 1, 2012, pp. 43-70.

<sup>29</sup> Sobre el concepto de terminación convencional, vid. PAREJO ALFONSO, Luciano: *Eficacia y Administración. Tres estudios*, cit., pp. 176 y ss.

<sup>30</sup> Vid. DE PALMA DEL TESO, Ángeles: *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, p. 247.

<sup>31</sup> El artículo 1809 del Código Civil señala que “La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado” y el artículo 1814, que “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros”.

<sup>32</sup> Como afirma PAREJO ALFONSO (*Lecciones de Derecho Administrativo*, cit, p. 731) “El art. 86.1 LPAC debe considerarse, en todo caso, una norma completa, que formula, por tanto, un apoderamiento general y de directa aplicación para la actuación por la AP de forma convencional (en calidad de alternativa a la unilateral)”.

<sup>33</sup> Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano: *Eficacia y Administración. Tres estudios*, cit., p. 204.

<sup>34</sup> Roberto O. BUSTILLO BOLADO sostiene que “Así que, salvo expresa disposición legal en otro sentido, ni los conflictos surgidos en torno a potestades regladas son susceptible de transacción, ni potestades regladas pueden entrar en el juego de las recíprocas concesiones con las que transaccionalmente se pretendan resolver otros conflictos jurídicos” Vid. Bustillo Bolado, Roberto O.: *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Aranzadi. Pamplona, 2010, p. 264.

<sup>35</sup> Vid. BUSTILLO BOLADO, Roberto O.: *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, cit., p. 264.

<sup>36</sup> Vid. BUSTILLO BOLADO, Roberto O.: *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, cit., pp. 329 y ss.

<sup>37</sup> Sobre los convenios expropiatorios, vid. BUSTILLO BOLADO, Roberto O.: *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, cit., pp. 303 y ss.

<sup>38</sup> *Guía para la implantación de la mediación intrajudicial*, 2016 (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>), última consulta 17/11/2020).

<sup>39</sup> Vid. los Convenios en la Mediación contencioso-administrativa (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Convenios/Mediacion-contenciosoadministrativa/>) última consulta 17/11/2020).

<sup>40</sup> AVILÉS NAVARRO, María; “La mediación en el orden jurisdiccional...”, *op. cit.*, p. 36.

<sup>41</sup> RIVERO ORTEGA, Ricardo: *Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 178.

No copyright found.



24 JUN 2021

## **Derecho Iberoamericano en análisis, 1ª ed., mayo 2021**

Nuevas Tecnologías Y Derecho A La Privacidad En El Teletrabajo A Domicilio: Análisis Jurídico De Un Derecho Fundamental En Amenaza

# **Nuevas tecnologías y derecho a la privacidad en el teletrabajo a domicilio: análisis jurídico de un derecho fundamental en amenaza**

TALITA CORRÊA GOMES CARDIM<sup>42</sup>

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. *Teletrabajo a domicilio en la era digital, el “nuevo normal”*. 2. *La protección del derecho a la privacidad en el ordenamiento jurídico internacional y portugués*. 3. *Cuestiones jurídicas. Poder de vigilancia y control del empleador en el teletrabajo*. 3.1. Grabación de imágenes y sonido a través del instrumento de trabajo. 3.2. Instrumentos de trabajo e instalación de programas. 3.3. Inviolabilidad virtual del domicilio. II. CONCLUSIÓN. III. BIBLIOGRAFÍA.

## **. INTRODUCCIÓN**

Con el inicio de la cuarta Revolución Industrial surgió la sociedad digital de la era del conocimiento, habiendo una disrupción en la sociedad con la introducción de nuevas tecnologías que alteraron completamente conceptos existentes hasta entonces en las relaciones de trabajo<sup>43</sup>.

La expansión de las nuevas tecnologías ha transformado tanto la economía mundial como la forma en que vivimos y trabajamos, trayendo consigo innumerables nuevas cuestiones que no han sido reguladas por la ley.

Surge con la nueva realidad tecnológica, nuevas profesiones y modalidades laborales, y también nuevas cuestiones para el Derecho laboral. En el teletrabajo a domicilio nos encontramos con la problemática de la amenaza al derecho fundamental a la privacidad en colisión con el poder directivo del empleador.

### **1. TELETRABAJO A DOMICILIO EN LA ERA DIGITAL, EL “NUEVO NORMAL”**

El trabajo a distancia a través de las tecnologías de la información y la comunicación carece de una amplia reglamentación<sup>44</sup>.

Portugal fue el primer país europeo en regular este régimen jurídico para el sector privado y el teletrabajo se incluyó por primera vez en el Código del Trabajo de 2003 sobre la base del Acuerdo Europeo de 16 de julio de 2002, como un contrato de trabajo especial<sup>45</sup>. La normativa tiene numerosas brechas jurídicas y está prevista en pocos artículos que no agotan la materia, habiendo sido superada por recientes legislaciones como la española. El legislador portugués define el teletrabajo como la prestación laboral realizada con subordinación jurídica, generalmente fuera de la empresa y a través del recurso a tecnologías de información y comunicación, como prevé el artículo 165 del Código del Trabajo.

Leal Amado destaca dos elementos que caracterizan el teletrabajo, el elemento geográfico que es el trabajo a distancia y el elemento tecnológico, en el que se utilizan herramientas de trabajo a partir de tecnologías de información y de comunicación<sup>46</sup> y hay tres modalidades de teletrabajo, el realizado en casa, en centros satélite y teletrabajo móvil<sup>47</sup>.

¿Cómo puede ejercer el empresario el poder de control en el domicilio del trabajador? Lobo Xavier se refiere a esta brecha como la “crisis del concepto de subordinación”<sup>48</sup> y el derecho del trabajo debe superar esta “crisis”, respetando todos los derechos fundamentales.

## 2. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL Y PORTUGUÉS

El derecho a la intimidad es tan importante que casi todas las Constituciones europeas lo protegen<sup>49</sup>. Los derechos fundamentales establecidos en la Constitución son plenamente eficaces en la relación laboral, ya que sólo los intereses legítimos y relevantes de control del empresario imponen límites a los derechos fundamentales, y “limitarse a lo necesario para salvaguardar otros derechos o intereses protegidos por la Constitución”<sup>50</sup>.

Cualquier restricción a los derechos fundamentales del trabajador debe respetar los principios de necesidad, adecuación y prohibición del exceso, no pudiendo realizarse de forma inadecuada o excesiva, so pena de contradecir el art. 18, 2 de CRP.

En el Derecho internacional<sup>51</sup> hay garantía de privacidad en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de Datos Personales Automatizados y las Directrices reglamentarias de la OCDE para la protección de la intimidad y los flujos de datos personales, así como el art. 7º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha creado un catálogo de derechos fundamentales que favorece la seguridad jurídica y constituye un paso muy importante en el respeto de la vida privada.

El artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos es uno de los más importantes en la Unión Europea, ya que todas las cuestiones que se plantean al Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>52</sup> se deciden considerando esta disposición. El derecho a la privacidad en la jurisprudencia del TEDH se examina sobre la base del art. 8º del CEDH y lo que se identifica es el principio de licitud, finalidad, consentimiento y fundamento jurídico del tratamiento de datos.

Las nuevas tecnologías han creado un nuevo riesgo para algunos de los derechos fundamentales de los trabajadores, principalmente para su privacidad y en muchos casos hay una dificultad natural para distinguir claramente si las actividades del trabajador están relacionadas o no con su vida profesional. En este sentido, hay una importante decisión de este Tribunal relativa a la vida privada en el ámbito laboral, “Niemitz contra Alemania”<sup>53</sup>.

En Portugal, hubo la primera protección sobre la intimidad de la vida privada en el CC de 1966 y posteriormente se incluyó expresamente en el art. 26 de la CRP de 1976.

En el ordenamiento jurídico portugués, la protección de la privacidad no está restringida al Derecho Constitucional, siendo garantizada expresamente también en el Derecho civil, penal y laboral y está siempre acompañado del derecho a la dignidad de la persona humana y los derechos de la personalidad, justificando su protección en el Derecho del Trabajo<sup>54</sup>.

En el momento de la actualización del CT en 2003, incluyó los arts. 14 a 22 expresa protección a los trabajadores ante las realidades relacionadas con el desarrollo tecnológico, pero no hay previsión específica para las problemáticas actuales. Además, el artículo 170 dispone sobre la privacidad del trabajador en el sistema de teletrabajo. Este artículo tiene por objeto garantizar la protección de la intimidad y la vida privada, que se encuentran más amenazados en el caso del teletrabajo a domicilio<sup>55</sup>, la separación entre la vida privada y la

vida profesional, que antes se producían en lugares distintos y ahora se confunden en el mismo lugar.

Las tecnologías tienen un alcance prácticamente ilimitado para la vigilancia y, sobre todo, para la recopilación de información personal de los trabajadores y el uso de esta información puede dañar la privacidad.

Desde el momento en que se pasó a utilizar en gran escala las NTIC, se hizo posible una recogida, almacenamiento y gestión de datos sin precedentes, iniciando así lo que puede considerarse como una “nueva” organización del trabajo que ha eliminado la barrera entre tiempo y espacio, con grandes cambios en las relaciones jurídicas.

Pero este derecho a la reserva de privacidad no es absoluto y tiene limitaciones, como resultado de la su armonización con otros derechos constitucionalmente garantizados y protegidos, garantizando así el principio de proporcionalidad<sup>56</sup>.

En este sentido, España a través del Real Decreto-Ley 28/2020 sobre trabajo remoto, art. 17, 1 y 3, ya se ha adaptado la nueva realidad y sin duda es una buena contribución al Derecho Portugués, pero no parece que dejar en manos de las empresas el establecimiento de criterios para la utilización de los medios digitales sea el medio más adecuado para garantizar la efectividad de los derechos del trabajador.

### **3. CUESTIONES JURÍDICAS. PODER DE VIGILANCIA Y CONTROL DEL EMPLEADOR EN EL TELETRABAJO**

El control jurídico está siempre relacionado con parámetros previamente definidos por el empleador y conocidos por los trabajadores y el juicio de adecuación del objeto controlado a los parámetros sobre los que se verifica el control.

De la subordinación del trabajador que forma parte de una organización de trabajo se deriva el poder de vigilancia y control del empresario, siendo necesario para el buen funcionamiento de la empresa y para las modalidades de ejecución del contrato de trabajo. Sin embargo, el vínculo permanente entre la herramienta de trabajo de la empresa y de los trabajadores potencia el poder de dirección y el control de la vida privada del trabajador por parte del empleador. Los derechos de la personalidad, la prohibición de cualquier forma de control contraria a la dignidad del trabajador y la separación de la vida privada en relación con el trabajo deben observarse de forma inexorable, sin detrimento del poder directivo del empleador<sup>57</sup>.

La cuestión del control que se plantea aquí, constitucionalmente legítima, no es cuestionada con su existencia, sino en cuanto a su limitación y equilibrio para no violar los derechos fundamentales.

El art. 20 del CT prohíbe medios de vigilancia a distancia en el lugar de trabajo mediante el uso de equipo tecnológico, pero con excepciones<sup>58</sup>. Acompañando a Gloria Rebelo<sup>59</sup>, se pregunta si en el caso del teletrabajo a domicilio se plantean y en qué circunstancias, esa necesidad de protección. De inmediato no parece que esta excepción encaje en el caso del teletrabajo a domicilio, en el que la actividad con uso de las TIC necesite protección del trabajador o de bienes.

#### **3.1. Grabación de imágenes y sonido a través del instrumento de trabajo**

Es importante hacer mención a la decisión del AC. STJ, 8.2.2006, sobre cámaras de vigilancia en los puestos de trabajo, con un registro permanente de las tareas realizadas<sup>60</sup>.

Actualmente, surgen cada día nuevas y sofisticadas tecnologías que son utilizadas para la recogida de datos y vigilancia a distancia, permitiendo al empleador controlar totalmente los

pasos de la vida del trabajador, ahora en su domicilio, y ya no hablamos más de los medios tradicionales de vigilancia y control. Actualmente, cuando el empleado está observando el ordenador, éste está al mismo tiempo observando al trabajador en tiempo real, no es más preciso una cámara expuesta volcada a los trabajadores<sup>61</sup>.

Las empresas necesitan tener acceso a cierta información sobre el desarrollo del trabajo, seguridad y salud en el trabajo y la fiscalización en estos casos se ha convertido en una cuestión muy difícil, incluso si el empleador estuviera frente a una posibilidad autorizada por ley, aquí se tiene el conflicto con la privacidad e inviolabilidad del domicilio. Es preciso encontrar un equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales del trabajador en conflicto<sup>62</sup>.

De pronto, es unánime que la videovigilancia oculta en el ordenador viola el art. 20, 1 y 3 del CT. El vídeo y la audiovigilancia en la residencia del trabajador representan un instrumento que atenta contra la privacidad, entre otras cosas porque el aparato no va a distinguir la captación de una conversación e imagen en el horario de trabajo y no trabajo.

Hay otra cuestión que se refiere a la grabación de reuniones en línea y la conservación de datos personales, de las imágenes grabadas y su mantenimiento en el tiempo. Si esta reunión de trabajo es autorizada por las partes a ser grabada, ¿cuál es el período de conservación de este vídeo? No se puede dar una respuesta única, en la medida en que las imágenes podrían ser guardadas por el tiempo necesario para cumplir el propósito pretendido, en los términos del art. 21, 3, CT, pero no debe dejar de cumplir la norma superior del artículo 35 de la CRP.

No se puede pasar por alto que imágenes y sonidos recogidos en el lugar de trabajo son datos personales cuando permiten la identificación de las personas que en ella aparecen y la captación de imágenes y sonidos del trabajador en su domicilio va mucho más allá de la cuestión de la privacidad del trabajador, alcanzando la privacidad de terceros que residen en el mismo lugar, que fatalmente también tendrán su imagen y sonido eventualmente captados.

La elección de los medios de control por parte del empresario deberá respetar los principios de necesidad, suficiencia, racionalidad y proporcionalidad, debiendo el empresario demostrar que ha elegido las formas de control que tienen menor impacto sobre los derechos fundamentales de los trabajadores y que tiene en cuenta intereses que no superan los límites de la subordinación técnica y a través de programas regulados<sup>63</sup>.

El principio de proporcionalidad tiene tres dimensiones, constituido por los criterios o máximas de necesidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. De lo contrario, este control estaría siendo realizado directamente sobre el trabajador. Es difícil encontrar un fin legítimo a la vigilancia a través de estos nuevos medios de control. No basta cualquier interés declarado lícito del empleador y no se puede olvidar que no es el control lo que perjudica la dignidad del trabajador sino el *modus operandi* y actualmente el lugar de operación.

### **3.2. Instrumentos de trabajo e instalación de programas**

Con las NTIC se concentra en el mismo instrumento de trabajo la actividad productiva y el medio de control, así, al mismo tiempo que el trabajador realiza las actividades para las que fue contratado, el empresario a través de programas específicos recoge en este mismo período una gran cantidad de datos.

Siempre ha habido una enorme cantidad de programas que permiten controlar todos los pasos de los trabajadores no sólo en el lugar de trabajo, sino también fuera de él, y la gran cuestión es que ahora, el lugar de trabajo es el mismo lugar de no trabajo del individuo, sea cual sea, el domicilio.

Y, si tradicionalmente la vigilancia requería de intervención del hombre y el consentimiento y conocimiento por el trabajador, actualmente hay formas cada vez menos invasoras y ocultas de control, como la captación de imágenes y sonido en el ordenador sin que el individuo que opera ese instrumento tenga conocimiento.

Los nuevos medios de control, a menudo silenciosos, se convierten en un sustituto de los medios tradicionales y pueden provocar la desaparición de la privacidad.

El empleador tiene derecho a verificar y controlar la actividad laboral de los trabajadores y la constatación de las faltas que puedan justificar procedimientos disciplinarios, y resulta muy difícil separar esta recogida de datos y, allí, que la legislación debe regular mejor el uso de dichos programas y regular los que ya han pasado por una evaluación de que no vulneran los principios constitucionales y que podrían utilizarse de este modo.

Hay otra cuestión: ¿si el trabajador utiliza instrumentos y equipos personales, a esta situación se aplicaría en su integridad el derecho de confidencialidad del art. 22 del CT? Con el trabajo a domicilio y las NTIC, no es posible distinguir con claridad las actividades de un individuo que forman parte de su vida profesional o comercial de las que no lo hacen. Al trabajar con instrumentos propios, el empresario no puede obligar al trabajador a instalar programas de control.

La normativa actual no ha sido pensada de ninguna manera para el régimen del teletrabajo a domicilio y nuevamente la Ley española aporta una contribución al prever expresamente esta cuestión, así como la Ley Argentina.

El Real Decreto-Ley 28/2020 español, artículo 17, 2, dispone que la empresa no puede exigir la instalación de programas o aplicaciones en dispositivos de propiedad del trabajador, o el uso de estos dispositivos en el desarrollo de trabajo remoto. El ordenamiento argentino, Ley no 27.555/20 regula la protección de datos e impide el uso de software para vigilancia que viola la privacidad del trabajador.

En sus artículos 15 y 16 dispone que los sistemas de control destinados a proteger los bienes e informaciones de propiedad del empleador deben tener participación sindical para resguardar la privacidad de la persona que trabaja en la modalidad de teletrabajo y la privacidad de su domicilio, así como el empresario debe tomar las medidas apropiadas, especialmente en lo que se refiere al software, para garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por quienes trabajan en la modalidad de teletrabajo, y no poder utilizar software de vigilancia que viola la privacidad.

El hecho de que el desarrollo tecnológico de software permita realizar el control no significa que su uso sea lícito teniendo en cuenta los principios fundamentales del sistema jurídico. Se puede hablar de un eventual “derecho a la privacidad del trabajador sobre el “espacio virtual” en la memoria del ordenador o servidor de la empresa”<sup>64</sup>.

### **3.3. Inviolabilidad virtual del domicilio**

En particular, por lo que se refiere al teletrabajo a domicilio, las autoridades de inspección laboral de los países de la UE se enfrentan a problemas específicos relacionados con la actividad laboral. A pesar de la legislación que pueda existir, establecer normas es una cosa y respetarlas es otra, y será muy difícil organizar las inspecciones de trabajo si el domicilio se convierte en el lugar de trabajo<sup>65</sup>.

Durante mucho tiempo, la inviolabilidad del domicilio se ha considerado predominantemente sólo desde el punto de vista del procedimiento penal y en estrecha combinación con las normas sobre detención. En este sentido, tenemos el AC. n° 128/92 sobre el derecho a la reserva sobre la intimidad de la vida privada, con el derecho a ver protegido el espacio interior o familiar de la persona o de su hogar contra intromisiones ajenas, que

puede haber su concepto extendido todavía para el ámbito laboral por analogía a quién estaría invadiendo el domicilio<sup>66</sup>. La protección del domicilio abarca un ámbito más amplio, tanto en la justicia civil como en la justicia del trabajo.

Esta prohibición está plenamente justificada, afectando a la dignidad y la privacidad del trabajador, sobre todo cuando se trata de considerar el acceso al domicilio del teletrabajador.

No es cualquier derecho del empleador que puede sacrificar el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Aunque el art. 170 del CT permita la visita física del empleador en un determinado horario, siendo lícito para determinados fines de prevención. Ante las NTIC se considera que el acceso por videos y cámaras de computadora a todo tiempo sería una forma de violación del domicilio a cualquier horario sin justificación. Aunque el empleador no se adentre físicamente en el mismo, la invasión se realiza virtualmente.

Como bien puntúa MenezesLeitão,

“el permiso del trabajador para ser supervisado electrónicamente no se rija por la prohibición de esta disposición, en los casos en que no haya justificación para la vigilancia. En efecto, dicha autorización debe considerarse como una restricción de los derechos de la personalidad nula contraria al orden público, de conformidad con el art. 81, 1, CC”<sup>67</sup>.

Es necesario regular el concepto de invasión virtual a domicilio.

El control a través de la NTIC del teletrabajador entra en conflicto con el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio. Como complemento del artículo 170, debe establecerse un límite geográfico en la residencia de la zona de trabajo efectiva, de conformidad con los principios mencionados anteriormente, siendo un control únicamente preventivo<sup>68</sup>, pero que no está regulado para esta situación de teletrabajo a domicilio.

Se puede utilizar por analogía decisiones que reconocen que la vigilancia en lugares donde no se realiza el trabajo en las instalaciones físicas de la empresa son ilícitas. Por ejemplo, tenemos el Ac. del Tribunal Constitucional n° 98/2000, del 1 de abril. Lo que no se puede permitir es que el teletrabajo con el uso de las NTIC sea una invasión de la vida privada del trabajador en su propio domicilio.

## I. CONCLUSIÓN

Una solución adecuada para garantizar los derechos y obligaciones de ambas partes de la relación de trabajo, una vez examinada la cuestión, es la aplicación del principio de intromisión mínima<sup>69</sup>, implicando así la menor captación de imagen del trabajador.

Además, el principio de proporcionalidad y la ponderación de intereses son instrumentos para resolver colisiones entre principios en casos concretos. Es necesario regular una sistematización de estas hipótesis para permitir la solución de los casos de colisión entre las normas objeto de debate.

El proceso de ponderación debe comenzar por la estipulación del peso de cada uno de los principios en colisión, que influirá en el peso que cada principio debe asumir en el caso concreto. Dado que los derechos fundamentales de la intimidad y la intimidad son inherentes a la condición humana, tienen siempre un peso mayor que los derechos de propiedad, el principio de libre iniciativa y la libertad contractual, que son normas de carácter patrimonial<sup>70</sup>.

Se concluye que la norma sigue siendo que el derecho a la intimidad sólo puede limitarse si los intereses pertinentes lo justifican y no puede cuestionarse los principios constitucionales de necesidad, adecuación y prohibición del exceso.



Compete al Derecho laboral del futuro encontrar un equilibrio entre las nuevas tecnologías, el derecho fundamental a la intimidad y el derecho al control por parte del empleador.

## II. BIBLIOGRAFÍA

- ABRANTES, José João. Direitos fundamentais da pessoa humana no trabalho: em especial, a reserva da intimidade da vida privada (algumas questões): lição de agregação. Almedina, Lisboa, 2014.
- ABRANTES, José João. Direitos Fundamentais como limites dos poderes empresariais. Em Estudos do Instituto de Direito do Trabalho.Org. Pedro Romano Martinez, Luís Gonçalves da Silva. Coimbra: Almedina, 2020. P. 7 a 18.
- AMADO, João Leal. Contrato de Trabalho: Noções Básicas. Coimbra: Almedina, 2016
- BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. A utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho: a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador. Belo Horizonte, 2009
- FERNANDES, António Monteiro. Direito do Trabalho, 19ª edição. Coimbra: Almedina, 2019.
- GIL, Susana I. P. Ferreira dos Santos. Algumas notas sobre o eterno mundo novo: o Teletrabalho. Estudos de direito do trabalho em homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes/coord. Bernardo da Gama Lobo Xavier. Nova Causa, Vol. 2, 2017. Pp. 639-673.
- LEITÃO, Luís Menezes. Temas laborais: estudos e pareceres. 1a ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- MARTINEZ, Pedro Romano Código do trabalho: anotado. 9a ed. Coimbra: Almedina, 2013.
- MOREIRA, Teresa Coelho. A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador. Coimbra, Almedina, 2010.
- MOREIRA, Teresa Coelho. Estudos de direito do trabalho. Coimbra: Almedina, 2011
- REBELO, Glória. Teletrabalho e privacidade: contributos e desafios para o direito do trabalho. 1a ed. Lisboa: RH, 2004.
- RODRIGUES, Patrícia Pinto. O teletrabalho: enquadramento jus-laboral; Estudos de direito do trabalho. org. António Monteiro Fernandes. 1a ed.: Coimbra Editora, 2011
- SCHWAB, Klaus; Nicholas Davis. Moldando a quarta revolução industrial. pref. Satya Nadella, Pedro Pina Tradução Rui Candeias. Levoir, 2019.
- VEIGA, Fábio da Silva. “O poder directivo do empregador” versus” o direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador.” Jus Societas-JS 2, no. 1, 2011, p. 85-96
- XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. Manual do direito do trabalho. 3ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2018.

---

<sup>42</sup> Master en Derecho de las Empresas y del Trabajo por Instituto Universitário de Lisboa- ISCTE, Portugal. Investigadora miembro del Instituto Iberoamericano de Estudios Jurídicos- IBEROJUR. Abogada especializada en el área Laboral Empresarial. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0018509136718050>

<sup>43</sup> SCHWAB, Klaus; NICHOLAS Davis. *Moldando a quarta revolução industrial*. pref. Satya Nadella, Pedro Pina Tradução Rui Candeias. Levoir, 2019. P. 13.

<sup>44</sup> La actual pandemia determinó la mayor experiencia mundial de teletrabajo y esto fue posible debido al uso de las

NTIC, exceptuando la normalidad.

<sup>45</sup> GIL, Susana I. P. Ferreira dos Santos. Algunas notas sobre o eterno mundo novo: o Teletrabalho. Estudos de direito do trabalho em homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes / coord. Bernardo da Gama Lobo Xavier. Nova Causa, Vol. 2, 2017. Pp. 639-673.

<sup>46</sup> AMADO, João Leal. *Contrato de Trabalho: Noções Básicas*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 121.

<sup>47</sup> En este estudio abordaremos sólo cuestiones de la privacidad en el teletrabajo a domicilio. Sobre los demás regímenes: MOREIRA, Teresa Coelho. Estudos de direito do trabalho. Coimbra: Almedina, 2016. Pp. 132 e ss.

<sup>48</sup> XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. Manual do Direito do Trabalho. 3ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2018, P. 386 e ss.

<sup>49</sup> Hay constituciones, como la italiana, que no prevén expresamente el derecho a la intimidad, pero consagran el derecho a la dignidad de la persona humana, la tutela de la libertad física y la libertad moral del individuo. En Italia existe también la protección a domicilio, la correspondencia y otras formas de comunicación, por lo que se trata de un medio para garantizar la protección de la vida privada. La primera ley en este país surgió en 1996, ley n° 675, regulando la protección de la vida privada. Posteriormente, el 1 de enero de 2004 se publicó el Codice Sulla Privacy. En la actualidad, se puede afirmar que el derecho a la privacidad forma parte de los derechos constitucionales, entendido como un derecho de tercera generación, o como un nuevo derecho. Para un estudio más detallado sobre el derecho a la intimidad en Italia, MOREIRA, Teresa Coelho. A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador. Coimbra, Almedina, 2010. Pp. 253 e ss.

<sup>50</sup> ABRANTES, José João. Direitos Fundamentais como limites dos poderes empresariais. Estudos do Instituto de Direito do Trabalho. Pedro Romano Martínez, Luís Gonçalves da Silva. Coimbra: Almedina, 2020. P. 18

<sup>51</sup> Sólo se citarán las normas más importantes de la Unión Europea, sin agotar las normas existentes.

<sup>52</sup> El TEDH es el órgano de garantía del CEDH y tiene por objeto garantizar la protección de los derechos en él reconocidos. La noción de vida privada por el Tribunal es muy amplia, no adoptando una definición exhaustiva, utilizando así el Tribunal el método interpretativo con diferentes fases para llegar a una decisión.

<sup>53</sup> Esta decisión constituyó un hito en la protección de la inviolabilidad del domicilio, ya que el Tribunal reconoció la existencia de un ámbito de privacidad, incluso en el contexto de las actividades comerciales y profesionales, con una concepción amplia de la vida privada y del domicilio. Disponible en: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22appno%22:%2213710/88%22,%22itemid%22:%22001-57887%22>>, acceso en 21.11.2020.

<sup>54</sup> “Los trabajadores, como ciudadanos, no dejan de serlo cuando entran en la organización empresarial y tienen derecho a ejercer sus derechos fundamentales. Pero al celebrar un contrato de trabajo y estar en una situación de subordinación jurídica, sometándose al poder directivo del empleador, los trabajadores pueden tener algunos problemas en cuanto al ejercicio de una serie de derechos que, por no ser específicamente laborales, corren el riesgo de ser ignorados en la organización empresarial.” Gloria Rojas Rivero apud Moreira, Teresa Coelho. *op. cit.* P. 333.

<sup>55</sup> En este mismo sentido: “este artículo concreta el derecho a la reserva de la intimidad de la vida privada, menciona límites la visita a domicilio, pero aún así carece de mayores previsiones normativas”. MARTINEZ, Pedro Romano. Código do trabalho: anotado. 9a ed. Coimbra: Almedina, 2013. P. 427.

<sup>56</sup> Así es la decisión del Ac. n.º 368/2002/T. Proceso n.º 577/98. Disponible en: <<https://dre.pt/application/conteudo/1291207>>, acceso en 21.11.2020.

<sup>57</sup> VEIGA, Fábio da Silva. “O poder directivo do empregador” versus” o direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador.” Jus Societas-JS 2, no. 1, 2011, p. 85-96

<sup>58</sup> Que no serán objeto de estudio en este trabajo. Sería el caso de establecimientos de venta al público, bancos, gasolineras, entre otros, si se informa al trabajador de que está bajo vigilancia para la protección y seguridad de personas y bienes, cuando la naturaleza de la actividad lo justifique vigilância.

<sup>59</sup> REBELO, Glória. Teletrabalho e privacidade: contributos e desafios para o direito do trabalho. 1a ed. Lisboa: RH, 2004, P. 70

<sup>60</sup> MARTINEZ, Pedro Romano Código do trabalho: anotado. 9a ed. Coimbra: Almedina, 2013. P. 163.

<sup>61</sup> “El control periférico, discontinuo y parcial, realizado por el hombre, está siendo sustituido por un control centralizado, objetivo, incorporado en la máquina que se verifica en tiempo real, originando el surgimiento de un nuevo tipo de control que consiste en la reconstrucción del perfil del trabajador.” MOREIRA, Teresa Coelho. Estudos de direito do trabalho. Coimbra: Almedina, 2011. Pg. 34.

<sup>62</sup> Ler, ABRANTES, José João. *op. cit.* P. 7 a 18.



<sup>63</sup> RODRIGUES, Patrícia Pinto. O teletrabalho: enquadramento jus-laboral; Estudos de direito do trabalho. org. António Monteiro Fernandes. 1a ed.: Coimbra Editora: Wolters Kluwer Portugal, 2011. Pp. 116.

<sup>64</sup> MOREIRA, Teresa Coelho. A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador. Coimbra, Almedina, 2010. P. 639.

<sup>65</sup> No podemos dejar de lado que el empleador debe controlar los tiempos de trabajo, siendo obligatorio según decisión del Ac. del TJUE nº 55/18 de 14 de mayo de 2019, para evitar la porosidad de los accidentes laborales y la invasión de la frontera de la vida privada y del tiempo de trabajo. REBELO, Glória. Teletrabalho e privacidade: contributos e desafios para o direito do trabalho. 1a ed. Lisboa: RH, 2004, P. 81

<sup>66</sup> Disponible en: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9722b7a5b3df07c280256d4300267243?OpenDocument>, acceso em 24.11.2020.

<sup>67</sup> LEITÃO, Luís Menezes. Temas laborais: estudos e pareceres. 1a ed. Coimbra: Almedina, 2006. P. 103.

<sup>68</sup> Es el mismo caso por analogía de acceso al correo electrónico del empleado y constatar que éste utiliza de forma distinta de la que debería, pero aún así no puede abrir el mensaje del correo electrónico por configurar violación de correspondencia y de privacidad. En este sentido, Ac. STJ, 05.07.2007. Proc. 07S043, Relator Mario Pereira.

<sup>69</sup> Para una mayor reflexión sobre el uso de este principio en las situaciones de control y vigilancia, MOREIRA, Teresa Coelho, *op. cit.* Coimbra, Almedina, 2010. P. 258.

<sup>70</sup> Barros, Juliana Augusta Medeiros de . A utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho : a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador . Belo Horizonte, 2009. P. 319

No copyright found.

24 JUN 2021

## Derecho Iberoamericano en análisis, 1ª ed., mayo 2021

El Proceso De Decomiso Autónomo: Un Hito En La Neutralización De Los Patrimonios De Origen Ilícito

### El proceso de decomiso autónomo: un hito en la neutralización de los patrimonios de origen ilícito

TOMÁS FARTO PIAY<sup>71</sup>

SUMARIO: I. ORIGEN DEL PROCESO DE DECOMISO AUTÓNOMO EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL ESPAÑOLA. II. OBJETO Y NATURALEZA DEL PROCESO. III. ÁMBITO DEL PROCESO. IV. RASGOS ESENCIALES DEL PROCESO DE DECOMISO AUTÓNOMO: 1. *Sujetos procesales*. 2. *Procedimiento*. 3. *Sentencia*. 4. *Ejecución y Medidas cautelares*. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

#### . ORIGEN DEL PROCESO DE DECOMISO AUTÓNOMO EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL ESPAÑOLA

Para comprender las reformas legales acometidas por el legislador relativas al decomiso, y la instauración del proceso de decomiso autónomo<sup>72</sup>, ha de partirse de los objetivos de política criminal internacional de combate de la delincuencia en base a la erradicación de beneficios derivados del ilícito penal. En esta política criminal de primacía de las consecuencias jurídicas del delito de carácter patrimonial frente a los sistemas basados en el elemento penológico, tales directrices se han plasmado en diversos instrumentos normativos, internacionales y supranacionales, especialmente en la UE, que en lo que referido al decomiso ha provocado un proceso de evolución hacia una política de expansión del decomiso. Esta progresión alcanza su cúspide con la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea<sup>73</sup>, con la pretensión de potenciar y armonizar el decomiso en el ámbito de la UE, cuya transposición ha tenido especial relevancia en la regulación del decomiso en el ordenamiento jurídico español sustantivo y procesal.

De este modo, la transposición de la Directiva por la LO 1/2015 ha conllevado la profunda reforma de la regulación sustantiva del decomiso, arts. 127 a 127octiesCP, resaltando su alcance sobre las modalidades del decomiso ampliado, ordinario y por reiteración delictiva, el decomiso de bienes de terceros y el decomiso autónomo; una nueva regulación que, tendiendo a la maximización decomisiva, contiene aspectos controvertidos como la compatibilidad entre modalidades o el sistema de indicios o presunciones.

En cuanto al orden procesal penal, a medio de la Ley 41/2015 se ha introducido el proceso de decomiso autónomo en el Capítulo II del Título III *ter* del Libro IV LECrim, formado por los arts. 803 *ter* e a 803 *ter* u, que sistematizan este novedoso proceso que viene a integrar el proceso contradictorio que para sustanciar el decomiso autónomo prevé el art. 127 *ter* CP, al objeto de permitir la privación de la titularidad de los bienes procedentes del delito pese a que el autor no pueda ser juzgado y condenado por delito, en aquellos supuestos en que no procede el enjuiciamiento penal por fallecimiento, rebeldía o incapacidad procesal, a los que debe añadirse el caso de la reserva de la acción de decomiso en el proceso penal principal por el MF<sup>74</sup>.

## I. OBJETO Y NATURALEZA DEL PROCESO

El objeto del proceso viene conformado por la pretensión de privación de bienes de ilícita procedencia de manera autónoma e independiente a la declaración de responsabilidad penal; es así que la *causa petendi* viene constituida por la realización del hecho punible y la relación del bien con los hechos, y en su caso la adquisición por un tercero, de modo que el *petitum* consiste en la solicitud de la privación de la titularidad.

Es un proceso de naturaleza penal, determinada por el carácter sancionador de su objeto, regulado en la LECrim y competencia de órganos jurisdiccionales penales, en el que se pretende la privación de bienes de origen ilícito, cuya procedencia ha de resultar declarada en el proceso penal en el supuesto de reserva o en el propio proceso de decomiso. Ciertamente, se puede calificar como proceso penal especial por cuanto, pese al carácter sancionador del decomiso, no tiene por objeto un enjuiciamiento por delito<sup>75</sup>. Resulta controvertida la naturaleza de esta modalidad de decomiso, cuestión sobre la que el legislador parece querer abrir una puerta a su naturaleza civil, próxima al enriquecimiento injusto, si bien a nuestro criterio ostenta naturaleza penal, sancionadora<sup>76</sup>, señalando el TS que el decomiso guarda una directa relación con las penas y el Derecho sancionador, y respecto de su naturaleza que “tras la reforma del 2015, pese a la amplitud de los supuestos y procedimientos del decomiso, no ha variado sustancialmente”<sup>77</sup>.

## II. ÁMBITO DEL PROCESO

En cuanto a los supuestos en que resulta procedente el proceso de decomiso autónomo, están previstos en el art. 803 *ter* e 2 LECrim y se concretan en el supuesto de reserva de la acción de decomiso en el proceso penal y los supuestos de imposibilidad de enjuiciamiento por fallecimiento, rebeldía o incapacidad del sujeto pasivo.

Así, se establece la posibilidad de acudir al proceso de decomiso autónomo cuando en el proceso penal el MF, en su escrito de acusación, hace valer la reserva, total y no parcial, de la acción de decomiso para el proceso de decomiso, que solo podrá iniciarse a la firmeza de la sentencia penal; el objetivo que persigue es simplificar el proceso penal principal, excluyendo del debate a bienes y terceros.

Por otro lado, el art. 803 *ter* e 2 b) LECrim faculta para acudir al proceso de decomiso autónomo en caso de fallecimiento del responsable de los hechos, lo que supone que el proceso se haya de entender con sus sucesores o herederos o terceros afectados. El segundo supuesto se produce ante la rebeldía que impide el enjuiciamiento penal del sujeto, que encaja con la previsión del art. 127 *ter* 1 b) CP, y cuya finalidad radica en posibilitar el decomiso pese a no ser posible su enjuiciamiento por delito, enervando el riesgo de prescripción o la pérdida, destrucción o minusvaloración de bienes. El tercer supuesto tiene lugar por la incapacidad para comparecer en juicio del autor del hecho punible, que impide que pueda ser enjuiciado penalmente; la falta de coincidencia entre la norma procesal y el art. 127 *ter* CP impone un esfuerzo de interpretación toda vez que, pese a que la norma sustantiva viene referida a enfermedad crónica que impida el enjuiciamiento, desde el punto de vista procesal ha de considerarse que el supuesto se refiere a la capacidad procesal del sujeto pasivo, que tampoco debe conectarse con la incapacidad civil, pues la situación de incapacidad se integra por la falta de capacidad que impida ser sometido a juicio, sin que sea precisa una declaración judicial. De este modo, es incompatible la celebración de juicio oral con la incapacidad del sujeto cuando su estado mental sea de tal intensidad que no le permita comparecer y actuar con mínimas garantías, por lo que ha de concluirse que no es posible someter al proceso de decomiso autónomo a los sujetos sin capacidad procesal, pues se vulnerarían los derechos y garantías que le amparan como sujeto pasivo de una sanción penal en un proceso penal.

Especial problemática plantea la discordancia de supuestos entre la regulación sustantiva y procesal, con las dudas que surgen en cuanto a la viabilidad de los supuestos no previstos expresamente en la LECrim, falta de coherencia que precisa de una modificación legal que armonice los supuestos. Es así que el art. 803 *ter* e 2 b) LECrim no prevé los supuestos de exención o extinción de responsabilidad criminal recogidos por el art. 127 *ter* 1 c) CP, de suerte que, dado el carácter tasado de la enumeración del art. 803 *ter* e 2 LECrim, la única posibilidad de tramitación del proceso de decomiso autónomo en tales casos sería a través de la reserva de la acción de decomiso<sup>78</sup>.

## V. RASGOS ESENCIALES DEL PROCESO DE DECOMISO AUTÓNOMO

### 1. SUJETOS PROCESALES

En lo que atañe órgano judicial, la competencia se establece en función del supuesto de proceso de decomiso autónomo y de acuerdo a una triple norma competencial por vinculación. Es así que el art. 803 *ter* f a) LECrim establece que en caso de reserva de la acción el órgano competente será el que dictó la sentencia penal firme, entendiendo por tal el órgano de instancia. El segundo criterio competencial, art. 803 *ter* f b) LECrim, ante el supuesto de tramitación de una causa penal suspendida hace recaer la competencia sobre el órgano que hubiese sido competente para dictar la sentencia penal, lo que descarta la competencia de los juzgados de instrucción en tales supuestos. El tercer supuesto, del art. 803 *ter* f c) LECrim, atribuye la competencia al órgano que lo hubiese sido para el enjuiciamiento de la causa penal no iniciada, el órgano judicial al que hubiese correspondido el enjuiciamiento de los delitos.

En cuanto a la legitimación activa, se ha configurado en el art. 803 *ter* h LECrim como exclusiva y excluyente del MF, impidiendo la intervención de terceros como sujetos activos en el proceso, con la problemática que suscita por la afectación de los derechos e intereses de víctimas y perjudicados<sup>79</sup>, quienes tienen la posibilidad de ejercitar sus derechos ante la jurisdicción civil o de formular acusación en el proceso penal, por lo que la configuración de la legitimación activa no vulnera sus derechos fundamentales<sup>80</sup>. Ahora bien, pese a que no exista una vulneración de sus derechos, hubiese sido procedente admitir la intervención de perjudicados junto al MF, no como demandante originario sino en fase ulterior, en base al interés de resarcimiento y los posibles efectos positivos que su intervención pudiera aportar en materia de prueba o circunstancias relevantes del sujeto pasivo o bienes, sin ignorar un aumento del riesgo de efectos adversos para la tramitación del proceso por actuaciones espurias o dilatorias, la existencia de múltiples víctimas o perjudicados a intervenir, etc., que precisarían de control por el órgano judicial. Para habilitar la participación de terceros como sujetos activos sería necesaria una reforma legal con la previsión de su llamada al proceso para poder actuar como parte activa, bien previa solicitud del MF como una especie de intervención provocada similar a la del art. 14.1 LEC, bien de oficio al modo dispuesto por el art. 150.2 LEC.

La legitimación pasiva se funda en la relación de los sujetos con los bienes, lo que incluye como sujetos pasivos, demandados, no sólo al encausado o autor de los hechos punibles sino también al tercero afectado. Ha de reseñarse que pese a que los terceros no son incluidos en el ámbito subjetivo del decomiso autónomo del art. 127 *ter* 2 CP, ha de concluirse que los terceros afectados ostentan legitimación pasiva, según resulta de una interpretación conjunta del art. 127 *quater* CP que prevé la aplicación del decomiso de terceros a las modalidades de los artículos anteriores, y del art. 803 *ter* j LECrim que establece la legitimación pasiva en función de la relación con los bienes, con alusión expresa al tercero afectado por el decomiso y su citación al proceso<sup>81</sup>.

Estos terceros, como sujetos pasivos y parte del proceso, haciendo una interpretación garantista deben gozar de los derechos y garantías propios de todo sujeto pasivo del proceso penal, aunque no se les atribuya intervención en los hechos delictivos, sin obviar que su

posición respecto a los bienes pudiera llegar a ser constitutiva del algún delito, enervando el riesgo de autoincriminación de estar amparado por el derecho a guardar silencio, no responder a preguntas o no reconocer hechos.

Respecto de la asistencia letrada, el art. 803 *ter* i LECrim establece la aplicación del derecho a la asistencia letrada del encausado a todas las personas cuyos bienes o derechos pudieren verse afectados por el decomiso, por tanto una defensa letrada preceptiva para preservar sus derechos, en cumplimiento a las previsiones del art. 8.7 DIR 2014/42/UE; en cuanto a la representación procesal, pese al silencio legal habrá de entenderse necesaria la representación por procurador según las normas generales del proceso penal.

## 2. PROCEDIMIENTO

La configuración del procedimiento para la tramitación del proceso de decomiso se encuentra plagada de conceptos y terminología procesal civil, siendo su máximo exponente la remisión a las normas del juicio verbal civil del art. 803 *ter* g LECrim, en aquello que no contravenga las normas específicas del proceso, particularidad que revela el intento del legislador de dotar de envoltura procesal civil al proceso para justificar la inaplicación de las garantías procesales penales, cuestión reprochable por el menoscabo que supone para el estatuto jurídico de los sujetos pasivos<sup>82</sup>.

En cuanto a los preceptos relativos al procedimiento, el art. 803 *ter* l regula la demanda de decomiso autónomo, el art. 803 *ter* m la contestación a la demanda, el art. 803 *ter* n la resolución sobre prueba y vista, el art. 803 *ter* o el juicio y la sentencia y el art. 803 *ter* p es relativo a los efectos de la sentencia. En aquello no regulado en los arts. 803 *ter* e a 803 *ter* u LECrim, ni en los arts. 437 a 447 LEC cuando resulten aplicables por remisión, habrá de acudirse supletoriamente a la normativa procesal penal y sus principios rectores.

De este modo se regula un procedimiento que se inicia con una demanda según unos requisitos y contenido, y seguidamente toda la sustanciación hasta la vista oral, con la admisión a trámite de la demanda, el emplazamiento y las posibilidades de actuación procesal del sujeto pasivo del proceso: contestación a la demanda, rebeldía del encausado rebelde y del tercero afectado por el decomiso o la ausencia de contestación a la demanda, así como los efectos derivados de tales actuaciones; y en último término la fase de juicio y la práctica de la prueba; no obstante la terminología civil, lo cierto es que el procedimiento establecido guarda similitudes con el previsto para el proceso abreviado penal.

Respecto al juicio se establece su desarrollo según las previsiones del proceso ordinario civil, en aquello que permita su acomodo a las especialidades del proceso de decomiso autónomo, lo que requiere un esfuerzo integrador sobre aspectos como la aceptación, o conformidad, con el decomiso y sus consecuencias, o la interpretación sobre la práctica y régimen de recursos de la prueba, cuestiones relativas a la prueba que entrañan dificultades derivadas de poder dotar de coherencia la regulación procesal civil con un proceso de naturaleza penal, debiendo considerarse que la remisión no rige en cuanto al régimen de la prueba, su práctica y valoración judicial, sometida a los principios y normas más garantistas del proceso penal.

Lo anterior atañe al interrogatorio de parte<sup>83</sup>, pues como sujeto pasivo de una sanción penal no procede su caracterización como demandado, sino que en posición y derechos ha de equipararse al encausado, sea el responsable de los hechos ilícitos o un tercero afectado, por lo que este último no puede ser tenido como mero testigo aun cuando no se le atribuya actividad ilícita. En el repertorio de derechos de los sujetos pasivos del proceso adquiere especial trascendencia el derecho a la presunción de inocencia, que determina que la carga de la prueba de los hechos que sustentan la pretensión de decomiso recaiga en la acusación, así como el derecho a guardar silencio y no prestar declaración, no contestar preguntas y a no declarar contra sí mismo ni confesarse culpable, debiendo incluir su estatuto el derecho a la última palabra, sin que sea de aplicación el régimen procesal civil de la incomparecencia y reconocimiento de hechos perjudiciales, ni la admisión de hechos ante la negativa a declarar

o respuestas evasivas o inconcluyentes.

En coherencia con lo señalado, a la prueba de testigos le será de aplicación la dispensa de declarar del art. 416 LECrim, así como la facultad del art. 714 LECrim de solicitar y dar lectura a declaraciones prestadas anteriormente en caso de contradicciones con la ofrecida en el plenario<sup>84</sup>.

### 3. SENTENCIA

Celebrada la vista, será dictada sentencia que en caso de estimación, total o parcial, de la pretensión de decomiso ha de contener unos pronunciamientos declarativos, tanto el que acuerda el decomiso con la consecuencia de la transmisión de la titularidad de los bienes en favor del Estado<sup>85</sup>, como el pronunciamiento de determinación de perjudicados y fijación de indemnizaciones, que entraña enormes dificultades tanto de plasmación en sentencia, en particular por la falta de legitimación activa de los terceros, como de materialización en fase de ejecución, de ahí que deba interpretarse que dicho pronunciamiento pueda consistir en dejar sentadas en sentencia las bases de determinación de perjudicados y los parámetros de las indemnizaciones, a concretar en ejecución.

Sobre la eficacia de cosa juzgada de la sentencia en relación con el proceso penal la sentencia firme surtirá el efecto negativo de la cosa juzgada material, que impedirá un nuevo enjuiciamiento sobre el mismo objeto y sujetos frente a los que se ha dirigido la acción, sin vincular un posterior enjuiciamiento penal del encausado por carecer de eficacia positiva de cosa juzgada material, aunque en dicho enjuiciamiento quedaría excluido el decomiso de bienes objeto del proceso de decomiso autónomo previo. Por otro lado, sobre la posibilidad de ulteriores procesos de decomiso, el MF podrá instar un nuevo proceso de decomiso autónomo ante el descubrimiento de bienes cuya existencia o titularidad se ignoraba, sin límite cuantitativo ni de plazo de nuevas demandas, lo que es susceptible de producir inseguridad jurídica.

Respecto del régimen de recursos frente a la sentencia se adopta el sistema del proceso penal abreviado, decisión acertada por ser un proceso penal. En orden a la rescisión de sentencia a instancias del encausado rebelde y del tercero afectado no comparecido declarados en rebeldía en el proceso de decomiso autónomo, art. 803 *ter* s LECrim en relación al art. 803 *ter* d LECrim, sólo si esa rebeldía ha sido involuntaria se podrá hacer valer la rescisión de sentencia firme, respecto de los pronunciamientos que afecten directamente a sus bienes o derechos. En cuanto a la revisión de sentencia, destacar la expresa previsión del art. 954.2 LECrim que habilita para revisar la sentencia de decomiso en caso de contradicción con la sentencia penal.

### 4. EJECUCIÓN Y MEDIDAS CAUTELARES

En relación a la ejecución de sentencia, el proceso de decomiso no contiene una regulación expresa de los actos de ejecución, más allá del art. 803 *ter* p 4 LECrim sobre el decomiso por valor determinado y el requerimiento de pago o designación de bienes, o las disposiciones del art. 803 *ter* q LECrim sobre localización de bienes y derechos<sup>86</sup>, de modo que habrá de estarse a las normas aplicables de la LECrim, y supletoriamente a la LEC. La necesidad de ejecución y llevar a efecto el pronunciamiento de determinación de perjudicados y la fijación de indemnizaciones, determinaría la admisión para intervenir como interesados de terceros perjudicados en tutela de sus derechos, no para instar la ejecución de sentencia sino al objeto de ser reconocidos como tales y alegar y proponer prueba sobre su condición e indemnizaciones.

Sobre las medidas cautelares, pese a la relevancia de la tutela cautelar para el aseguramiento de bienes y garantía de la efectividad de los pronunciamientos de decomiso, se carece de una regulación mínimamente rigurosa, que obliga a acudir a disposiciones asistemáticas e



insuficientes, como el art. 127 *octies* CP y los arts. 367 *quater* y 367 *sexies* LECrim en relación a la utilización provisional y la realización anticipada, o al régimen de las medidas cautelares de la LEC, siendo imprescindible una regulación específica y sistematizada.

## 7. CONCLUSIONES

El proceso de decomiso autónomo resulta una herramienta imprescindible para materializar el objetivo de lucha contra la delincuencia y sus beneficios, en particular por constituir el cauce procesal que permite hacer efectivo el decomiso autónomo y la privación de activos en los supuestos en que no es posible someter a juicio penal al responsable de los hechos.

No obstante esa relevancia, su régimen legal no ha sido abordado con el rigor y precisión que exigía, lo que conlleva una divergencia de regímenes, remisiones incompletas, lagunas y disposiciones poco claras en su regulación que generan problemas de seguridad jurídica, de ahí que sea precisa una reforma legal que ponga fin a esas dificultades de interpretación del proceso y establezca un modelo respetuoso con los derechos y garantías básicas.

Así, debe abogarse por un proceso de naturaleza penal unívoca, regido por las garantías y derechos propios del proceso penal, estructurado y sistematizado con criterios y normas penales uniformes, sin remisiones procesales civiles, pues no es admisible dotar de naturaleza civil a un proceso penal, con un objeto de naturaleza penal, sin que la eficacia del decomiso pueda empañar el respeto a las garantías y principios rectores del proceso penal.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

AGUADO CORREA, T., “Comentarios a los arts. 127 a 128”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código penal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 1001-1055.

CARRILLO DEL TESO, A.E., *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

DÍAZ CABIALE, J.A., “El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-10, 2016, págs. 1-70 (<http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-10.pdf>, última consulta: 17/11/2020).

FARTO PIAY, T., *El proceso de decomiso autónomo*, Tirant lo Blanch, Valencia, –en prensa–.

GARRIDO CARRILLO, F.J., *El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*, Dykinson, Madrid, 2019.

GASCÓN INCHAUSTI, F., “Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de decomiso total: la intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso y el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 38, 2016, págs. 1-71 (<http://iustel.com>, última consulta: 23/11/2020).

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “Aspectos procesales del decomiso: intervención de terceros afectados por el decomiso, el proceso de decomiso autónomo y la

---

<sup>71</sup> Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Vigo. Doctor en Derecho.

<sup>72</sup> Sobre el proceso de decomiso autónomo, vid. CARRILLO DEL TESO, A.E., *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 219-255; DÍAZ CABIALE, J.A., “El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y*

Criminología, 18-10, 2016, pp. 52-57 (<http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-10.pdf>, última consulta: 17/11/2020); FARTO PIAY, T., *El proceso de decomiso autónomo*, Tirant lo Blanch, Valencia –en prensa»; GARRIDO CARRILLO, F.J., *El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 91-164; GASCÓN INCHAUSTI, F., “Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de decomiso total: la intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso y el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 38, 2016, pp. 27-71 (<http://iustel.com>, última consulta: 23/11/2020); GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “Aspectos procesales del decomiso: intervención de terceros afectados por el decomiso, el proceso de decomiso autónomo y la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos”, en MARCHENA GÓMEZ, M., GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 467-514; PLANCHADELL GARGALLO, A., “La regulación del decomiso en la Ley de Enjuiciamiento Criminal: ¿Complemento necesario al Código penal?”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 46, 2017, pp. 39-46; RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El decomiso de activos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 245-301.

<sup>73</sup> DOUE L núm. 127, de 29 de abril de 2014.

<sup>74</sup> Esta previsión excede los mandatos de la DIR 2014/42/EU, proceder reiterado de nuestro legislador en materia de decomiso.

<sup>75</sup> GASCÓN INCHAUSTI (“Las nuevas herramientas procesales para articular...”, *op. cit.*, p. 31) lo denomina proceso penal especial por razón de la materia.

<sup>76</sup> AGUADO CORREA [“Comentarios a los arts. 127 a 128”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código penal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 1004] entiende que se trata de una nueva clase de sanciones de naturaleza penal. DIAZ CABIALE (“El decomiso tras las reformas del Código Penal...”, *op. cit.*, pp. 25-26) señala que el decomiso es junto a la pena y la medida de seguridad una de las tres manifestaciones del *ius puniendi* en el ámbito del proceso penal, sin rebaja de las garantías procesales que rodean el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el proceso penal. GASCÓN INCHAUSTI (“Las nuevas herramientas procesales para articular...”, *op. cit.*, pp. 15-16) afirma que se trata de una institución cuya naturaleza es penal, tanto si se materializa a través de un proceso penal ordinario como si se promueve a través de un proceso de decomiso autónomo. RODRÍGUEZ GARCÍA (*El decomiso...*, *op. cit.*, pp. 141-142) afirma que en el decomiso de bienes, medios e instrumentos prima la función preventiva, teniendo carácter sancionador, distinto de penas y medidas de seguridad, una tercera clase de sanciones penales, y el decomiso del producto del delito tiene carácter penal, que no pena.

<sup>77</sup> STS 299/2019, de 7 de junio (RJ 2019/2216). Vid. sobre la naturaleza del decomiso, SSTS 793/2015, de 1 diciembre (RJ 2015/6396); 877/2014, de 22 diciembre (RJ 2014/6661); 969/2013 de 18 diciembre (RJ 2014/1238); 600/2012, de 12 julio (RJ 2013/2303); 11/2011, de 1 febrero (RJ 2011/1933).

<sup>78</sup> Según advierte RODRÍGUEZ GARCÍA (*El decomiso...*, *op. cit.*, p. 271) a estos supuestos que denomina “otras causales”, habrá que darles alguna solución procesal, abocando al MF a hacer uso de la facultad del art. 803 *ter* e 2 a) LECR, cuando proceda. Señala que, si el MF no pidió *ad cautelam* la reserva del decomiso, o los juzgados y tribunales le permiten “alegalmente”, lo que puede ser rebatido y ganado por los encausados, que, ante la concurrencia de causas de exención y extinción de la responsabilidad penal en el trámite de calificaciones definitivas, a la finalización del juicio oral, pudiera incluir en su escrito la petición genérica de decomiso. Por su parte, GASCÓN INCHAUSTI (“Las nuevas herramientas procesales para articular...”, *op. cit.*, p. 41) apunta que podría usarse la modalidad del decomiso autónomo “por conveniencia”, pero precisa que sólo cuando haya habido juicio oral y sentencia absolutoria, siempre que el fiscal hubiera tomado la precaución de formular en su escrito de acusación la reserva de la acción de decomiso. Ahora bien, entiende este autor que, si la extinción o la exención se aprecian durante la instrucción y no se llega a fase intermedia, no habrá escrito de acusación en que hacer la reserva de la acción de decomiso y no será posible la modalidad del apartado b) del art. 803 *ter* e 2 LECrim.

<sup>79</sup> Sobre esta cuestión, muy controvertida en la doctrina, vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., “Las nuevas herramientas procesales para articular...”, *op. cit.*, pp. 43-45; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “Aspectos procesales del decomiso...”, *op. cit.*, pp. 482-483; PLANCHADELL GARGALLO, A., “La regulación del decomiso...”, *op. cit.*, p.42; RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El decomiso...*, *op. cit.*, pp. 274-276.

<sup>80</sup> De ahí que la legitimación exclusiva no parece desacertada, atendida la naturaleza, objeto y fines del proceso, por ser suficiente para garantizar la eficacia del decomiso, pudiendo servir para evitar demandas temerarias.

<sup>81</sup> En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI, F., “Las nuevas herramientas procesales para articular...”, *op. cit.*, pp. 31-32; RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El decomiso...*, *op. cit.*, pp. 276-278.

<sup>82</sup> DÍAZ CABIALE (“El decomiso tras las reformas del Código Penal...”, *op. cit.*, pp. 53-54) entiende que no debe confundirse la envoltura procesal, civil con el contenido de la acción que se hace valer, el ejercicio del *ius puniendi* para imponer una sanción pecuniaria, el decomiso, y entiende que la opción de la LECrim por la forma civil trae causa de la indebida expansión del concepto del decomiso ampliado como una suerte de enriquecimiento injusto civil. GASCÓN INCHAUSTI (“Las nuevas herramientas procesales para articular...”, *op. cit.*, pp. 29-30) sostiene que, aunque la acción de decomiso tenga naturaleza penal y el proceso de decomiso autónomo sea materialmente un proceso



penal que se sustancia ante un tribunal penal, el legislador ha buscado darle un tratamiento y apariencia externa más cercana a un proceso civil, razón por la cual se habla de demanda, de contestación a la demanda, de demandante y de demandado para referirse a los escritos rectores y a las partes. RODRÍGUEZ GARCÍA (*El decomiso...*, *op. cit.*, p. 280) señala que configurar un “decomiso con alma civil en un cuerpo penal” da muestra del temor a que el recrudecimiento retribucionista de los cambios operados en la regulación penal y procesal del decomiso no puedan superar los escollos de derechos y garantías constitucionales, cuyos estándares se atenúan en sede civil.

<sup>83</sup> En sintonía con su situación jurídico-procesal el abogado podrá proponer la declaración de su defendido sin que sea aplicable la imposibilidad de proposición del interrogatorio de la propia parte, es más, el derecho a ser oído debiera conceptualizarse como preceptivo.

<sup>84</sup> De otro lado, tendrá cabida lo previsto en el art. 730 LECrim sobre lectura o reproducción de diligencias practicadas que, por causas ajenas a las partes, no sean susceptibles de ser reproducidas en la vista, así como la práctica de prueba preconstituída o de prueba anticipada, de ser el caso, para su incorporación al proceso.

<sup>85</sup> Este pronunciamiento presenta una naturaleza constitutiva y no propiamente de condena al demandado o al tercero a un dar, hacer o no hacer, como en las sentencias condenatorias, sino que se modifica una determinada situación jurídica concretada en el cambio en la titularidad de los bienes. En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI, F., “Las nuevas herramientas procesales para articular...”, *op. cit.*, p. 65; RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El decomiso...*, *op. cit.*, p. 300.

<sup>86</sup> Para las diligencias de investigación y localización de bienes titularidad de la persona con relación a la cual se hubiera acordado el decomiso, el MF puede dirigirse a entidades, organismos y registros para obtener la relación de bienes o derechos del ejecutado, pero no puede suponer una investigación patrimonial sin límites sino referida a los bienes decomisados en sentencia, no facultándose el decomiso de bienes distintos, a excepción de bienes y derechos que sustituyan a los decomisados en sentencia ante la imposibilidad de su ejecución o su depreciación, debiendo hacer especial mención al protagonismo de la ORGA en relación al destino y realización de los bienes.

24 JUN 2021

## Derecho Iberoamericano en análisis, 1ª ed., mayo 2021

Acceso A Las Tecnologías De Información, Retos Para La Inclusión Digital Y El Derecho.

### Acceso a las tecnologías de información, retos para la inclusión digital y el Derecho

MARÍA AUGUSTA CAMACHO ZEGARRA<sup>87</sup>

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; 1. *Acceso a la información*; 2. *Acceso a la información como derecho fundamental*; 3. *Acceso a las tecnologías de la información e inclusión digital*; II. CONCLUSIONES; III. BIBLIOGRAFÍA.

#### . INTRODUCCIÓN

El Acceso a la información como un derecho fundamental ha logrado un reconocimiento a lo largo del tiempo y ha permitido que los ciudadanos, puedan tomar decisiones más razonadas, en todo ámbito. No siempre el acceso a la información fue un derecho reconocido en el sistema normativo o jurídico, ha habido un proceso reflexivo a lo largo del tiempo y que a través de este artículo se pretende analizar. Es innegable que el acceso a la información tiene como consecuencia un mejoramiento de la conciencia ciudadana, y en el caso de internet, además, acceso a la educación en todos sus niveles, gestión y actividades humanas de toda índole. Esta información tiene relevancia en lo social, cultural, político, económico y forma parte de la realidad jurídica también, pues a partir de éste, se genera las condiciones para un acceso al desarrollo.

En un mundo cambiante, en el que la alfabetización tecnológica y digitalización está transformando las comunicaciones y las relaciones humanas, es una condición necesaria para el desarrollo de la llamada sociedad del conocimiento, el acceso a internet y a los datos abiertos. Esta herramienta ha cambiado y transformado a la información en general, ha acercado a las personas independientemente de su localización, ha simplificado y eliminado las barreras de la comunicación. Sin embargo, aunque en una sociedad avanzada el internet es un servicio básico, en los países no desarrollados, aún sigue evidenciándose que falta atención en el diseño de políticas públicas, especialmente para dotar de la infraestructura necesaria, de dispositivos informáticos, cobertura y otros, que incrementen su acceso<sup>88</sup>.

#### 1. ACCESO A LA INFORMACIÓN

Comenzaremos revisando la Declaración de Lyon en agosto de 2014 en la cual se pone énfasis en la reflexión sobre el desarrollo sostenible y mejora la calidad de vida de las personas a partir del progresivo acceso a la información y al conocimiento, con el apoyo de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TICs). Este paso, fue reforzado por la Organización de las Naciones Unidas que revisa una nueva agenda para mejorar la calidad de vida de las personas y plantea sus objetivos a alcanzar durante el periodo 2016-2030. El efecto de este llamado es relevante para incluir en su agenda, el compromiso de asegurar el acceso de todas las personas a la información y que se reconozca este derecho colectivo., así como también el importante papel que desempeñan como medios del ejercicio de este derecho: los estados, las autoridades locales, los intermediarios de la información y la posibilidad de

acceso a Internet abierto e inclusivo. Se pretende pues, que se adopten políticas, estándares y normas que aseguren el financiamiento continuo, la integridad, la preservación y provisión de la información y el acceso para todas las personas, así como parámetros e indicadores que permitan la medición del impacto del acceso a la información. Al respecto, numerosas instituciones ligadas al sistema y tecnologías de la información, entre otras, han solicitado se reporte el progreso anual de los objetivos en un Informe de Desarrollo y Acceso a la Información.

Si bien, se revisa la necesidad de mantener en agenda el acceso, difusión, y comprensión de información necesaria para promover el desarrollo sostenible, tendríamos que detenernos a puntualizar sobre el tipo de información que se requiere para que este objetivo sea viable. Se piensa que el derecho a la información es transformacional, porque sin éste, no se puede pensar en un futuro distinto, tampoco tomar decisiones razonables e informadas, y menos acceder a otro tipo de derechos o servicios que existen y que en muchos casos se encuentran a disposición, pero que, por falta de una adecuada vía de transmisión, se desconoce.

El acceso a la información es un derecho humano que implica la libertad de buscar, conocer, difundir, y recibir datos de toda índole, en igualdad de condiciones, a través de cualquier medio o procedimiento<sup>89</sup>, necesario para ejercer otros derechos sociales, políticos, económicos y para reconocer la importancia de su participación en los acontecimientos que los conciernen, como mecanismo de desarrollo podría generar en las personas la posibilidad de:

- Ejercer sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales
- Ser económicamente activos, productivos e innovadores.
- Aprender y aplicar nuevas habilidades, enriquecer su identidad y expresiones culturales.
- Formar parte de la toma de decisiones y participar de modo activo en la sociedad.
- Encontrar soluciones basadas en la comunidad para los desafíos del desarrollo.
- Garantizar la rendición de cuentas, la transparencia, la buena gobernanza, la participación y el fortalecimiento de las instituciones públicas.
- Medir el progreso de los compromisos públicos y privados del desarrollo sostenible.

Las políticas de transparencia, información, monitoreo de datos y rendición de cuentas, vienen siendo hoy una tarea prioritaria en la mayoría de países; hay una necesidad de tener información para comprender los problemas, la realidad. Existe una amplia gama de aplicaciones y productos que almacenan gran cantidad de datos, innovadores, como por ejemplo: las imágenes de satélite, el registro de los teléfonos celulares y su radiolocalización, los precios *online* de productos a los cuales se puede acceder y celebrar transacciones a través de internet, el *twitter* al que se accede por noticias antes de que lo publique cualquier medio, las páginas estatales, son algunas de las fuentes de datos usados para medir información variada, desde la personal, hasta aquella de implicancia global, como el clima o señal de catástrofes en el mundo.

El acceso a publicaciones en internet, versiones de periódicos, revistas, libros virtuales, que ya no requieren ser adquiridos o buscados en bibliotecas físicas, también favorece el acceso a la educación, los registros de personas deudoras, de investigadores, de reconocimiento de grados académicos, de la carta de familia, a lo que se suma la transparencia en los órganos estatales, como las remuneraciones de los jueces, parlamentarios y otros funcionarios públicos de los poderes del Estado, han revolucionado el acceso a la información a través del sistema de datos e internet, a todo esto que se denomina información de datos abiertos.

Según datos actualizados del PNUD y los índices sobre pobreza multidimensional,

aproximadamente mil trescientos millones de habitantes de este planeta se encuentran en situación de pobreza, de los cuales la mitad son menores. A estas cifras podríamos sumar las que por efectos de Covid-19 han retrocedido la línea de pobreza. sin embargo, el acceso a la información también tiene una dimensión colectiva, y debe garantizar el derecho de todas las personas de recibir la información necesaria y oportuna, a fin de que se pueda formar una opinión pública libre e informada, presupuesto de una sociedad auténticamente democrática<sup>90</sup>.

## 2. ACCESO A LA INFORMACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El libre acceso a la información toma auge, a partir del año 1948 cuando en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 19° señala: Todo individuo tiene derecho a la libertad de expresión y de opinión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. Este artículo incluye el derecho de acceso a la información pública. De otro lado, igualmente se reconoce como derecho fundamental, al acceso a la información, en los artículos 11° y 42° de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y ha sido ratificado como tal, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>91</sup>.

En el artículo 42° de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 2007, se reconoce el derecho de acceso a los documentos, a todo ciudadano y a toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un estado miembro de la Unión Europea, es decir, existe una disertación sobre si se trata del derecho de acceso a la información o de acceso a los datos<sup>92</sup>. Este artículo está referido al acceso a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea. Bien podría a decir del autor<sup>93</sup> redefinirse el contenido de este artículo para extenderlo y transformarlo a un auténtico derecho a la información.

Una mención especial en la legislación española está referida a la Ley 19/2013 de 09.12.13, sobre Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. En opinión de expertos<sup>94</sup> llegó demasiado tarde, tratándose de una materia tan importante porque como corolario de la transparencia es la consecuente lucha contra la corrupción. En diciembre de 2016, los juristas españoles, expertos en derechos fundamentales, suscribieron un manifiesto promovido por *Access InfoEurope*, solicitando al gobierno español y a los poderes públicos que consideren al derecho al acceso a la información pública como un derecho fundamental. Estos argumentos eran sólidos, se identificaba cómo la legislación española se situaba en contra de la tendencia general del Derecho internacional y europeo, contraviniendo el artículo 10.2 de la Constitución española que establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

En la Constitución española se regula el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas<sup>95</sup>, en cuyo caso es restringida. El derecho de acceso a la información pública es un derecho público subjetivo, que la doctrina ha visto como fundamental. La regulación constitucional de acceso a los registros y archivos administrativos está ubicada fuera del Título I de la Constitución española, por lo tanto no se puede considerar como un derecho fundamental sino como un derecho constitucional<sup>96</sup>.

En tanto, *Access InfoEurope* en setiembre 2020 hizo nuevamente un llamado al Gobierno Español para el reconocimiento del acceso a la información como un derecho fundamental y solicitó que se fortalezca la Ley de Transparencia, ratificándose el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Oficiales que entrará en vigor en diciembre del 2020. Este organismo observó que la situación en España contrastaba con la de otros países europeos, desde Finlandia y Suecia hasta Macedonia y Montenegro, donde el acceso a la

información es un derecho fundamental.

Mientras en otro hemisferio, en la Convención Americana de los Derechos humanos de 1969, en su artículo 13° se incorpora la libertad de buscar, difundir y recibir información de toda índole, por cualquier medio y sin consideración de fronteras. Es así que, en la línea del reconocimiento de la información, como derecho fundamental, en la Constitución Peruana vigente desde 1993, en el artículo 2° numeral 4 se señala: Toda persona tiene derecho a las libertades de información, opinión, expresión (...), numeral 5: A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación o de una Comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado. De otro lado, en el Numeral 6 del mismo artículo se indica: A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar. Es de advertir de la norma peruana, que es bastante precisa al momento de regular el derecho a la información, porque comprende tanto el derecho de informar, como de ser informado.

Así también, en la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 6° reconoce el derecho al libre acceso a información plural y oportuna por cualquier medio de expresión. Seguidamente el artículo 7° señala que no se puede restringir el acceso a la información por vías o medios indirectos, como el abuso de controles oficiales o particulares, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información. Por tanto, es importante destacar, la declaración en la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información del 2004, que señala que la comunicación se entiende como un proceso social y una necesidad humana básica, fundamento y eje vital de la sociedad de la información, por lo que afirma que el acceso a la información y a los medios, en tanto bienes públicos y globales, deben ser universales e inclusivos y reconoce el potencial de las tecnologías de la información y comunicación (TICs) como agente para impulsar el desarrollo social.

La Teoría del Derecho, hace referencia a los derechos fundamentales, como derechos adscritos universalmente a todos, en cuanto personas o en cuanto ciudadanos<sup>97</sup> y que son indisponibles e inalienables. Esta respuesta no nos dice cuáles son, sino solamente “qué son”. Nos dice que si queremos garantizar un derecho como “fundamental” debemos sustraerlo a la disponibilidad de la política, en forma de regla general y confiriéndolo a “todos”. En la dogmática constitucional o internacional son derechos fundamentales, como para el derecho alemán o italiano, los establecidos por el derecho positivo. Son derechos fundamentales en el ordenamiento internacional, los derechos universales establecidos en la Declaración universal de los derechos humanos de 1948, en los Pactos internacionales de 1966 y en las demás convenciones internacionales sobre los derechos humanos<sup>98</sup>.

Un criterio importante a analizar es el nexo entre derechos e Igualdad. La igualdad, garantiza el igual valor de todas las diferencias personales<sup>99</sup> de raza, sexo, de orígenes, nacionalidad, de opinión, de religión, de condiciones personales y sociales, como señala el artículo 3° de la Constitución italiana: que hacen de cada persona un individuo diferente a todos los demás y de cada individuo una persona igual a todas las otras; y es, en segundo lugar, igualdad en derechos sociales, que garantizan la reducción de las desigualdades económicas y sociales. Es verdad que estamos asistiendo a una crisis del Constitucionalismo y en general de la legalidad y de los derechos humanos, tanto dentro de nuestros ordenamientos como en las relaciones internacionales, esto debido entre otros, a la globalización, al crecimiento económico que ha favorecido el crecimiento de las desigualdades, sumado al incremento de las comunicaciones que hacen posible un constitucionalismo mundial, del cual dependen nuestras frágiles democracias.

El acceso a la información empodera a los ciudadanos, como derecho fundamental, tutela las diferencias personales y reduce las desigualdades materiales, promoviendo la identidad colectiva sobre el valor de la tolerancia, en vez de sobre recíprocas exclusiones de las diferencias étnicas, nacionales, religiosas o lingüísticas<sup>100</sup>.



### 3. ACCESO A LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN E INCLUSIÓN DIGITAL

Desde los años 90 internet surgió para desarrollar actividades de comercio electrónico o contratación electrónica en general, posteriormente surgieron en los años 2000 redes sociales como *Facebook*, *Twitter* y posteriormente *Instagram*, y rápidamente en el 2011 las redes sociales ya eran utilizadas por más de las tres cuartas partes de la población en los países desarrollados. Es así como internet se ha convertido en un puente para acceder a información de todo tipo, con un sinfín de posibilidades, como obtener documentos, pagar impuestos, hasta páginas de comercio electrónico para la adquisición de productos o servicios, pone a disposición de los usuarios: periódicos, revistas, canales de difusión de información pública o privada, pertinente o no. Sin ir muy lejos, en tiempos de pandemia por Covid-19 ha sido una tabla de salvación para realizar gestiones de todo tipo y conservar el distanciamiento social, sin salir de casa, lo cual ha posibilitado continuar estudios básicos o universitarios, sesiones gubernamentales e incluso absolver consultas médicas no presenciales. Es así que se ha convertido en un elemento sustancial para acceder a diversidad de servicios, a la información relevante y especialmente a reducir la incertidumbre, lo que nos lleva a pensar que es necesario y urgente implementar medidas encaminadas a la creación, expansión y distribución de internet.

En ese sentido, internet va paralelo con el derecho a la información porque como medio tecnológico y comunicativo permite al individuo formar opiniones razonadas, participar en el proceso de desarrollo y colaborar con el crecimiento colectivo, todo en base a la información y comunicación. En consecuencia, carecer del acceso a internet o tener desigualdad de oportunidades para ingresar a la red, afecta tanto el ejercicio del derecho humano a la información como el de otros derechos colaterales que permiten mayores oportunidades, conocer y practicar derechos y libertades, orientado hacia el desarrollo. La posibilidad de poner en contacto a personas de todo el mundo ha provocado que las nuevas tecnologías de la información se conviertan en uno de los pilares básicos sobre los cuales se sustenta el consumo de colaboración<sup>101</sup>. En un contexto marcado por la crisis económica internacional, parecen surgir nuevos modelos de consumo. También se han creado empresas con nuevos modelos de negocios, donde se comparten productos y servicios con el propósito de racionalizar la dinámica de consumo.

El Foro para la Gobernanza de Internet de las Naciones Unidas del 2015 señala que internet integra socialmente, debido a que distribuye otros medios: radio, televisión, tanto locales, como internacionales y favorece el acceso a la información original que se multiplica de manera simultánea y oportuna, aumentando la capacidad de ingresar a servicios públicos, tecnológicos, culturales y sociales<sup>102</sup>. Además, permite la participación directa del ciudadano y convierte entes generadores de información que la modifican y consumen de manera activa, por lo cual es un instrumento necesario para acceder a la sociedad de la información. También al acceder al diálogo por internet sobre cuestiones que afectan a la comunidad, con información abierta y expuesta al debate, es posible defender intereses colectivos. Lo preocupante es que internet está disponible solo para un tercio de población global, creando un mundo dividido entre los que tienen acceso y los que no tienen esa posibilidad. De otro lado, a cumbre mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI) declaró en su sesión plenaria en el 2003, que una sociedad debe construirse de una manera incluyente, en la que se debe promover las tecnologías para el desarrollo, en tanto la comunicación, debe entenderse como la base de una sociedad democrática.

Según el reporte del Foro Económico Mundial 2020, el porcentaje de penetración de internet en el mundo es de 54.4% de la población total, en tanto que en Latinoamérica es de 67.0% equivalente a 437 millones de usuarios en el 2018. De modo proporcional los países con mayor acceso a internet son: Ecuador (81%) Argentina (78.6%) Chile (77%) Brasil (65.9%) México (65.3%), Venezuela (60%), Colombia (58.1%). En Perú, según datos de la presidencia de la república, en zonas urbanas es de 40%, mientras que en zonas rurales es de 10%, cifras

alarmantes que no coinciden con las del foro mundial, sin embargo, es de esperar que la falta de acceso a electricidad, de vías de comunicación como carreteras, entre otros, tiene este resultado. En el año 2019 internet superó el consumo de televisión y en el 2020 con la pandemia de Covid-19 se disparó el uso de internet revolucionando todos los servicios que permite. La ausencia o dificultad para acceder a la infraestructura o a los dispositivos informáticos, la insuficiente cobertura, la falta de proveedores, la efectiva competencia y la poca o nula capacitación en tecnologías digitales provocan estas diferencias en el acceso a internet, creando una sociedad dividida y con desigualdad en la distribución de información, afectando por tanto el ejercicio de otros derechos políticos, económicos y culturales como la participación ciudadana, la libertad de expresión, el acceso al conocimiento y al desarrollo<sup>103</sup>.

En el 2015, se crea la Carta Internacional de Datos Abiertos, iniciativa mexicana, con la finalidad de generar un proceso colaborativo entre los gobiernos y organizaciones no gubernamentales para abrir datos sobre la base de seis principios: 1) abiertos por defecto, 2) oportunos y comprensivos 3) accesibles y utilizables 4) comparables e interoperables 5) para mejorar la gobernabilidad y la participación ciudadana 6) para el Desarrollo Inclusivo e Innovación. Estos principios soportan una serie de acciones y procesos en búsqueda de una estandarización global de los datos, que generen una verdadera cultura de datos abiertos. Si el derecho a la información es un derecho universal y se relaciona con el desarrollo de las naciones, como señala la UNESCO, a través de cualquier medio de expresión, y dado que el sentido de internet radica en la transmisión de la información, la ruta para acceder a ese derecho está trazada.

La ley que garantiza la transparencia y el derecho de acceso a la información pública es la Ley de Transparencia y Acceso a la Información, adoptada en 17 países latinoamericanos. De otro lado, los acuerdos internacionales relativos a estos temas dan lugar a la base para el desarrollo del movimiento *Open Data*. Dentro de esta iniciativa se encuentra la *Open Data Charter* (Carta Internacional de Datos Abiertos) y la *Open GovernmentPartnership*, (Alianza de Gobierno Abierto), movimientos que generan mecanismos, para que los gobiernos trabajen con calidad frente a la cantidad de datos y su uso.

La cultura de los datos abiertos permite que los gobiernos mejoren los procesos de transparencia, además son un medio de comunicación e información sobre la gestión pública y la rendición de cuentas. Cada Estado tiene una Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, legislación que ayuda a garantizar el acceso a los datos de los ciudadanos. Esta revolución ha generado un nuevo paradigma a través del cual el Estado ya no se encarga de generar todas las aplicaciones necesarias para los ciudadanos, sino que, por el contrario, es la sociedad misma quien genera sus propias aplicaciones para sacar provecho de los datos que el Estado deja a su disposición, esto ha cambiado la relación entre el Estado, los ciudadanos y las tecnologías de información y comunicación que son en gran medida las responsables de este acercamiento y que han abierto diversos canales de comunicación<sup>104</sup>.

El *Open Data* consiste en poner a disposición de la sociedad de manera libre gran cantidad de datos procedentes de diferentes organizaciones, fundamentalmente del ámbito de la Administración Pública o de aquellos proyectos que han sido financiados con dinero público o creados por una institución pública. El objetivo de “abrirlos” a la sociedad es que ésta pueda sacar provecho de ellos ya que las organizaciones que los ofrecen por lo general no tienen la capacidad de analizarlos o de procesarlos. Ponerlos a disposición de la sociedad hace que cualquier persona u organización pueda construir sobre ellos una nueva idea que resulte en nuevos datos, conocimientos o incluso servicios<sup>105</sup>.

La normativa de datos abiertos y medios digitales que ejerce el periodismo de datos en América Latina se alinean a lo que establece la Agenda 2030 de las Naciones Unidas para el desarrollo sostenible. En este sentido, para la OECD, los datos son el requisito para el cumplimiento de estas directrices, sin embargo, producir más datos no es suficiente, éstos deben ser transformados, analizados, para ser útiles en la formulación de políticas, seguimiento y rendición de cuentas. La calidad, oportunidad y veracidad de la información son cruciales para ejercer el derecho de acceso a la información<sup>106</sup>, lo contrario, constituiría



son cruciales para ejercer el derecho de acceso a la información , lo contrario, constituiría un acto ilícito que no puede ser tutelado por el Derecho. El daño en transmitir información que carezca de veracidad influye y tiene consecuencia en los receptores, quienes la utilizan para tomar decisiones o posiciones en todo ámbito. Por ello, el derecho de otorgar y recibir información implica una observancia y regulación del Estado<sup>107</sup>. En ese sentido, el Tribunal europeo confirma que el derecho a la información no se trata de dejar vacíos de contenidos a los derechos fundamentales de las personas afectadas o perjudicadas por esa información<sup>108</sup>, como en tiempos de pandemia, en los que sería nefasto poner en riesgo incluso derechos fundamentales, como el derecho a la vida<sup>109</sup>.

## I. CONCLUSIONES

Si bien el acceso a la información es un derecho fundamental reconocido internacionalmente y forma parte de los objetivos de desarrollo a corto plazo, el acceso a las tecnologías de información, internet, datos abiertos y otros, han sumado más aspectos que cubrir y retos para el Derecho, tales como la inclusión digital, promoviendo un verdadero derecho a la información y al desarrollo social.

Para el acceso a las tecnologías de información se requiere soporte legal, normas claras que permitan mayor penetración de internet en un determinado territorio, como también infraestructura, instalaciones de redes físicas o tecnológicas y de equipos informáticos, por tanto, requiere de inversión y si esto no es posible, no se distribuye de manera equitativa, generándose desigualdad digital. De esto se puede deducir que incorporar en la normatividad el acceso a internet como prioritario, no garantiza el acceso absoluto para todos, pero sí es un paso importante para lograr la inclusión digital.

La comunicación se entiende como un proceso social y una necesidad humana básica, fundamento y eje vital de la sociedad de la información, por lo que se afirma que el acceso a las tecnologías de la información son bienes públicos y deben ser inclusivos como agente para impulsar el desarrollo social.

## II. BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ CASILLAS, Miryam. 2019. “Desigualdad en el acceso a internet en México y la afectación en el ejercicio del Derecho Humano a la información”. *Nuevo Derecho*, México, vol. 15, N° 24: 55-70. ISSN 2011-4540
- ALVA DE LA SELVA, A. 2005. Los nuevos rostros de la desigualdad en el siglo XXI: la brecha digital. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, México, vol. 60, no. 223: 265-286.
- ARAGÓN REYES, M.1999. El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho de información, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, España, n.1: 14-36.
- CASTIEL, L., SANZ-VALERO, J. 2010. “El acceso a la información como determinante social de la salud”, *Nutrición Hospitalaria*, España, no. 25, suple.3: 26-30.
- CONCHA, G, NASER, A. 2012. Datos Abiertos: Un nuevo desafío para los Gobiernos de la región. *Serie Gestión Pública – CEPAL*. Santiago de Chile, vol. 74: 25p. Disponible en [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7331/S1200084\\_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7331/S1200084_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- CROVI DRUETTA, D. 2006. ¿Es internet un medio de comunicación?, *Revista Digital Universitaria*, México: UNAM, vol.7, n. 6, p.4: 3-9. ISSN-6079.
- DURÁN-SÁNCHEZ, A.; ÁLVAREZ-GARCÍA, J. 2016. “Economía Colaborativa: Análisis de la producción científica en revistas académicas”, *Revista de Gestao e Secretariado – GeSec*,

Brasil, vol. 7, no. 3:1-20. E-ISSN 2178-9010.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J. 2018. “Transparencia y democracia: sobre las motivaciones y bases epistemológicas de la Ley Gallega 1/2016”, *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago Compostela*, España, vol. 27: 13-39. DOI: <https://doi.org/10.15304/dereito.27.Ext.5784>.

FERRAJOLI, L. 2010. *Democracia y Garantismo*, P.2ª ed., Madrid: Trotta. 376p. ISBN: 978-84-9879-005-4.

GONZALES ALONSO, L. N. 2008. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Comentario artículo por artículo, p. 1ª ed. España: Fundación BBVA, 929p. ISBN: 978-84-96515-80-2

GUAYCHA, M.; ORDÓÑEZ, K. 2020. La Cultura De datos abiertos en América Latina y la promoción de la Transparencia y Acceso a la información. *Revista Ibérica de Sistemas y Tecnologías de la Información*. Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja, no. 35: 302-313.

MARCHENA GÓMEZ, M., GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. “Oficina de Recuperación y Gestión de Activos”. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, págs. 439-520.

MUÑOZ MACHADO, S. 1988. *Libertad de prensa y procesos por difamación*, p. 148 1ª ed., España: Ariel. ISBN: 84-344-1078-8.

ORTEGA GUTIERREZ, D. 2017. *Retos De La Libertad De Información*. Madrid: Dykinson, S.L., ed. 1, 112p. DOI: <https://doi.org/10.2307/j.ctt1zgwk96>.

ORTEGA GUTIÉRREZ, D. 2017. El derecho a la información: balance y cuestiones pendientes. *Revista de Derecho Político*, no. 100: 671-699, DOI: <https://doi.org/10.5944/rdp.100.2017.20714>.

PLANCHADELL GARGALLO, A., “La regulación del decomiso en la Ley de Enjuiciamiento Criminal: ¿Complemento necesario al Código penal?”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 46, 2017, págs. 23-56.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El decomiso de activos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

---

<sup>87</sup> Abogada, Catedrática de la Facultad de Derecho de la Universidad ESAN, Magister en Derecho de la Empresa, Especialidad en Derecho para el Desarrollo en IDLO, Italia. Doctora en Derecho por Universidad Católica Santa María, Perú. Post Doctorado en Universidad Santiago de Compostela, España.

<sup>88</sup> CASTIEL, L., SANZ-VALERO, J. 2010. “El acceso a la información como determinante social de la salud”, *Nutrición Hospitalaria*, España, vol. 25, supl.3. p.26.

<sup>89</sup> ALCALÁ, M. 2019. Desigualdad en el acceso a internet en México y la afectación en el ejercicio del Derecho Humano a la información. *Nuevo Derecho*, vol. 15, no. 24, México: Universidad Michoacán de San Nicolás de Hidalgo, p. 57.

<sup>90</sup> Sentencia Tribunal Constitucional N° 1797-2002-HB/TC, F. j.11.

<sup>91</sup> ORTEGA, D. 2017. “El Derecho a la Información: Balance y cuestiones pendientes”, *Revista de Derecho Político*, España: UNED, no. 100, p. 679.

<sup>92</sup> GONZALES ALONSO, L. N., 2008. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Comentario artículo por artículo, p. 1ª ed. España: Fundación BBVA, p.692.

<sup>93</sup> GONZALES ALONSO, L.N., *op. cit.*, p.694.

<sup>94</sup> ORTEGA, D., 2017, *Retos de la libertad de información*, Madrid: Dykinson, p.15.

<sup>95</sup> Artículo 105° b) de la Constitución Española de 1978.

<sup>96</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J. 2018. “Transparencia y democracia: sobre las motivaciones y bases epistemológicas de la Ley Gallega 1/2016”, *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago Compostela*, España, vol.27, p. 15.

<sup>97</sup> FERRAJOLI, L. 2010. *Democracia y Garantismo*, Madrid: Editorial Trotta, p. 42.

<sup>98</sup> *Ibíd.*, p. 43.

<sup>99</sup> *Ibíd.*, p. 43.

<sup>100</sup> *Ibíd.*, p. 50.

<sup>101</sup> DURÁN-SÁNCHEZ, A.; ÁLVAREZ-GARCÍA, J. 2016. “Economía Colaborativa: Análisis de la producción científica en revistas académicas”, *Revista de Gestao e Secretariado – GeSec*, Brasil, vol. 7, no. 3, p.6.

<sup>102</sup> CROVI, D. 2006. ¿Es internet un medio de comunicación?, *Revista Digital Universitaria*, México: UNAM, vol.7, no. 6, p. 4.

<sup>103</sup> ALVA, A. 2005. Los nuevos rostros de la desigualdad en el siglo XXI: la brecha digital. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, México, vol. 60, no. 223, p. 266.

<sup>104</sup> CONCHA, G, NASER, A. 2012. Datos abiertos: Un nuevo desafío para los Gobiernos de la Región. Serie Gestión Pública – CEPAL. Vol. 74. Santiago de Chile, p. 6.

<sup>105</sup> *Ibíd.*, p. 8.

<sup>106</sup> ARAGÓN REYES, M. 1999. “El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho de información”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, España, n. 1, p. 30.

<sup>107</sup> MUÑOZ MACHADO, S. 1988. *Libertad de prensa y procesos por difamación*, España: Editorial Ariel, p. 148.

<sup>108</sup> Sentencia Tribunal Constitucional 19/2014, F. j. 6.

<sup>109</sup> GUAYCHA, M.; ORDÓÑEZ, K. 2020. La Cultura De datos abiertos en América Latina y la promoción de la Transparencia y Acceso a la información. *Revista Ibérica de Sistemas y Tecnologías de la Información*. Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja, no. 35, p.303.

No copyright found.

24 JUN 2021

## **Derecho Iberoamericano en análisis, 1ª ed., mayo 2021**

La Nueva Judicialización Del Derecho A La Salud En Chile Parámetros Esenciales

### **La nueva judicialización del derecho a la salud en Chile Parámetros esenciales<sup>110</sup>**

**RODRIGO ANDRÉS POYANCO BUGUEÑO<sup>111</sup>**

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN AL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL CHILENO. PANORAMA GENERAL. 1. *El principio de subsidiariedad y el reconocimiento de derechos sociales en la Carta Fundamental de 1980*; 2. *El recurso de protección y los derechos sociales*; II. EL DERECHO A LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980; III. LA RECIENTE JURISPRUDENCIA SOBRE ACCESO A MEDICAMENTOS Y SU INTERÉS PARA EL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO; 1. *La posición tradicional de los Tribunales Superiores de Justicia*; 2. *El cambio de posición: el derecho a la vida incluye el derecho a la salud*; IV. CONCLUSIONES; V. REFERENCIAS.

A partir de 2017 se ha desarrollado un nuevo fenómeno de judicialización de la salud, que está trayendo a Chile cuestiones y problemas similares a los ocurridos en otros países del continente. Se trata de una judicialización que se está refiriendo principalmente al acceso a medicamentos y servicios de salud de alto costo, con cargo al Estado. Para entender la novedad de esta jurisprudencia en la tradición constitucional chilena, debemos primero explicar sumariamente algunos elementos centrales de la estructura constitucional generada por la Constitución de 1980, así como sus efectos en el sistema de salud en Chile, para luego dar paso a un examen sumario de uno de los *leading cases* de aquella jurisprudencia, acompañado de nuestra visión sobre el tema.

#### **. INTRODUCCIÓN AL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL CHILENO. PANORAMA GENERAL**

##### **1. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS SOCIALES EN LA CARTA FUNDAMENTAL DE 1980**

La Constitución chilena de 1980<sup>112</sup> se destaca fundamentalmente porque, a diferencia de otras cartas fundamentales latinoamericanas, no contiene ni de forma explícita ni implícita un principio de Estado social, lo cual significa, fundamentalmente, que no se otorga al Estado la responsabilidad, de forma principal o única, en la satisfacción de las demandas de bienestar material de la población usualmente envueltas en los derechos sociales prestacionales. Por el contrario, la Constitución chilena otorga particular importancia al principio de subsidiariedad, destinado fundamentalmente, a favorecer la iniciativa de las personas y la sociedad en la satisfacción de sus propias necesidades. Como es natural, en este esquema constitucional no se prohíbe la intervención del Estado en las políticas sociales, como lo prueban la existencia en este país de servicios públicos de salud y educación; pero sí se previene que el Estado monopolice la actividad prestacional en dichas áreas, al punto de ahogar la iniciativa privada en estas materias<sup>113</sup>.

Este enfoque constitucional se expresa, entre otras materias, en la forma en que la Constitución de 1980 aborda el tema de los derechos sociales. El listado de derechos

fundamentales expresamente reconocidos por la Constitución de 1980 se encuentra en el capítulo III de la Constitución, específicamente en el art. 19 de la Constitución política. En los 26 numerales de este artículo se reconocen, de forma mayoritaria, derechos civiles y políticos clásicos, y derechos laborales tradicionales. Sin embargo, se reconocen sólo tres derechos sociales prestacionales (derecho a la salud (art. 19 n° 9); derecho a la educación (19 n° 10); y derecho a la seguridad social (art. 19 n° 18). Adicionalmente, la regulación constitucional de cada uno de éstos pone énfasis en sus aspectos negativos o no prestacionales. Como veremos a continuación, esto se advierte principalmente de la forma en que la Constitución de 1980 ha configurado el denominado “recurso de protección” respecto de estos derechos.

## 2. EL RECURSO DE PROTECCIÓN Y LOS DERECHOS SOCIALES

La generalidad de los derechos reconocidos en nuestra Constitución se encuentra garantizada por una acción constitucional directa denominada “recurso de protección”, que es el nombre que en Chile adopta el *recurso de amparo*<sup>114</sup>. Se encuentra regulado en el art. 20 de la Constitución de 1980, y con él se castigan, como regla general, todos los actos u omisiones arbitrarios o ilegales que causen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los algunos de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 de la misma Carta Fundamental<sup>115</sup>. Aunque Chile tiene un Tribunal Constitucional, el recurso en examen es conocido por el Poder Judicial ordinario (en primera instancia, las Cortes de Apelaciones, el segundo nivel del Poder Judicial ordinario, una por cada región del país; y en segunda instancia, por la Corte Suprema). Sin embargo, esta acción constitucional no protege los aspectos prestacionales de los derechos sociales reconocidos en esta Carta fundamental, cuestión que es de particular relevancia para entender la deriva jurisprudencial que explicaremos a continuación.

### I. EL DERECHO A LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980

A diferencia de la Constitución chilena de 1925, que consideraba expresamente algunos deberes prestacionales del Estado en materia de salud y derechos sociales en general<sup>116</sup>, la Constitución de 1980 consagra en cambio *el principio de subsidiariedad*<sup>117</sup>, fortaleciendo el papel de la sociedad en cuestiones relacionadas con la satisfacción de aquellas necesidades tradicionalmente adscritas a los derechos sociales de cargo estatal. Es por ello que, en materia del “derecho a la protección de la salud”, de acuerdo al art. 19 nro. 9 de esa Carta fundamental, se señala que “[e]l Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”. El inciso segundo de esta norma señala que al Estado le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. El inciso tercero agrega que “[e]s deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias”. El inciso final de esta norma –de particular importancia, por lo que se verá a continuación– establece que “[c]ada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”.

De esta forma, como se advierte del texto antes transcrito –particularmente sus incisos tercero y cuarto–, en esta nueva regulación se excluye el monopolio del Estado en materia de salud, y se regula y resguarda la intervención de particulares en la prestación de los servicios y acciones respectivas. El papel del Estado se limita sólo a garantizar la ejecución de esas acciones de salud, y a salvaguardar el libre e igualitario acceso a las mismas, así como su coordinación y control “sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas”<sup>118</sup>. Por ello es que la Constitución de 1980 resguarda con el recurso de protección sólo el inciso final de la norma antes transcrita, esto es, la libertad de las personas para escoger el sistema de atención en este campo, sea público o sea privado.

Como es natural, esta regulación no impide la participación del Estado en materia de prestaciones de salud, incluso a través de programas con importante financiamiento estatal.

Lo que sucede es que, como consecuencia de esta regulación constitucional, los privados pueden intervenir en pie de igualdad con las instituciones públicas, lo que explica la coexistencia en Chile de dos sistemas de salud que son mutuamente excluyentes para sus usuarios, que se financian con la cotización obligatoria que impone la ley. El primero es el sistema público, a cargo de Fondo Nacional de Salud (FONASA) que, aunque exige cotizaciones a algunos segmentos de usuarios, también es subsidiado por el Estado para la gente de menores recursos, y atiende a gran parte de la población. El segundo es el sistema de las Instituciones de Salud Previsional, o ISAPRES, que opera bajo la lógica de seguros individuales de salud, y atiende al sector más pudiente de la población (un 15%). En función de sus ingresos y la cotización que pueda pagar, cada chileno tiene la libertad de escoger uno u otro sistema. En otras palabras, el sistema privado de salud en Chile no es un simple seguro contra contingencias que complementa al sistema público, sino que puede reemplazar a éste, en pie de igualdad, respecto de aquellas personas que escogen atenderse en aquél y no en el segundo<sup>119</sup>.

## **II. LA RECIENTE JURISPRUDENCIA SOBRE ACCESO A MEDICAMENTOS Y SU INTERÉS PARA EL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO**

Como adelantábamos antes, la judicialización de diversos aspectos del derecho a la salud en Chile no es un fenómeno nuevo. Lo que sucede es que, hasta 2017, la principal jurisprudencia se había producido respecto del sistema privado de Salud, atendido por las ISAPRES y decía relación, fundamentalmente, con las prestaciones entregadas por las entidades a sus afiliados, o los cobros que les efectuaban<sup>120</sup>. La jurisprudencia que estudiaremos a continuación, en cambio, dice relación con la solicitud de medicamentos y servicios o tratamientos médicos por los usuarios del sistema público de salud –es decir, aquel ofrecido por el Estado–, lo que asemeja a esta jurisprudencia a la observada en países como Colombia y Brasil<sup>121</sup>. Veremos también que esta semejanza está levantando en Chile las mismas interrogantes producidas en esos países respecto de los efectos y externalidades de esta jurisprudencia.

Antes debemos recordar que, como ya hemos explicado antes de forma sumaria, en Chile los aspectos prestacionales del derecho a la salud no están expresamente cubiertos por el recurso de protección. Dada esta circunstancia y la reconocida efectividad de esta acción constitucional respecto de los derechos que protege, se han intentado vías alternativas para acudir a esta acción constitucional, cuando de prestaciones de salud se trata. El recurso más utilizado ha sido tratar de fundamentar una ligazón entre el derecho a la salud y el derecho a la vida o a la integridad física reconocidos en el nro. 1 del art. 19 de la Constitución Política (estos últimos, sí protegidos por la referida acción constitucional); técnica que, a nivel comparado, también ha sido utilizada con éxito en otros países de América Latina. Mientras, durante mucho tiempo los tribunales superiores chilenos desecharon esta argumentación, diferenciando claramente entre el sentido clásico del derecho a la vida versus el sentido tradicional del derecho a la salud, de forma relativamente reciente dichos jueces han dado un giro a esa interpretación, admitiendo esa relación de una manera que tiene graves consecuencias para nuestra materia.

### **1. LA POSICIÓN TRADICIONAL DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA**

En diferentes fallos, la Corte Suprema de Justicia había señalado tradicionalmente que las prestaciones de salud de cargo estatal dependen de políticas que deben ser establecidas por las autoridades competentes; y que la prestación de servicios por parte del Estado está sujeta a la disponibilidad de recursos materiales. Así, por ejemplo, en la sentencia nro. 4396-2010, de 21 de septiembre de 2010, aquel tribunal señaló que no es posible exigir coercitivamente al sistema público de servicios de salud la cobertura de todos los tratamientos o prestaciones posibles para una determinada enfermedad, por cuanto ello incide en el ámbito de las políticas públicas de salud. Estas políticas deben ser definidas y aplicadas por las autoridades



del ramo, que constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a esa clase de prestaciones, habida cuenta de que en su otorgamiento han de tenerse en consideración variados parámetros; entre otros, el relativo a los costos que involucren y los fondos de que se disponga para ello”<sup>122</sup>. Dicha jurisprudencia, por otro lado, estimaba que no había arbitrariedad o ilegalidad en la negativa de los servicios públicos recurridos a prestar un servicio o financiar un medicamento no contemplado en los programas de salud oficiales, cuando se limitan a aplicar las leyes que regulan esta materia, a través de procedimientos reglados basados en dicha legislación. Por el contrario, acceder a la petición de los solicitantes sería tanto como conceder arbitrariamente un privilegio en perjuicio de otros usuarios del sistema (véase, por ejemplo, la causa fallada por la Corte Suprema rol N° 3599-2001, de 9 de octubre de 2001). La satisfacción de prestaciones de salud, por parte de los servicios públicos, está en directa relación con los recursos económicos disponibles para tal efecto. Las prestaciones de salud dependen de políticas a cargo de las autoridades pertinentes, quienes definen las prioridades y el financiamiento (Corte Suprema, *Rojas Vera y otros con Servicio de Salud Metropolitano Oriente y Ministerio de Salud*, 2001). La negativa de esos servicios basada en la falta de medios materiales que la ley ha previsto para entregarlo, tampoco puede calificarse de arbitraria, abusiva o carente de justificación (Corte Suprema, *Gallardo Soto con Servicio de Salud Metropolitano Oriente*, 1988).

Por otro lado, la Corte Suprema también fue consistente con el punto de vista de que el derecho a la protección de la salud del art. 19 nro. 9 se diferencia del derecho a la vida o a la integridad física y síquica del art. 19 nro. 1 de la Constitución de 1980, estos últimos sí protegidos por el Recurso de Protección. Es así como en *Ossa Aránguiz con Ministerio de Salud, Servicio de Salud del Maule y Servicio de Salud Metropolitano Norte* (2002), la Corte Suprema señaló que “la garantía del derecho a la vida e integridad física o síquica, ...apunta a proteger sólo las conductas que ponen en riesgo y en peligro la vida humana”. En este caso, el supuesto peligro de estos pacientes proviene de la enfermedad que ellos padecen y en ningún caso de la autoridad sanitaria, que no ha tenido ninguna relación con el origen de la enfermedad<sup>123</sup>. En *Marcell Chacón con Servicio de Salud Metropolitano Occidente*(2009), se señaló que, respecto del derecho a la vida, el recurso de protección descansa sobre el supuesto de que la amenaza a la vida de una persona debe ser imputable a alguien; pero ese supuesto no se cumple cuando la amenaza a la vida de una persona deriva de una patología. Por ende, la pretensión de obtener una prestación de salud no puede basarse en una supuesta lesión al derecho a la vida. La obtención de prestaciones médicas queda fuera del ámbito del recurso de protección<sup>124</sup>. El año 2014, en la Causa rol N° 31897-2014, de 22 de diciembre de 2014, la Corte Suprema rechazó una acción constitucional de protección intentada en esta misma materia, arguyendo lo siguiente: “Por último, y no obstante lo señalado en cuanto a que el acto no es ni arbitrario ni ilegal, en caso alguno podría afectarse con esa actitud el derecho a la vida, toda vez que no está siendo amagado ni amenazado por la autoridad sanitaria, pues el peligro que corre su vida se origina en la enfermedad que padece”.

Si resumimos los fallos precedentes, entonces, las conclusiones parecen claras: a) el derecho a la salud depende directamente de leyes y políticas; b) esas leyes y políticas están a cargo de las autoridades competentes; c) las políticas están legítimamente limitadas por recursos; d) una enfermedad no constituye amenaza al derecho a la vida; por tanto, no puede servir para solicitar prestaciones o tratamientos de salud a través del recurso de protección, ni puede utilizarse éste para obtener una atención preferente<sup>125</sup>.

## 2. EL CAMBIO DE POSICIÓN: EL DERECHO A LA VIDA INCLUYE EL DERECHO A LA SALUD

A la fecha, hay más de 40 sentencias que conceden medicamentos o servicios médicos no considerados en los catálogos oficiales de los servicios públicos de salud –por lo general de altísimo costo–, a partir de un nuevo entendimiento de la relación entre el derecho a la vida y el derecho a la salud<sup>126</sup>. Sin embargo, atendidas las características y extensión de un trabajo de esta naturaleza, escogeremos uno de los *leading case* que abrió la puerta a esta tendencia, la sentencia Rol N° 17.043-2018, Díaz Hernández con Fondo Nacional de Salud y otros servicios públicos (Rol n° 17.043/2018)<sup>127</sup>. En ese caso, una madre interpuso un recurso de



protección en favor de su hijo, un niño portador de una enfermedad degenerativa (Atrofia Muscular Espinal), y demandó a los servicios públicos de salud para obtener un medicamento que estimaba como indispensable para recuperar su salud y conservar su vida. Se trataba del único medicamento útil para esta enfermedad, aprobado por la FDA y por el Instituto de Salud Pública. Sin embargo, el precio de cada dosis alcanza la suma de US\$125.000, siendo necesario invertir durante el primer año \$500.000.000 (US\$735.000) para las seis dosis requeridas; en el segundo año se necesitan tres y desde el tercer año se deberán emplear una o dos dosis anuales. En otras palabras, estamos hablando de un medicamento que implica en total, unos U\$1.235.000 (894 millones de pesos). Uno de los principales argumentos de los recurrentes fue el que la no entrega del medicamento *ponía en peligro el derecho a la vida del menor afectado* (art. 19 n° 1)<sup>128</sup>.

Aunque los servicios públicos demandados alegaron, entre otras cuestiones<sup>129</sup>, que los fondos disponibles para la atención de pacientes no son ilimitados, y que la mera falta de recursos no constituye, por sí misma, una actuación ilegal o arbitraria; que los derechos asegurados en materia de salud deben ser otorgados en conformidad a la Constitución y las leyes; que el medicamento no está en la lista pública de medicamentos de entrega obligatoria (ni siquiera en un sistema recientemente creado en Chile para intentar financiar medicamentos de alto costo, la ley “Ricarte Soto”<sup>130</sup>), la Corte Suprema rechazó esas alegaciones, señalando en síntesis que el único argumento que esgrimía el Estado para no entregar dicho medicamento es su alto costo en relación a los recursos disponibles (vistos 7°). A partir de esta base, el tribunal agregó que “las consideraciones de orden económico” no deben invocarse cuando está en juego el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico (vistos 8°)<sup>131</sup>. Por eso, la decisión de la parte recurrida de no proporcionar el medicamento existente fue estimada por el Tribunal como arbitraria (carente de fundamento racional) y, acogiéndose el Recurso de Protección intentado por los afectados, se ordenó a las instituciones contra las cuales se dirige el recurso realicen las gestiones pertinentes para la adquisición y suministro del fármaco identificado como *Spinraza* o *Nusinersen*<sup>132</sup>. A partir de esta jurisprudencia, que se ha ampliado progresivamente a otros titulares (como adultos que padecen de cáncer<sup>133</sup>), y otros medicamentos caros<sup>134</sup>, puede hablarse claramente de una tendencia jurisprudencial que, hasta ahora, no parece tener un coto temporal previsible, al menos en el corto plazo.

## V. CONCLUSIONES

En nuestra opinión, las principales consecuencias de esta jurisprudencia se refieren a la redefinición de los derechos involucrados, y los conceptos subyacentes a dichos derechos. El derecho a la vida reconocido por esta nueva jurisprudencia, aplicado al ámbito de la salud pública, muta de un derecho clásico, que protege a su titular de agresiones injustificadas de terceros –y que exige, por tanto, una conducta de abstención de los potenciales agresores–, a un derecho que protege contra determinadas contingencias de salud que, según estimen los tribunales, pongan en peligro esa vida. Por otro lado, las prestaciones sanitarias que logren ser incluidas en dicho derecho –en general, de alto estándar–, pasan a tener la exigibilidad directa de los derechos constitucionales de primera generación, lo que implica que, como exigencias de rango constitucional, pueden sobreponerse a la normativa sectorial (legislativa o reglamentaria) que regula y limita la forma en que el Estado otorga a la población en general los medicamentos o tratamientos médicos que puede financiar.

Como se anunció anteriormente, la jurisprudencia en examen parece estar consolidada. Incluso se han producido situaciones en que se rechaza la demanda de medicamentos costosos, no tanto por no estar considerados en los listados de medicamentos que debe entregar el Estado, como porque la dolencia alegada no constituye un peligro para la vida (lo cual reafirma que, cuando tal peligro existe, sí resultaría procedente la demanda)<sup>135</sup>. Como ha sido observado por algunos, esta jurisprudencia sólo puede producir un efecto “llamada” que alienta a otros a seguir el camino judicial para obtener el financiamiento de

determinados medicamentos o servicios de alto costo, saltándose las exigencias legales y administrativas para obtener la entrega de tales recursos públicos<sup>136</sup>.

Las consecuencias más preocupantes de esta cuerda jurisprudencial parecen ser, sin duda, y en primer lugar, la desigualdad ante la ley que se produce entre aquellos que, aún padeciendo de enfermedades mortales, optan por seguir el cauce administrativo regular para atenderse en los servicios públicos de salud, versus aquellos que recurren a los tribunales para la solución jurisprudencial de sus requerimientos<sup>137</sup>; y, en segundo lugar, el dispendio económico representado por esta jurisprudencia, que podría poner en peligro la sustentabilidad financiera del sistema público de salud en su conjunto, también en perjuicio de la población en general<sup>138</sup>.

## 7. REFERENCIAS

- GARCÍA PINO, Gonzalo; CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2014): Diccionario Constitucional Chileno. Santiago de Chile (Cuadernos del Tribunal Constitucional, 55). Martínez Estay, José Ignacio (2010): Los Derechos Sociales de Prestación en la Jurisprudencia Chilena. En: Estudios constitucionales 8 (2), pág. 125–166. DOI: 10.4067/S0718-52002010000200006.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio (2010): Los Derechos Sociales de Prestación en la Jurisprudencia Chilena. En: Estudios constitucionales 8 (2), pág. 125–166. DOI: 10.4067/S0718-52002010000200006.
- MOTTA FERRAZ, O. L. (2011). Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil. *Texas Law Review*, 89(7), 1643–1668. <http://www.texaslawreview.com/89-texas-law-review-1643/>
- OBSERVATORIO JUDICIAL (20/06/20): Corte Suprema versus Ricarte Soto 2.0. Una aproximación a la judicialización de remedios de alto costo año 2019 (26). Disponible en línea en <https://observatoriojudicial.org/wp-content/uploads/2020/06/Informe-N%C2%B026-Corte-Suprema-vs-Ricarte-Soto-2.pdf>, Última comprobación el 11/01/2021.
- OBSERVATORIO JUDICIAL (13/02/2019): Corte Suprema versus Ricarte Soto. Una aproximación a la judicialización de remedios de alto costo (15). Disponible en línea en [https://observatoriojudicial.org/corte-suprema-versus-ricarte-soto/#\\_ftn12](https://observatoriojudicial.org/corte-suprema-versus-ricarte-soto/#_ftn12), Última comprobación el 10/01/2021.
- SAN FRANCISCO REYES, Alejandro (1992): Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980. En: *Revista Chilena de Derecho* 19 (3), pág. 527–548.
- SOJO, Ana (2011): Condiciones para el acceso universal a la salud en América Latina: derechos sociales, protección social y restricciones financieras y políticas. En: *Ciênc. saúdecoletiva* 16 (6), pág. 2673–2685, Última comprobación el 30/09/2013.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2010): Justicia Constitucional, Libre Elección en Materia de Salud y Normativa sobre Isapres: un Comentario a la Reciente Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: *Revista Chilena de Derecho* 37 (1), pág. 141–162.

---

<sup>110</sup> El presente trabajo es fruto del proyecto de investigación patrocinado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de Chile (ANID), folio N° PAI77190095, denominado “Estudio de la nueva jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la salud en Chile”, a cargo del autor. El investigador agradece a dicha entidad su apoyo a este proyecto.

<sup>111</sup> Profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae. ORCID Id: <https://orcid.org/0000-0001-7767-6760>.

<sup>112</sup> A partir de octubre de 2019 se ha abierto en Chile un nuevo proceso constituyente, regulado en el Capítulo XV de la Carta fundamental –denominado “Reforma de la Constitución y del procedimiento para elaborar una nueva Constitución de la República”, art. 130 y siguientes de la Constitución– que implica la instalación, a partir de abril de 2021, de una “convención constitucional”. Sin embargo, atendido que el eventual resultado del trabajo de esa convención aún debe ser sometido a un plebiscito de ratificación, de fecha aún incierta, este artículo se basará en la normativa constitucional actualmente vigente.

<sup>113</sup> Sobre el sentido del principio de subsidiariedad en el ordenamiento constitucional chileno, véase San Francisco Reyes, A. (1992, *passim*).

<sup>114</sup> Desde un punto de vista comparado, *mutatis mutandis*, sus similares son, en España, el “recurso de amparo” (art. 53.2 de la Constitución Política española); y en Colombia, la “acción de tutela” (art. 86 de la Constitución Política respectiva).

<sup>115</sup> El art. 20 sigue la técnica de señalar claramente los numerales y los incisos dentro de ellos que están sujetos a la protección de aquella acción constitucional. En principio, entonces, los numerales o incisos de numerales no enunciados allí, no están sujetos al Recurso de Protección mencionado.

<sup>116</sup> La Constitución de 1925 señalaba como “deber del Estado” el de “velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país” y establecía el deber de destinado cada año “una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salud”. Además, en su último texto (reformado en 1970) esa Carta Fundamental también señalaba la obligación del Estado de adoptar “todas las medidas que tiendan a la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales necesarios para el libre desenvolvimiento de la personalidad y de la dignidad humanas, para la protección integral de la colectividad y para propender a una equitativa redistribución de la renta nacional”. Sin embargo, no se consagraba en este texto una acción constitucional tal como el actual recurso de protección, por lo que en la práctica, al menos a nivel jurídico constitucional, la situación no era muy distinta a la actual.

<sup>117</sup> Esta consagración no es expresa, sino que se desprende, principalmente, de lo señalado en el art. 1º inciso 3º de esta Carta fundamental, que reza de la siguiente manera: “El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”.

<sup>118</sup> GARCÍA PINO Y CONTRERAS VÁSQUEZ (2014, pp. 62–63) explican que por “acciones de salud”, deben entenderse aquellas dirigidas a los cuatro objetivos que establece la norma constitucional. Las acciones de promoción son las iniciativas de impulso o fomento a las atenciones y cuidados respectivos de salud, como son las campañas educativas sobre prevención, higiene y salubridad dirigidas a la población fomentando el autocuidado. Las acciones de protección de la salud son prestaciones de atención o cuidado como procedimientos masivos de vacunación, exterminio de fuentes de enfermedades, decomiso de alimentos en mal Estado, combate a la drogadicción, etc. Las acciones de recuperación son aquellas prestaciones médicas destinadas a curar a una persona y superar su urgencia. Finalmente, las acciones de rehabilitación de la salud son las prestaciones posteriores a la recuperación y que tienen por objeto restablecer la funcionalidad del cuerpo o de partes de éste, como la acción kinesioterapéutica post-intervención quirúrgica de una cadera, etc. Véase también el art. 131 del DFL 1/2005 del Ministerio de Salud

<sup>119</sup> Como explica Sojo (2011, p. 2681), la lógica dual del sistema de salud chileno parece ser única en el plano internacional: la cotización obligatoria, a cargo exclusivo del trabajador, le permite afiliarse al sistema público de salud mediante el Fondo Nacional de Salud (FONASA) cuya racionalidad de reparto favorece la solidaridad, o a las instituciones de salud previsual (ISAPRES) que, a pesar del carácter compulsivo del aseguramiento, funcionan bajo una lógica de seguro privado asociada al riesgo individual. Véase a la misma autora para comprender otras características definitorias del sistema chileno.

<sup>120</sup> Véanse los principales vectores de esa jurisprudencia –que, con algunas variaciones, se mantienen hasta el día de hoy–, en VIVANCO MARTÍNEZ (2010, p. 145).

<sup>121</sup> Una panorámica general de la forma que ha adquirido esta jurisprudencia y los problemas que ha producido en diferentes países de América Latina, puede encontrarse en Yamin, Alicia Ely; Gloppen, Siri (eds.) (2011): *Litigating health rights. Can courts bring more justice to health?* Cambridge MA: Human Rights Program Harvard Law School; Harvard University Press (Human rights practice series).

<sup>122</sup> En el mismo sentido, Corte Suprema, Gallardo Soto con Servicio de Salud Metropolitano Oriente (sentencia de 29/1/1988, Rol 11.820); y la causa rol N° 4357-2017, de 27 de septiembre de 2017, llevada ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso.

<sup>123</sup> Causa rol N° 284-2002, de 26 de marzo de 2002, considerando 8º

<sup>124</sup> Causa rol N° 8513-2009, de 16 de diciembre de 2009, considerando vigésimo primero y siguientes.

<sup>125</sup> García y Contreras (2014, p. 303), refiriéndose a una de las sentencias de la Corte Suprema que recoge los criterios deferentes con las autoridades sanitarias, extraen tres criterios claves: (i) la imposibilidad de exigencia coercitiva al

Estado para otorgar todas las prestaciones; (ii) la existencia de tal exigencia conllevaría inmiscuirse en el ámbito de las políticas públicas; y (iii) ello es exclusividad de las autoridades del área. Para un estudio más detallado de esta jurisprudencia, se sugiere revisar Martínez Estay (2010, pp. 143 y ss.).

<sup>126</sup> Hay algunas sentencias aisladas, anteriores al período que estudiaremos a continuación, que recogen esta misma perspectiva. Sin embargo, nosotros nos concentraremos en el período en que estos criterios se han convertido en jurisprudencia asentada.

<sup>127</sup> Esta sentencia es indicada como precedente, entre otras, en las sentencias de la Corte Suprema roles 25.009 y 25.161 de 2018; 25.230 de 2019; 11.195, 62.945 y 69.806 de 2020, etc. Otras sentencias que suelen ser indicadas como “*leading cases*” son las sentencias 43250-2017, 2494 y 8523, de 2018; y la 27591 de 2019.

<sup>128</sup> De acuerdo al considerando 1° de la sentencia, la recurrente –la madre del menor– señala que el medicamento “resulta indispensable para que (el niño) recupere su salud y conserve su vida”.

<sup>129</sup> Los argumentos de los servicios públicos recurridos pueden encontrarse entre los considerandos 2 y 4 de la sentencia.

<sup>130</sup> Atendiendo los problemas financieros que los medicamentos y tratamientos de alto costo representan para las familias, se dictó en Chile la Ley N° 20.850 –coloquialmente conocida como la Ley *Ricarte Soto*– la cual creó y reguló un sistema de protección financiera, precisamente para el financiamiento de aquella clase de servicios de salud. Para lograr tal objetivo se creó el Fondo para Diagnóstico y Tratamientos de Alto Costo (el “Fondo”), cuyo fin es financiar total o parcialmente los diagnósticos o tratamientos garantizados por la Ley 20.850. Esta normativa contempla un procedimiento de evaluación para incluir o excluir aquellos medicamentos de alto costo que pueden financiarse, atendiendo, entre otros factores, a la efectividad del medicamento y a la mayor o menor cobertura de población que puede beneficiarse.

<sup>131</sup> Sorprende la semejanza de este razonamiento con el contenido en la sentencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil dictada en la *Petição* 1246-1, de 1997, *decisão monocrática* emitida por el Ministro de ese Tribunal Celso de Mello. Aplicando una argumentación similar, esa sentencia abrió una cuerda jurisprudencial que se mantiene hasta el día de hoy, y que ha implicado en dicho país el financiamiento de cientos de tratamientos de alto costo con cargo a fondos fiscales; algunos, incluso, en el extranjero. Véase al respecto Motta Ferraz (2011, pp. 1656 y ss.).

<sup>132</sup> El *Spinraza* –que sirve para el tratamiento de la Síndrome de Atrofia Muscular Espinal (AME)– es mundialmente famoso por ser de los medicamentos más caros actualmente aprobados. Véase un reportaje del *The New York Times* (“This New Treatment Could Save the Lives of Babies. But It Costs \$2.1 Million”) publicado en mayo de 2019, que señala los valores que implica un tratamiento. De acuerdo a dicho periódico, el costo de una década de tratamiento con *Spinraza* es de más de 4 millones de dólares” (<https://www.nytimes.com/2019/05/24/health/zolgensma-gene-therapy-drug.html>).

<sup>133</sup> Véase, por ejemplo, el Rol de la Corte Suprema nro. 69.806-2020, caratulado “Ochoa / Ministerio de Salud”.

<sup>134</sup> Como explica el “Observatorio Judicial” en un documento de 2019, en el período que considera ese informe, además del *Spinraza*, ordenado pagar 4 veces, la Corte Suprema de Chile ordenó financiar los siguientes medicamentos: 1) Vimizim, \$US 380.000 por año (2 veces); 2) Soliris, \$US 500.000 por año (6 veces); y 3) Brinaeura, \$US 486.000 por año (4 veces).

<sup>135</sup> Véanse, por ejemplo, las sentencias de la Corte Suprema de Chile nros. 29.215 y 41.248 de 2019.

<sup>136</sup> La entidad “Observatorio Judicial” advirtió que mientras entre 2014-2018 se presentaron sólo 23 recursos relacionados con estas materias, en 2019 se presentaron 87. Véase Observatorio Judicial (2020, p. 2).

<sup>137</sup> El mismo documento antes citado señala que esta desigualdad se produce incluso entre aquellos que obtienen financiamiento de medicamentos de alto costo, en virtud de la antes referida ley “Ricarte Soto”: quienes optan por ignorar las previsiones de esta ley, recurriendo a tribunales para obtener satisfacción de sus demandas por tales medicamentos, obtienen en promedio valores que son 38 veces mayores por recurrente, que un beneficiario corriente del sistema de financiamiento creado por ese texto legal (*Ídem*, p.9).

<sup>138</sup> De acuerdo al Observatorio Judicial (2019), durante el año 2019 los tribunales de justicia ordenaron financiar al Estado un total de 41 tratamientos de alto costo por una suma de US\$19.830.2166. El aumento es prácticamente exponencial en comparación con los años 2017 y 2018. En efecto, el año 2018 las sentencias por medicamentos de alto costo representaron una suma de US\$ 3.500.000, por tanto, el 2019 dicho valor aumentó 5.7 veces.

24 JUN 2021

## Derecho Iberoamericano en análisis, 1ª ed., mayo 2021

Una Ética Para Solventar Los Problemas Legales En Un Mundo De Inteligencia Artificial, Pero ¿Cuál?

### Una ética para solventar los problemas legales en un mundo de inteligencia artificial, pero ¿cuál?

CAMILA MARIA DE MOURA VILELA<sup>139</sup>

MARIANA DE LEMOS CAMPOS<sup>140</sup>

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; 1. *La delimitación de un nuevo problema*; 2. *Dos éticas posibles*; 3. *La Deontología como opción*; II. COMENTARIOS FINALES. III. Bibliografía.

#### . INTRODUCCIÓN

Cuando comenzamos el debate sobre la inteligencia artificial y la ley, entran en juego una serie de discusiones, como la sustitución del hombre en el mercado laboral, la singularidad de las máquinas y cómo pueden llegar a ser más inteligentes que los humanos, o cómo esto afectará a nuestra vida cotidiana y cambiará sustancialmente nuestra forma de vivir.

La IA ha sido parte de la ficción y la imaginación durante décadas, ha cumplido su papel fundamental en toda la discusión sobre el tema, y hoy tenemos la presencia de la IA más allá de la conexión del hardware y su exterior. Hoy en día la IA está relacionada con Big Data y el algoritmo que produce la IA.

Estamos siendo testigos de las primeras regulaciones de la IA. El Parlamento Europeo, por ejemplo, creó un Reglamento sobre robots inteligentes y el informe mencionado comienza con la cita de Isaac Asimov del libro “I, Robot”.

Las conocidas leyes de la robótica de Asimov es una aplicación de un paradigma ético deontológico (naciones acerca de lo que se debe ser hecho o no –lo que se puede o no–).

Dentro de este panorama hay diferentes concepciones, aplicaciones y avances de la IA. Por lo tanto, es esencial delimitar un terreno común en el que la IA que estamos tratando, ya que es una tecnología multifacética. No estableceremos definiciones técnicas, pero trabajaremos con la idea de una sociedad conectada.

Tenemos que ver una perspectiva de la suma del hombre y la máquina, donde la máquina puede aumentar los aspectos que ya conocemos acerca del ser humano. Por lo tanto, el desafío es estudiar la ética de las máquinas comprendiendo cada vez más la ética humana y el propio ser humano.

Podríamos hablar de una ética especial para la robótica, pero hay otros estudios más completos en este sentido. Aquí, nuestra intención es mismo analizar lo que de la “ética humana” es posible de adaptación a los humanos y de qué manera.

Como último punto de nuestra introducción, dejamos claro que la comprensión de una idea ética será, para esto trabajo, acerca de la dualidad deontología *versus* utilitarismo.

#### 1. LA DELIMITACIÓN DE UN NUEVO PROBLEMA

En este estudio se destaca que actualmente no existe una recomendación mundial que abarque todos los campos que guían el desarrollo y la aplicación de la inteligencia artificial (IA) centrada en el ser humano.

En 2019, la Conferencia General de la UNESCO aprobó una resolución para la elaboración de esta recomendación de principios éticos sobre la IA, con el fin de orientar los caminos del desarrollo científico y tecnológico, en particular en esos campos nuevos y a veces controvertidos.

El proceso fue apoyado por el estudio preliminar realizado por la Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología (COMEST) de la UNESCO.

El 12 de febrero de 2019, el Parlamento Europeo emitió una Resolución referente a la política industrial global europea sobre la inteligencia artificial robótica. Tuvo en cuenta su Resolución del 16 de febrero de 2017, que se refiere a las recomendaciones dirigidas a la Comisión sobre las normas de la Ley Civil sobre Robótica comentadas y otras resoluciones sobre el tema, así como la estrategia de inteligencia artificial centrada en el ser humano de la Comisión Europea.

El uso malicioso de la IA merece una atención especial a los derechos fundamentales y a la ética, ya que puede suponer una amenaza para la seguridad digital, física y pública, ya que puede estar mal diseñada, mal utilizada o pirateada. Un problema transparente es que a veces puede no estar claro para las personas si están interactuando con la IA o con una persona.

Además, los datos utilizados para entrenar estos mismos sistemas de IA pueden tener sesgos. Por ejemplo, los algoritmos de reconocimiento facial hechos por Microsoft, IBM y Megvii tenían sesgos al detectar el sexo de las personas. Del mismo modo, la terminación de la contratación y el reclutamiento de la IA por Amazon's.com es otro ejemplo que demuestra que la IA no puede ser justa; el algoritmo prefería candidatos masculinos a candidatos femeninos. Esto ocurrió porque el sistema de Amazon fue entrenado con datos recogidos durante un período de 10 (diez) años que provenían principalmente de candidatos masculinos.

Si los sistemas de IA desarrollan ciertos prejuicios a favor o en contra de la raza, el género, la religión o la etnia, el fracaso recaerá principalmente en la forma en que fueron enseñados y entrenados.

Por lo tanto, las cuestiones éticas que surgen con los sistemas de IA como objetos, es decir, en la medida en que son herramientas fabricadas y utilizadas por los humanos, utilizadas en un contexto de interacción hombre-máquina.

Estas relaciones, además de ser inminentes y, de hecho, ya presentes en el momento actual, mientras escribíamos este artículo e incluso antes de haberlo escrito, son relaciones diversas, múltiples. No sólo ocurren “aquí y ahora”, sino en muchos contextos diferentes.

Como consecuencia natural de la interacción social, la Ley tiene la facultad –en la figura del Estado– de tutelar los daños derivados de estas relaciones sociales. Y la vida real no puede estancarse para que se produzcan leyes o para que se investigue la mejor solución: lo que hay que buscar es la mejor respuesta del Estado, en un tiempo satisfactorio.

Si bien existía una relación ser humano –ser humano, en la que los fundamentos morales eran relativamente iguales (a pesar de la falta de consenso en varios segmentos), había una mayor facilidad en la producción de leyes– ya sea legislación, jurisprudencia o doctrina.

Sin embargo, en la medida en que un nuevo elemento –no más solo ser humano– se convierte



en parte de esta interacción social, es necesario algún análisis ético mínimo. Esto se debe a que ya no es solo un objeto, sino un sujeto de derecho, susceptible de derechos y diversidades.

Por lo tanto, para iniciar este debate, proponemos un breve análisis de dos puntos de vista diferentes sobre la futura aplicabilidad de la ética humana a la Inteligencia Artificial: la deontología o el utilitarismo.

## 2. DOS ÉTICAS POSIBLES

Como dijimos, hay aquí una discusión que se hace necesaria: ¿cuál tipo de ética debemos utilizar en este contexto de IA? Entre todas las opciones, tenemos en mayor foco el estudio y análisis de dos de las éticas más conocidas, numeradamente la deontológica y la utilitarista.

Cómo orientación de nuestro análisis acerca de estas dos éticas es importante puntuar que utilizaremos el teórico del derecho Eduardo Magrani, especialmente en su obra intitulada “entre datos y robots”, en traducción libre.

Primero, veremos cómo se comportan estas metodologías para después comprender las implicaciones de sus utilizaciones para Inteligencia Artificial.

Lo utilitarismo puede ser plural y aquí trabajamos con su definición clásica, como establecida por Jeremy Bentham en lo final del siglo XVIII, y la idea del principio de bienestar máximo. El foco es no en nociones generales de deber o actitud, pero en la consecuencia de estas actitudes. Así, la definición de un acto que sea bueno para la sociedad es, en verdad, mensurado por lo que este acto produce. O sea, lo deseado, es la consecuencia de una actitud que va a aumentar la felicidad de una sociedad mientras reduce lo malo, en una perspectiva social.

En términos generales, lo utilitarismo parece ser una buena escoja. Pero si vamos a pensar esta definición en un contexto de inteligencia artificial, algunos puntos deben ser debatidos.

El primer de ellos: ¿cómo equalizar los derechos individuales y los derechos de la comunidad, cuando en embate? O sea, si tenemos una situación específica para una persona o una minoría, ¿cómo hacer que no haga una supresión de derechos de minorías, si el foco debe ser la felicidad de la mayoría de las personas de una comunidad?

Lo lector puede estar pensando que esta situación es anterior mismo al contexto de IA. Y está de todo correcto. Pero, en un contexto de IA, específico, que ahora aún no podemos imaginar, más que claramente puede desenvolverse, tuvimos como 8 seres con inteligencia artificial y 2 seres humanos, dos cuestiones se ponen: 1) ¿cómo definir lo que es “felicidad” para una máquina?; 2) si tenemos esta definición primera, un consenso general acerca de “la felicidad de las máquinas” en esta situación hipotética que ahora mencionamos, ¿deberán los seres humanos ser colocados en segundo lugar, cuando en comparación con la máquina?

Una gran crítica hecha al Utilitarismo es la puesta por Rawls, para lo cual “en esta concepción de la sociedad, los individuos aislados son considerados como un número correspondiente de líneas a lo largo de las cuales se deben asignar derechos y deberes y distribuir los escasos medios de satisfacción de acuerdo con ciertas reglas, para permitir que se cubra el máximo número de necesidades. La naturaleza de la decisión tomada por el legislador ideal no es, por lo tanto, sustancialmente diferente de la de un empresario que decide cómo maximizar sus beneficios produciendo tal o cual mercancía, o de la de un consumidor que decide cómo maximizar su satisfacción comprando tal o cual conjunto de mercancías. En cada uno de estos casos sólo hay una persona cuyo sistema de deseos determina la mejor distribución de medios limitados. La decisión correcta es esencialmente una cuestión de administración eficiente. Esta visión de cooperación social es la consecuencia de extender a la sociedad el principio de la elección de un solo ser humano, y luego hacer que la extensión funcione



reuniendo a todas las personas en una sola mediante los actos creativos del observador simpático e imparcial. La utilidad no toma en serio la diferencia entre las personas”<sup>141</sup>. Hay, según Rawls, hay una diferencia entre lo justo y lo bueno, nociones que pueden estar en conflicto para decidir lo que es moral o correcto para lo utilitarismo.

Otro punto poco factible en contexto de IA es de medir todas las acciones, a fin de analizar las consecuencias y así elegir la más correcta (según el criterio del utilitarismo). Si esta situación es difícil en una sociedad “tradicional”, en la sociedad con tecnología y *big data* es aún más improbable.

En sentido opuesto, tenemos la otra ética que nos proponemos a analizar.

La deontología empieza por los ensañamientos de Emmanuel Kant, principalmente en las obras *Fundamentación de las Metafísicas de las Costumbres* y *Critica de la Razón Práctica*, las dos del final del siglo XVIII.

Para esta ética, el sentido de la moralidad está no en la consecuencia de los actos, pero en los propios actos.

La Ley moral está descrita en lo que llamamos “imperativo categórico” que es la idea de una ley universal para manejar los actos de los seres humanos, contenida en tres formulaciones diferentes: 1) Obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal; 2) Obra de tal modo que consideres a los demás siempre como un fin en sí mismo y nunca solamente como medio (aquí hay foco en la dignidad del ser racional<sup>142</sup>); 3) Obra de tal modo que tu voluntad pueda considerarse como legisladora universal.

Una excelente observación acerca de la deontología de Kant es la idea de que “la fórmula del imperativo categórico pone énfasis en la responsabilidad civil de la conducta moral; acentúa que cualquier acto, en la medida en que es resultado de una elección consciente, contiene en sí la pretensión a la legitimación social”<sup>143</sup> así que exige que sea preguntado cual tipo de sociedad cada persona podría crear con sus actitudes, lo que nos parece ser más que nunca necesario en este momento.

### 3. LA DEONTOLOGÍA COMO OPCIÓN

La pretensión de universalización de reglas es demasiado preocupante cuando es sabido que hay, en todo el mundo, diferentes nociones acerca de institutos diversos, no lo olvidamos.

Entretanto, la Inteligencia Artificial es, innegablemente, un fenómeno mundial. Y en esta aldea global en la cual vivimos, se hace necesario un encuentro mínimo de definiciones basillares filosóficas (y especialmente para la ética o moralidad).

En esto sentido, creemos que podremos tener como orientación jurídica los Derechos Humanos, y siguiendo lo que es actualmente un consenso internacional y universal (mínimamente), aún que inicialmente circunscrito al Europa Central.

Y, como sabemos, la noción de Derechos Humanos viene de una concepción deontológica de actitud de la moralidad.

No solo porqué es universal, sino también porqué es universalizable.

Otro aspecto favorable a la deontología es el factor de que, diferente del utilitarismo, no tenemos que analizar las consecuencias, lo que es inviable no solo por la gran cantidad de datos (como mencionamos anteriormente), pero también por la propia naturaleza de algunas tecnologías, como *machine learning* o *deeplearning*, que funcionan de forma que no tenemos como predecir los resultados o consecuencias.

De acuerdo con Kroes, “consecuencias imprevistas no pueden predecirse completamente o,

para el caso, evitarse. Esto no es sólo algo que se debe a nuestra limitada capacidad de conocimiento, sino también al hecho de que las consecuencias imprevistas son a menudo el resultado de las acciones de muchos actores dentro de un sistema sociotécnico. Las implicaciones de esta observación son que la tecnología de desarrollo responsable es más ...más complicado de lo que se suponía. [...] Los ingenieros pueden anticiparse a la aparición de efectos no deseados al tratar de conseguir diseños que son robustos, flexibles y transparentes. Los diseños experimentales La naturaleza de la tecnología, finalmente, da lugar a la cuestión ética de las condiciones en las que tales experimentos son moralmente aceptables”<sup>144</sup>. Es claro la imprevisibilidad, por lo que es difícil hablar acerca de una ética utilitarista.

Y por eso son aún más importantes leyes generales.

Como comentario final, hay aún la noción de responsabilidad en el contexto de tecnología, como propone Hans Jonas.

Él hace una adaptación de la deontología de Kant del imperativo categórico para decir que la responsabilidad y deber de acción debe aún considerar el futuro. Las generaciones futuras y las próximas formulaciones de la sociedad son también titulares de derechos.

En esto sentido, él enseña que “lo que nunca se pensó que hubiera de precisar nuestra acción –que hay hombres, que hay vida, que hay un mundo–, eso aparece súbitamente alumbrado por la luz tormentosa de los actos humanos. Precisamente a esa luz aparece el nuevo deber. Nacido del peligro, demanda necesariamente, lo primero de todo, una ética de la conservación, de la custodia, de la prevención, y no del progreso y del perfeccionamiento”<sup>145</sup>. Es así que “el peligro que subyace al desarrollo tecnológico y que puede afectar tanto al hombre como a la naturaleza no llega a manifestarse efectivamente más que por la suposición (así sea lejana) del mismo. Según Jonas, antes del desarrollo tecnológico no tendría sentido hablar del peligro que corre tanto la esencia humana como la esencia de la naturaleza”<sup>146</sup>.

Si nos inclinamos a pensar en el futuro como responsables por las generaciones futuras o no, el hecho es que, como seres humanos que sienten, piensan y tienen racionalidad, hay un deber moral mayor que debe guiarnos en nuestras acciones.

## I. COMENTARIOS FINALES

El pensamiento de los sistemas de IA está cada vez más presente y supera la inteligencia humana en algunos casos, lo que puede hacer que sea aterrador. Y las cuestiones éticas que vienen con la adopción de la IA son complejas.

La clave será tener en cuenta estas cuestiones éticas para analizar las cuestiones sociales más amplias que están en juego. Si la IA es buena o mala puede ser examinada desde muchos ángulos diferentes, sin que ninguna teoría o estructura destaque como la única posible, más como que se encuentre una solución mejor do punto de vista del justo.

Por lo tanto, tenemos que seguir investigando, hasta que se encuentren, por las propias definiciones sociales, siempre con las respetivas reflexiones morales, lo que será más adecuado a cada situación.

## II. BIBLIOGRAFÍA

- BELANDRIA, Catarina. Ley moral e imperativo categórico en la doctrina práctica kantiana. Revista Filosofía N° 20. Universidad de Los Andes. Mérida-Venezuela, 2009 / ISSN: 1315-3463. Recuperado de <http://erevistas.saber.ula.ve/index.php/filosofia/article/viewFile/3826/3661>

- JONAS, Hans. (1995) El principio de responsabilidad: Ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Barcelona. Herder.
- KROES Peter et al. (2011). A philosophy of technology: from technical artefacts to sociotechnical systems. San Rafael: Morgan & Claypool Publishers.
- LAICHTER, L. (2019). Ethics of Autonomous Systems. Annotated bibliography of recommended materials. Recuperado de [http://larslaichter.com/assets/docs/Ethics\\_of\\_Autonomous\\_Systems.pdf](http://larslaichter.com/assets/docs/Ethics_of_Autonomous_Systems.pdf)
- LEZAMA, José R. Responsabilidad y tecnología según Hans Jonas. Apuntes Filosóficos 30 (2007): 179-206.
- MAGRANI, Eduardo. (2019). Entre dados e robôs. Recuperado de <http://eduardomagrani.com/wp-content/uploads/2019/07/Entre-dados-erobo%CC%82s-Pallotti-13062019.pdf>.
- MALISHEV, Mijail y MANOLA SEPÚLVEDA G. (2010), “La moral griega y su repercusión en la ética de Kant”, La Colmena, núm. 65/66, enero-junio, Toluca, pp. 5-15.

---

<sup>139</sup> Actualmente estudia para obtener una maestría en derecho intelectual en la Universidad de Lisboa. Abogada. Cofundadora de Legal Hackers Lisbon.

<sup>140</sup> Estudiante de doctorado en Teoría del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa. Master en Teoría del Derecho por la Universidad Federal de Pernambuco. Abogada.

<sup>141</sup> RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 25. Traducción libre.

<sup>142</sup> BELANDRIA, Catarina. Ley moral e imperativo categórico en la doctrina práctica kantiana. Revista Filosofía N° 20. Universidad de Los Andes. Mérida-Venezuela, 2009 / ISSN: 1315-3463 <http://erevistas.saber.ula.ve/index.php/filosofia/article/viewFile/3826/3661>.

<sup>143</sup> Malishev, Mijail y Manola Sepúlveda G. (2010), “La moral griega y su repercusión en la ética de Kant”, La Colmena, núm. 65/66, enero-junio, Toluca, pp. 5-15. P. 14.

<sup>144</sup> Traducción libre. KROES Peter et al. A philosophy of technology: from technical artefacts to sociotechnical systems. San Rafael: Morgan & Claypool Publishers, 2011.

<sup>145</sup> Jonas, Hans. El principio de responsabilidad: Ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Barcelona. Herder. 1995. P; 230 y 231.

<sup>146</sup> Lezama, José R. Responsabilidad y tecnología según Hans Jonas. Apuntes Filosóficos 30 (2007): 179-206.

24 JUN 2021

## Derecho Iberoamericano en análisis, 1ª ed., mayo 2021

Questões Conexas Com O Planeamento Fiscal: Breve Resenha

### Questões conexas com o planeamento fiscal: breve resenha

PAULO SÉRGIO DE SOUSA MAGALHÃES<sup>147</sup>

PATRÍCIA ANJOS AZEVEDO<sup>148</sup>

SUMÁRIO: I. GENERALIDADES; INTRODUÇÃO; II. O CRITÉRIO DA RESIDÊNCIA DO CONTRIBUINTE E O CRITÉRIO DA FONTE DE OBTENÇÃO DE RENDIMENTOS; III. A DUPLA TRIBUTAÇÃO E OS MÉTODOS TENDENTES À SUA ELIMINAÇÃO/ATENUAÇÃO; IV. A CONVENÇÃO MODELO DA OCDE SOBRE O RENDIMENTO E O CAPITAL; V. OS PARAÍSOIS FISCAIS E A CONCORRÊNCIA FISCAL PREJUDICIAL; VI. CONCLUSÕES.

#### . GENERALIDADES; INTRODUÇÃO

Antes de passarmos para a análise de cada uma das questões conexas, cumpre esclarecer o que é o planeamento fiscal: trata-se de um conjunto de opções levadas a cabo por determinados contribuintes, com o intuito da poupança de despesas fiscais<sup>149</sup>, sendo que podemos distinguir três tipos/modalidades de planeamento fiscal, a saber: o planeamento fiscal legítimo (ou *intra legem*); o planeamento fiscal abusivo, agressivo, excessivo ou elisivo (quando ultrapassa as fronteiras da legalidade, ou seja, planeamento *extra legem*); ou, ainda, poderemos estar em presença de fraude/evasão fiscal (planeamento fiscal ilegítimo), sendo, neste caso, o planeamento fiscal levado a cabo de uma forma diretamente contrária e claramente atentatória da legislação vigente (planeamento fiscal *contra legem*)<sup>150</sup>.

Com o decorrer dos anos, a economia portuguesa tem-se tornado cada vez mais aberta e internacional, devido, em grande medida ao fenómeno da globalização e ao processo de integração na União Europeia (UE). Por este motivo, existem cada vez mais operações comerciais e financeiras com o exterior, que fazem aumentar exponencialmente os fluxos de rendimentos e de capitais que circulam de e para o nosso país. Neste contexto, os diversos Estados criaram critérios para a definição da competência em matéria de tributação, nomeadamente, por um lado, a tributação do rendimento pelo Estado da residência do contribuinte, e, por outro, a tributação do rendimento pelo Estado da fonte.

Em face do exposto e da existência de uma diversidade de normas de ordenamentos jurídicos diferenciados, o direito fiscal internacional tem vindo a tentar regular as relações entre os Estados e também entre os Estados e as pessoas jurídicas<sup>151</sup>, quando se encontrem em causa situações jurídico-fiscais plurilocalizadas/transnacionais (*i.e.*, situações em conexão com mais do que um ordenamento jurídico-fiscal), razão pela qual o direito fiscal internacional assume cada vez mais uma posição preponderante no panorama jurídico internacional<sup>152</sup>. Tais circunstâncias originam um conflito de dupla (ou múltipla) tributação positiva internacional.

#### I. O CRITÉRIO DA RESIDÊNCIA DO CONTRIBUINTE E O CRITÉRIO DA FONTE DE OBTENÇÃO DE RENDIMENTOS

No ordenamento jurídico português existem normas tendentes à determinação dos

elementos de conexão de uma dada situação jurídico-fiscal a um Estado, à luz dos dois critérios (cumulativos) comumente utilizados, a saber: (i) a residência do contribuinte (elemento de conexão de natureza objetiva que se refere ao facto tributável); e (ii) a fonte de obtenção dos rendimentos<sup>153154155</sup>(elemento de conexão de na natureza subjetiva que se refere ao titular do rendimento).

A OCDE, no seu glossário<sup>156</sup> referente a termos de direito fiscal, define o princípio da tributação na fonte (*source principle of taxation*) da seguinte forma: “*princípio de tributação dos rendimentos ou fluxos internacionais de acordo com a qual um país considera como rendimento tributável os rendimentos produzidos sob a sua jurisdição, independentemente da residência do contribuinte, ou seja, os residentes e os não residentes são tributados sobre os rendimentos obtidos a partir do país*” (tradução nossa). Ora, o critério da fonte de obtenção dos rendimentos configura uma tributação limitada, aplicando-se aos contribuintes fiscalmente não residentes num determinado Estado ou jurisdição, mas que aí obtenham rendimentos. Por sua vez, o mesmo glossário define o princípio da tributação na residência (*residence principle of taxation*) como sendo o “*princípio de acordo com o qual os residentes de um país estão sujeitos ao imposto sobre os seus rendimentos a nível mundial e os não residentes só estão sujeitos ao imposto sobre o rendimento nacional – fonte dos rendimentos*” (tradução nossa). Por este motivo, podemos afixar que o critério da residência se materializa numa tributação ilimitada ou universal, uma vez que “*o Estado tem o direito de tributar os rendimentos obtidos pelos seus residentes, quer no seu território, quer no estrangeiro, independentemente do local de onde é originário, tratando-se de uma autêntica tributação mundial dos residentes (a denominada worldwide income taxation of residents)*”<sup>157</sup>.

Neste contexto, refere Patrícia Anjos Azevedo<sup>158</sup> que se aceita “*que a tributação deve basear-se no critério da residência e, adicionalmente, no critério da fonte (...)*”. Efetivamente, se nenhuma jurisdição tributasse determinados rendimentos por serem auferidos por contribuintes não residentes, tais rendimentos seriam sempre excluídos da tributação, o que não seria de todo aceitável. Além do mais, também se entende que nenhum Estado deve abdicar de tributar os seus residentes por todos os rendimentos que auferirem, quer no Estado de residência, quer em outras jurisdições. Neste seguimento, a mesma autora<sup>159</sup> conclui que “*a tendência geral é a de utilizar ambos os fatores de conexão, em simultâneo*”. Nos dias que correm, e na grande maioria dos sistemas jurídico-fiscais, vigora um sistema de *worldwide income taxation* para os contribuintes residentes, sendo comum que aos contribuintes não residentes se aplique o sistema de tributar na fonte/na origem dos rendimentos, de acordo com um método de sujeição limitada.

Em Portugal, a combinação destes dois fatores ou critérios de conexão encontra-se modelada, em primeiro lugar, no art.º 13.º da Lei Geral Tributária (LGT), sob a epígrafe “*aplicação da lei fiscal no espaço*”, concretizando-se no Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (CIRS) e no Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (CIRC), ambos apelando aos elementos da residência e da fonte, na delimitação da incidência subjetiva e na extensão da obrigação de pagamento do imposto.

No que diz respeito às pessoas singulares, o art.º 13.º, n.º 1 do CIRS refere que se encontram sujeitas a imposto as que “*residam em território português e as que, nele não residindo, aqui obtenham rendimentos*”. Já o art.º 15.º do mesmo diploma determina que no que concerne às pessoas fiscalmente residentes em território português “*o IRS incide sobre a totalidade dos seus rendimentos, incluindo os obtidos fora desse território*”(cf. n.º1), ao passo que para os não-residentes o imposto incidirá “*unicamente sobre os rendimentos obtidos em território português*” (cf. n.º2).

Por sua vez, em sede de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, o art.º 2.º do CIRC prescreve que se encontram sujeitas a imposto não apenas as pessoas coletivas e outras entidades com sede ou direção efetiva em território português –cf. alíneas a) e b), do n.º 1, do art.º 2.º do CIRC–, mas também aquelas que, não possuindo sede nem direção efetiva em território português, aqui obtenham rendimentos que não se encontrem sujeitos a IRS ex vi da alínea c), do n.º1, do art.º 2.º do CIRC. O art.º 4.º do mesmo diploma acrescenta que,



relativamente às primeiras, “o IRC incide sobre a totalidade dos rendimentos, incluindo os obtidos fora desse território” (Cf. n.º1) ao passo que as segundas se encontram sujeitas a IRC “apenas quanto aos rendimentos nele obtidos”, incluindo-se aqui os rendimentos imputáveis a um estabelecimento estável<sup>160</sup> situado em território português (Cf. n.ºs 2 e 3).

## II. A DUPLA TRIBUTAÇÃO E OS MÉTODOS TENDENTES À SUA ELIMINAÇÃO/ ATENUAÇÃO

A existência de uma diversidade de normas nos diversos ordenamentos jurídicos e a existência de situações jurídico-fiscais plurilocalizadas ocasionam que o direito fiscal internacional tente regular as relações entre os Estados e também entre os Estados e as pessoas jurídicas. Assim, quando ocorram as referidas situações, a tributação será efetuada com base nos critérios da residência e da fonte, com fortes possibilidades da verificação de hipóteses de dupla tributação internacional (na modalidade de conflito positivo de tributação). Surge assim o que a doutrina normalmente denomina por “métodos para evitar, eliminar ou atenuar a dupla tributação internacional”. Estes métodos, podem ser divididos em: (i) medidas unilaterais<sup>161</sup> ou mecanismos internos; e (ii) medidas bilaterais (resultantes da celebração de convenções entre Estados). Entende-se que é ao Estado da residência que incumbe o ónus de evitar, eliminar ou atenuar a dupla tributação internacional, uma vez que é esse o Estado responsável por tributar a globalidade dos rendimentos de acordo com o critério da residência, que determina uma tributação universal, independentemente da fonte de obtenção dos rendimentos.

As convenções de dupla tributação<sup>162</sup> (CDT), normalmente, atribuem a exclusiva competência para a tributação a um único Estado-contratante, e abundam cada vez mais em virtude do crescimento do comércio internacional, da mobilidade de pessoas e de fluxos financeiros e da sobreposição/disparidade dos sistemas fiscais. São atos normativos de valor superior às normas internas dos Estados (*ex vi* art.º 8.º, n.º 2 da CRP), celebrados entre dois ou mais Estados, e tem em vista definir a competência tributária e a metodologia a adotar pelos Estados na eliminação da dupla tributação internacional<sup>163</sup>.

## V. A CONVENÇÃO MODELO DA OCDE SOBRE O RENDIMENTO E O CAPITAL

A convenção modelo da OCDE sobre o rendimento e o capital<sup>164</sup> (doravante designada apenas por convenção) é um articulado proposto pela OCDE, que serve como orientação para a celebração, pelos Estados, essencialmente ao nível bilateral, de convenções para evitar a dupla tributação e trata-se do modelo mais seguido a nível internacional e no qual se baseiam a generalidade das convenções subscritas pelo nosso país. Além do articulado da aludida convenção, são ainda relevantes os comentários acerca dos respetivos artigos (*Commentaries on the articles of the model tax convention*<sup>165</sup>), que traduzem algumas interpretações acerca de cada uma das suas disposições.

A convenção assenta sobretudo no critério da residência (*ex vi* art.º 1.º da convenção), sendo certo que a tributação na fonte apenas é admitida em situações extraordinárias, com aplicação de taxas “reduzidas” de imposto sobre determinados rendimentos (a título de retenções na fonte). O seu principal objetivo, ao definir a repartição das competências fiscais entre os Estados, é evitar/atenuar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal. Neste sentido, a convenção apresenta diferentes métodos para evitar/atenuar a dupla tributação internacional, baseados em métodos de isenção (cf. art.º 23.º-A da convenção) e de crédito de imposto (cf. art.º 23.º-B da convenção), mas sem nunca recomendar a adoção de um ou de outro. Esta indefinição justifica-se pela existência de objetivos diferentes nas diversas jurisdições. Não obstante, no nosso entendimento, o método da isenção parece assegurar a neutralidade na importação de capitais, ao passo que o método do crédito de imposto garante a neutralidade na exportação de capitais.

## 7. PARAÍÇOS FISCAIS E A CONCORRÊNCIA FISCAL PREJUDICIAL

Dois outros problemas fiscais internacionais que aqui nos importa abordar (para além da dupla tributação internacional) são a existência dos chamados paraísos fiscais e da concorrência fiscal prejudicial entre Estados.

A concorrência fiscal resulta da diversidade de sistemas fiscais existentes nos diferentes Estados e traduz-se na obtenção de uma vantagem competitiva, onde os Estados “(...) passaram a considerar nas suas decisões a necessidade de adequar os impostos ao bem estar social, ao investimento e ao progresso científico, visando atrair mais investimentos ou, pelo menos, não os deslocalizar”<sup>166</sup>. Esta, pode ser considerada benéfica ou prejudicial; *in casu*, interessa-nos sobretudo a concorrência fiscal prejudicial, que ocorre quando um determinado Estado dispõe de regimes mais benéficos concedidos a residentes de outros Estados, com níveis de tributação muito diminutos, ou nulos, com o objetivo de atrair mais investimento ou receitas, estimulando assim a evasão e a fraude fiscais.

Por sua vez, os paraísos fiscais materializam-se numa das mais comuns formas/ferramentas de evasão fiscal internacional. Nas palavras de Luís Menezes Leitão<sup>167</sup>, um paraíso fiscal é, via de regra, “*um país ou um território que atribua a pessoas físicas ou coletivas vantagens fiscais susceptíveis de evitar a tributação no seu país de origem ou de beneficiar de um regime fiscal mais favorável que o desse país, sobretudo em matéria de impostos sobre o rendimento e sobre as sucessões*”. O recurso crescente aos paraísos fiscais justifica-se com o intento de redução da carga fiscal, ocultação de prejuízos e rendimentos, branqueamento de capitais, e, sobretudo, permitir que os negócios sejam colocados fora da indagação das diversas administrações fiscais.

Nesta sequência, e seguindo os ensinamentos de José de Campos Amorim<sup>168</sup>, podemos afixar que, em regra, “*os paraísos fiscais caracterizam-se, principalmente, pelo regime fiscal extremamente favorável em termos de impostos sobre o rendimento, pela ausência de controlo das actividades desenvolvidas e de restrições cambiais, pela permanência do sigilo bancário e comercial, pela falta de transparência e ausência de troca de informações, e pelo facto das actividades desenvolvidas nas zonas insulares não terem qualquer recurso de valor económico significativo e sustentado*”.

Por sua vez, Patrícia Anjos Azevedo<sup>169</sup> refere que os paraísos fiscais podem ser utilizados como “*territórios para estabelecimento de residência, instalação de sociedades ou prática de preços de transferência*”. A mesma autora esclarece que a “*“escolha do melhor tratado” (v.g., o treaty shopping) também se coloca nesta sede, já que a confidencialidade oferecida pelos “paraísos fiscais” poderá levar a que se utilizem estas jurisdições para se conseguirem situações altamente proveitosas. Assim, por exemplo, dois países que não tenham celebrado qualquer tratado sobre dupla tributação podem eximir-se da mesma; se, pelo meio, houver um paraíso fiscal com convenção celebrada com cada um deles*”.

Segundo a doutrina aqui referida, os paraísos fiscais podem ser classificados como gerais ou especializados. Os primeiros caracterizam-se pelo seu cariz globalmente incentivador, enquanto que os segundos são parcialmente incentivadores, uma vez que optam por regimes de não tributação ou de tributação reduzida apenas em alguns setores de atividade ou apenas em determinadas regiões.

O principal problema da existência dos paraísos fiscais é a perda de receitas para os outros Estados com origem na fuga de capital e rendimentos que são atraídos para os paraísos fiscais (que gozam de ausência ou de reduzida tributação). Desta forma, são introduzidas distorções concorrenciais “desleais” que originam dificuldades de equilíbrio orçamental nos países de onde saem os capitais e rendimentos.

O relatório da OCDE sobre estas matérias<sup>170</sup> enuncia os fatores que possibilitam a atração de investimento estrangeiro, bem como as linhas orientadoras para que os Governos possam identificar os paraísos fiscais e distinguir os regimes fiscais preferenciais toleráveis dos prejudiciais<sup>171</sup>.



Acontece que, a definição de paraíso fiscal não é unívoca o que se trata de uma questão essencialmente relativa, uma vez que há jurisdições que podem ser paraísos fiscais em relação a outros, bastando que para isso apresentem um nível de tributação inferior ou se abstenham de tributar uma situação altamente tributada pelo outro país com o qual se estão a comparar. Outros países adotam uma definição absoluta, avançando para um critério percentual de tributação efetiva. Finalmente, existem jurisdições que adotam uma enumeração casuística, por listas ou que procuram definir os paraísos fiscais pela negativa.

Perante isto, e em jeito de síntese, podemos falar em três tipos de definições de paraíso fiscal, a saber: (i) uma comparativa; (ii) uma absoluta; e (iii) uma enumeração casuística, que pode ser positiva ou negativa.

No caso de Portugal, a delimitação de paraíso fiscal encontra-se estabelecida no art.º 63.º-D LGT, sendo certo que o legislador se refere a estes como sendo “*países, territórios ou regiões com um regime fiscal claramente mais favorável*”. Atualmente, existe uma lista<sup>172</sup> que identifica essas zonas, que é a constante da Portaria n.º 150/2004, de 13 de fevereiro<sup>173</sup>, na redação dada pela Portaria n.º 292/2011, de 8 de novembro (esta última alteração foi ripristinada ex vi art.º 290.º da lei do orçamento de estado de 2018<sup>174</sup> que, simultaneamente, revogou a Portaria 345-A/2016, de 30 de dezembro<sup>175</sup>). A lista em causa é aprovada pelo membro do Governo responsável pela área das finanças, após parecer prévio da AT, conforme prevê o n.º 1 do referido art.º 63.º-D. Na elaboração do parecer e da lista, devem ser considerados, os critérios estabelecidos nas alíneas a) a d), do n.º 2 do art.º 63.º-D da LGT<sup>176</sup>. Não obstante, são ainda, igualmente, considerados países ou jurisdições com regime claramente mais favorável aqueles que, ainda que não constem da lista de países, territórios ou regiões com um regime fiscal claramente mais favorável, não disponham de um imposto de natureza idêntica ou similar ao IRC ou, existindo, a taxa aplicável seja inferior a 60 % da taxa de imposto prevista no n.º 1 do art.º 87.º do CIRC, sempre que, cumulativamente: (i) Seja feita remissão expressa nos códigos e leis tributárias para o n.º 5 do art.º 63.º-D da LGT<sup>177</sup>; (ii) Existam relações especiais, nos termos das alíneas a) a g) do n.º 4 do art.º 63.º do CIRC, entre as pessoas ou entidades envolvidas nas operações subjacentes às normas referidas na alínea a) do n.º 5 do art.º 63.º-D da LGT<sup>178</sup>. Porém, o referido anteriormente não é aplicável a Estados-Membros da UE ou a Estados-Membros do Espaço Económico Europeu, neste último caso desde que esse Estado esteja vinculado a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade equivalente à estabelecida no âmbito da UE –cf. n.º 6 do art.º 63.º-E da LGT.

A legislação portuguesa tem várias medidas antiabuso que penalizam a utilização de territórios com regime fiscal mais favorável, de modo a desencorajar o seu uso, v.g. arts.º 23.º-A n.º 1, alínea r) e 88.º n.º 8 do CIRC; art.º 23.º-A n.º 3 do CIRC; art.º 63.º n.º 4, alínea h) do CIRC; art.º 66.º do CIRC; art.º 23.º n.º 2, alínea a) do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF); art.º 27.º n.º 2, alínea b) do EBF e art.º 64.º-B da LGT.

## 7.1. CONCLUSÕES

Acerca do critério da residência do contribuinte e o critério da fonte de obtenção de rendimentos, concluímos que a tributação deve basear-se no critério da residência e, adicionalmente, no critério da fonte, sendo certo que a tendência geral que se tem vindo a verificar é a de que se utilizam ambos os fatores de conexão, em simultâneo.

Refletimos ainda sobre outros problemas fiscais internacionais, tais como a dupla tributação internacional –que ocorre nas situações jurídicas plurilocalizadas em que há conflito positivo de tributação– e sobre as formas de os evitar, eliminar ou atenuar. Estes métodos podem ser divididos em: (i) medidas unilaterais ou mecanismos internos; e (ii) medidas bilaterais, resultantes da celebração de convenções entre Estados. Como orientação para a celebração das aludidas convenções existe a convenção modelo da OCDE sobre o rendimento e o capital.

Concluímos ainda que os paraísos fiscais se materializam numa das mais comuns formas/ferramentas de evasão fiscal internacional e que o problema da concorrência fiscal

prejudicial se tem vindo a agravar no mundo globalizado em que vivemos, com a necessidade de atrair investimentos e com o intuito de fomentar o desenvolvimento de cada país em particular. Neste sentido, a tentativa de atrair grandes investimentos e grandes fortunas leva a uma enorme distorção fiscal (e da própria concorrência), pois cada Estado tenta “furtar” para si oportunidades a outros países. Esta situação afigura-se como uma questão extremamente complicada, dada a ferocidade da concorrência e as dificuldades na sua regulação e controlo, todavia, conforme refere Patrícia Anjos Azevedo<sup>179</sup> “apesar dos mais recentes progressos no tocante às políticas sobre troca de informações, entre outras, deparamo-nos ainda com dificuldades práticas e diferenças, a vários níveis, entre as diversas jurisdições. Muitas dessas diferenças são potenciadas por legislação fiscal que favorece o investimento, ao passo que outras jurisdições não conseguem acompanhar essa atração de investimento, com todas as consequências negativas associadas a tal facto”.

## VII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, José de Campos, *Algumas Medidas de Combate à Evasão Fiscal*, in Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, ISCAP, n.º 12, 2007.

AZEVEDO, Patrícia Anjos “*A tributação do rendimento na residência e na fonte – fatores de conexão à luz do direito fiscal europeu e internacional e dos princípios fundamentais de direito fiscal*” (adaptação de texto de tese de doutoramento), Novas Edições Acadêmicas, Mauritius, 2020.

AZEVEDO, Patrícia Anjos, “*Breves notas sobre o planeamento fiscal, as suas fronteiras e as medidas antiabuso*”, in *A fiscalidade como instrumento de recuperação económica* (coordenação: Sónia Monteiro, Suzana Costa e Liliana Pereira), Vida Económica, Porto, 2011.

AZEVEDO, Patrícia Anjos, “*Questões próprias da determinação da residência das pessoas coletivas na legislação portuguesa e o critério da residência nas convenções internacionais*”, *Cadernos de Direito Actual*, n.º 8, 2017. AZEVEDO, Patrícia Anjos, *Concorrência fiscal prejudicial: algumas conceptualizações acerca dos paraísos fiscais, dos regimes fiscais preferenciais e das zonas de baixa pressão fiscal*, artigo de opinião e análise elaborado em 11/08/2015, no âmbito do projeto editorial Lexit, disponível online em [www.lexit.pt](http://www.lexit.pt), de acesso condicionado a subscritores do serviço.

CAMPOS, Diogo Leite de, *Globalização e regionalização em matéria de impostos*, in *O Sistema Tributário no Estado dos cidadãos*, Coimbra, Almedina, 2006.

MARQUES, Rui; SARMENTO, Joaquim Miranda, *Offshores: Dinheiro, Verdades e Mentiras*, Revista Julgar (Associação Sindical dos Juizes Portugueses), 2017.

---

<sup>147</sup> Licenciado em Solicitadoria pela Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave e Mestre em Solicitadoria pela Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Politécnico do Porto.

<sup>148</sup> Licenciada, Mestre e Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Professora Adjunta Convidada na Escola Superior de Tecnologia em Gestão do Politécnico do Porto.

<sup>149</sup> No nosso entender, os contribuintes têm alguma liberdade de escolha, dentro da racionalidade que legalmente se permite, no sentido de conformarem as suas condutas da maneira que concretamente melhor lhes convier, com o objetivo de poupança (lícita) de despesas fiscais. Neste sentido, apenas são indesejáveis e reprováveis o planeamento fiscal *extra legem* e, também, o *contra legem*.

<sup>150</sup> Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, cf. AZEVEDO, Patrícia Anjos, “*Breves notas sobre o planeamento fiscal, as suas fronteiras e as medidas antiabuso*”, in *A fiscalidade como instrumento de recuperação económica* (coordenação: Sónia Monteiro, Suzana Costa e Liliana Pereira), Vida Económica, Porto, 2011, pp. 293-311.

<sup>151</sup> Pessoas singulares ou coletivas.

152 A finalidade do Direito Fiscal internacional é “prevenir, atenuar ou eliminar a dupla tributação internacional, uma vez que uma determinada situação jurídico-fiscal internacional, em face dos elementos de conexão adotados pelos vários Estados com os quais este se relaciona, poderá desencadear pretensões fiscais em mais do que um dos Estados, por aplicação de normas fiscais internas” –Cf. AZEVEDO, Patrícia Anjos, “A tributação do rendimento na residência e na fonte – Fatores de conexão à luz do Direito Fiscal europeu e internacional e dos princípios fundamentais de Direito Fiscal” (adaptação de texto de tese de doutoramento), Novas Edições Acadêmicas, Mauritius, 2020, p.10.

153 No presente contributo, seguimos o entendimento de Patrícia Anjos Azevedo, no sentido de que “apesar de, via de regra, os autores se referirem a “princípios” quando pretendem aludir à tributação pelo Estado da residência e pelo Estado da fonte, entendemos que não se tratam propriamente de princípios, mas antes de critérios de repartição do poder de tributar, ou seja, de fatores de conexão para efeitos de determinação das competências tributárias, tendo em vista a ligação de um determinado Estado com uma dada situação que esse Estado pretende tributar –cf. AZEVEDO, Patrícia Anjos, “A tributação do rendimento na residência e na fonte – Fatores de conexão à luz do Direito Fiscal europeu e internacional e dos princípios fundamentais de Direito Fiscal” , Op.Cit., p.5.

154 O elemento de conexão “residência” do titular dos rendimentos, suplantou, em termos gerais, o critério da nacionalidade enquanto elemento de conexão de natureza subjetiva.

155 Estes dois elementos de conexão (fonte e residência) permitem ao Estado tributar uma determinada situação que se encontre ligada a este, quer por ser o local de residência do sujeito passivo quer por os rendimentos do sujeito passivo serem aí auferidos.

156 Glossary of Tax Terms, disponível online em <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>.

157 Cf. AZEVEDO, Patrícia Anjos, “Questões próprias da determinação da residência das pessoas coletivas na legislação portuguesa e o critério da residência nas convenções internacionais” , Cadernos de Direito Actual, n.º 8, 2017, p.81.

158 Cf. AZEVEDO, Patrícia Anjos, “A tributação do rendimento na residência e na fonte – Fatores de conexão à luz do Direito Fiscal europeu e internacional e dos princípios fundamentais de Direito Fiscal” ,op. cit. p. 9.

159 Cf. *Ibid.*

160 O conceito de estabelecimento estável encontra-se plasmado no art.º 5.º do CIRC.

161 Os métodos unilaterais para evitar, eliminar ou atenuar a dupla tributação internacional são os da isenção (integral ou total), da isenção com progressividade e o método do crédito de imposto, este último também denominado por método de imputação.

162 As convenções celebradas por Portugal com o intuito de evitar a dupla tributação encontram-se consultáveis no site da AT em: [https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao\\_fiscal/convencoes\\_evitar\\_dupla\\_tributacao/convencoes\\_tabelas\\_doclib/Pages/convencoes.aspx](https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/convencoes_evitar_dupla_tributacao/convencoes_tabelas_doclib/Pages/convencoes.aspx).

163 A dupla tributação internacional materializa-se na duplicação de pretensões fiscais entre dois Estados soberanos, na medida em que ambos consideram possuir jurisdição sobre o mesmo facto tributário.

164 Disponível para consulta online em: <http://www.oecd.org/tax/taxtreaties/47213736.pdf> (em Inglês) ou no site da AT (em Português) em: [https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao\\_fiscal/convencoes\\_evitar\\_dupla\\_tributacao/convencoes\\_tabelas\\_doclib/Documents/CDT\\_Modelo\\_OCDE.pdf](https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/convencoes_evitar_dupla_tributacao/convencoes_tabelas_doclib/Documents/CDT_Modelo_OCDE.pdf).

165 Disponível para consulta online em: <http://www.oecd.org/berlin/publikationen/43324465.pdf>.

166 Cf. CAMPOS, Diogo Leite de, *Globalização e regionalização em matéria de impostos*, in O Sistema Tributário no Estado dos cidadãos, Coimbra, Almedina, 2006, p. 25.

167 Cf. LEITÃO, Luís Meneses, *Evasão e fraude fiscal internacional*, Colóquio sobre a internacionalização da economia e a fiscalidade, Centro de estudos Fiscais, Ministério das Finanças, 1993, pp. 301 a 330 (306 e ss) *apud*, AMORIM, José de Campos, *Algumas Medidas de Combate à Evasão Fiscal*, in Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, ISCAP, n.º 12, 2007, p. 23.

168 Cf. AMORIM, José de Campos, *Algumas Medidas de Combate à Evasão Fiscal*, op. cit., p. 23.

169 Cf. AZEVEDO, Patrícia Anjos, *Concorrência fiscal prejudicial: algumas conceptualizações acerca dos paraísos fiscais, dos regimes fiscais preferenciais e das zonas de baixa pressão fiscal* , artigo de opinião e análise elaborado em 11/08/2015, no âmbito do projeto editorial Lexit, disponível online em [www.lexit.pt](http://www.lexit.pt), de acesso condicionado a subscritores do serviço.

170 Relatório da OCDE de 1998 denominado “Concorrência Fiscal Prejudicial – um tema global emergente”, ou, originalmente em Inglês “*Harmful tax competition: an emerging global issue*” .

<sup>171</sup> De acordo com o aludido relatório da OCDE, os fatores-chave para identificar os paraísos fiscais são os seguintes: (i) ausência de impostos ou tributação apenas nominal, o que leva a que a jurisdição em causa se apresente como um local que poderá ser utilizado por contribuintes não residentes para escapar à tributação devida no seu país de residência; (ii) falta ou ausência de troca de informações efetiva, possibilitada por leis ou práticas administrativas; (iii) falta de transparência; (iv) prática de atividades não substanciais, ou seja, prática de atividades fictícias ou que não acrescentem valor (os chamados “*booking centres*”). Estes critérios ou fatores-chave têm como objetivo definir regras comuns aos diversos Estados e, simultaneamente, dissuadir a criação de novos paraísos fiscais ou regimes fiscais preferenciais, promovendo uma concorrência fiscal benéfica e leal entre os Estados.

<sup>172</sup> Vulgarmente denominada de “Lista Negra” e “*porventura, a mais extensa da União Europeia*” – cf. MARQUES, Rui; SARMENTO, Joaquim Miranda, *Offshores: Dinheiro, Verdades e Mentiras*, Revista Julgar (Associação Sindical dos Juizes Portugueses, 2017, p.6. A lista atualizada, pode ser consultada em <https://www.pwc.pt/pt/pwcinforfisco/guia-fiscal/2020/paraisos-fiscais.html>.

<sup>173</sup> Em cuja parte preambular se pode ler: “*Tendo em conta as dificuldades em definir «paraíso fiscal» ou «regime fiscal claramente mais favorável», o legislador nacional, na esteira das orientações seguidas por outros ordenamentos jurídico-fiscais, optou, nuns casos, por razões de segurança jurídica, pelo sistema de enumeração casuística e, noutros, por um sistema misto, estando, no entanto, ciente de que tais soluções obrigam a revisões periódicas dos países, territórios ou regiões que figuram na lista*”.

<sup>174</sup> Lei n.º 114/2007, de 29 de dezembro.

<sup>175</sup> A Portaria n.º 345-A/2016, de 30 de dezembro, tinha retirado a Ilha de Man, Jersey e o Uruguai da lista dos países, territórios e regiões com regimes de tributação privilegiada claramente mais favorável.

<sup>176</sup> Critérios a saber: (i) Inexistência de um imposto de natureza idêntica ou similar ao IRC ou, existindo, a taxa aplicável seja inferior a 60 % da taxa de imposto prevista no n.º 1 do art.º 87.º do CIRC ; (ii) As regras de determinação da matéria coletável sobre a qual incide o imposto sobre o rendimento diverjam significativamente dos padrões internacionalmente aceites ou praticados, nomeadamente pelos países da OCDE ; (iii) Existência de regimes especiais ou de benefícios fiscais, designadamente isenções, deduções ou créditos fiscais, mais favoráveis do que os estabelecidos na legislação nacional, dos quais resulte uma redução substancial da tributação ; (iv) A legislação ou a prática administrativa não permita o acesso e a troca efetiva de informações relevantes para efeitos fiscais, nomeadamente informações de natureza fiscal, contabilística, societária, bancária ou outras que identifiquem os respetivos sócios ou outras pessoas relevantes, os titulares de rendimentos, bens ou direitos e a realização de operações económicas.

<sup>177</sup> Cf. alínea a) do n.º 5 do art.º 63.º-D da LGT.

<sup>178</sup> Cf. alínea b) do n.º 5 do art.º 63.º-D da LGT.

<sup>179</sup> Cf. AZEVEDO, Patrícia Anjos, *Concorrência fiscal prejudicial: algumas conceptualizações acerca dos paraísos fiscais, dos regimes fiscais preferenciais e das zonas de baixa pressão fiscal*, op. cit.

24 JUN 2021

## Derecho Iberoamericano en análisis, 1ª ed., mayo 2021

A Importância Do Direito Fiscal Internacional

### A importância do direito fiscal internacional

MARIA HELENA PILROTO RODRIGUES<sup>180</sup>

PATRICIA ANJOS AZEVEDO<sup>181</sup>

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO; II. A DUPLA TRIBUTAÇÃO ECONÓMICA E A DIRETIVA SOCIEDADES-MÃE/SOCIEDADES AFILIADAS; III. A DUPLA TRIBUTAÇÃO JURÍDICA E O MODELO DE CONVENÇÃO DA OCDE SOBRE O RENDIMENTO E O CAPITAL; IV. AS CONVENÇÕES DA OCDE E OS ACORDOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA; V. CONSIDERAÇÕES FINAIS. VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

#### . INTRODUÇÃO

Podemos definir a soberania fiscal como o poder de estabelecer um sistema fiscal autónomo dos restantes sistemas fiscais, sendo o eventual concurso positivo de duas ou mais soberanias fiscais um fator potenciador de situações de dupla (ou múltipla) tributação. Quando uma dada situação jurídico-fiscal se encontra em conexão com mais do que uma ordem jurídica, gera-se um conflito positivo de tributação e dele pode resultar uma duplicação do imposto, podendo ainda gerar-se um conflito negativo de tributação quando nenhuma jurisdição se considera competente para tributar, dando lugar a uma situação de dupla não tributação, sendo nalguns casos provocada pelos próprios Estados que, com a finalidade de atrair pessoas e/ou capitais para os seus territórios, procuram através das suas legislações fiscais atrair mais investimento estrangeiro.

O objetivo do direito fiscal internacional<sup>182</sup> é, precisamente, o de prevenir, atenuar ou eliminar a dupla tributação internacional, uma vez que uma determinada situação jurídico-fiscal internacional, em face dos elementos de conexão adotados pelos vários Estados com os quais este se relaciona, poderá desencadear pretensões fiscais em mais do que um dos Estados, por aplicação de normas fiscais internas.

#### I. A DUPLA TRIBUTAÇÃO ECONÓMICA E A DIRETIVA SOCIEDADES-MÃE/SOCIEDADES AFILIADAS

A dupla tributação económica (DTE) verifica-se quando o mesmo rendimento é tributado no âmbito de dois sujeitos passivos diferentes, como são exemplo os dividendos ou da distribuição de lucros aos sócios. Note-se que os dividendos/lucros são objeto de tributação na empresa que os gerou, pelo que são produto do resultado líquido da entidade, voltando a ser tributados como rendimentos dos próprios sócios ou acionistas. Este fenómeno pode-se verificar ao nível nacional, mas também internacional, quando se verifica que a empresa distribuidora de dividendos/lucros e o respetivo sócio/acionista são sujeitos passivos de imposto no mesmo Estado ou em Estados diferentes. As convenções para evitar a dupla tributação (CDT) apenas são utilizadas quando se verificarem situações de dupla tributação jurídica (DTJ) internacional e não para os casos de DTE internacional. Coloca-se, aqui, primeiramente, a questão de ser necessário eliminar (ou pelo menos atenuar) este fenómeno



de dupla tributação (DT).

A título de exemplo, veja-se o art.º 51.º do Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas português (CIRC), sobre o regime da *participation exemption* (eliminação da DTE de lucros e reservas distribuídos), que determina que os lucros e reservas distribuídos a sujeitos passivos de Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC) com sede ou direção efetiva em território português não concorrem para a determinação do lucro tributável, desde que se verifiquem cumulativamente os requisitos previstos nas diversas alíneas do seu n.º 1.

Além disso, e quando uma empresa com sede em território português recebe dividendos originários de participações financeiras em empresas com sede em qualquer outro estado membro (EM) da União Europeia (EU), também será aplicado o disposto no n.º 1 do art.º 51.º do CIRC, por força do n.º 5 do mesmo artigo. Esta disposição legal vai ao encontro do regime previsto na Diretiva n.º 90/435/CEE, alterada pela Diretiva n.º 2003/123/CEE, conhecida pela diretiva das sociedades-mãe e sociedades afiliadas. Nesta diretiva o objetivomais importante é o de isentar de impostos com retenção na fonte os dividendos e outro tipo de distribuição de lucros pagos pelas sociedades afiliadas às respetivas sociedades-mãe, bem como suprimir a dupla tributação deste rendimento ao nível da sociedade-mãe. Pode, enfim, dizer-se que esta Diretiva das sociedades-mãe e sociedades afiliadas se afigura em mais um passo na possível tentativa de harmonização fiscal no âmbito da tributação direta.

Destarte, com esta Diretiva, produziu-se uma estrutura fiscal aplicável aos lucros distribuídos entre sociedades mães/afiliadas de diferentes EM, com a finalidade de evitar a existência de limitações e desvantagens de natureza fiscal aos grupos de sociedades de âmbito europeu, relativamente às situações de grupos que integrem sociedades de apenas um EM, potenciando a existência de grupos internacionais de sociedades no âmbito da UE.

## **II. A DUPLA TRIBUTAÇÃO JURÍDICA E O MODELO DE CONVENÇÃO DA OCDE SOBRE O RENDIMENTO E O CAPITAL**

Por seu turno, e quanto à DTJ, esta pode ocorrer quando uma entidade se internacionaliza (criando uma subsidiária ou um Estabelecimento Estável<sup>183</sup>), podendo então verificar-se na hipótese quando o lucro de origem de outro Estado seja tributado mais do que uma vez. Ora, neste caso, o rendimento é sujeito a tributação na situação em que é liquidado ou colocado à disposição, através da retenção na fonte, e depois quando é declarado como rendimento, por parte do beneficiário. Esta situação advém do facto de os Estados terem o direito de tributar os rendimentos obtidos no seu território (critério da fonte de obtenção dos rendimentos, conforme explicitaremos mais adiante) e, também, os rendimentos de base mundial auferidos pelos seus residentes (critério da residência do contribuinte). Nas palavras de Alberto Xavier<sup>184</sup>, *“tal sucede porquanto o país de origem dos capitais investidos, aquando da percepção dos rendimentos por parte da entidade que efetuou a aplicação de capitais, tributa esses rendimentos (por razões de equidade interna) e o país onde eles são gerados, também os tributa, pois que também lhe assiste o direito de o fazer”*.

O método adotado entre jurisdições para evitar situações de DT (método bilateral ou multilateral) foi a celebração de convenções internacionais destinadas a evitar a DT dos rendimentos. Tais convenções estabelecem algumas regras sobre a detenção dos poderes de soberania tributária, sendo que também estabelecem normas destinadas a evitar ou eliminar a DT. Destaque-se, nesta matéria, que existem dois métodos comumente utilizados para evitar ou eliminar a DT, e que se encontram previstos no modelo de convenção da OCDE sobre o rendimento e o capital<sup>185</sup> (aliás, modelo no qual se baseiam a generalidade das convenções celebradas entre os Estados), a saber: o método da isenção e o método de imputação (também chamado de método do crédito de imposto).

Destarte, e quando o Estado da residência usa o método da isenção, renuncia o direito a tributar os rendimentos que foram tributados noutra Estado em função da capacidade



tributária atribuída pelas disposições da Convenção. Pode-se aplicar de duas formas o método, pela isenção integral ou pela isenção com progressividade. Quanto ao método da isenção integral, o Estado da residência desconhece o valor do imposto liquidado noutro Estado, procedendo ao cálculo do imposto como se o mesmo não fizesse parte do rendimento tributável do sujeito passivo. E relação ao método da isenção com progressividade, aqui os rendimentos do sujeito passivo no outro Estado são também contabilizados, mas só para fins de cálculo da taxa a que o rendimento tributável restante fica sujeito.

Alerte-se para o facto de que, no modelo de convenção da OCDE, optou pela isenção com progressividade, uma vez que no método da isenção integral possibilita, em alguns casos, que o valor do imposto recebido pelo Estado da residência seja superior ao valor recebido pelo Estado da fonte dos rendimentos, gerando assim uma situação que poderia ser “explorada” e “aproveitada” (muitas vezes, com fins abusivos) pelos contribuintes. Um outro método possível seria o método de imputação integral, que mantém o poder de um dado Estado tributar a totalidade do rendimento do sujeito passivo, concedendo uma dedução pelos valores liquidados no Estado da fonte. Entre os dois métodos existe uma diferença considerável, sendo que, no método de imputação, o Estado da residência nunca tem de atribuir uma dedução superior ao valor do imposto justo no Estado da fonte. Já no que toca ao método de imputação integral, este subdivide-se em dois prováveis regimes: o da imputação integral e o da imputação normal. No primeiro caso consiste na dedução da totalidade do valor liquidado como imposto no Estado da fonte. Já no segundo caso possibilita que esta mesma dedução do montante liquidado, mas sujeita-o a um limite, isto é, o montante do imposto devido é calculado de acordo com as taxas do país que atribui essa dedução, calculando-se o montante do imposto devido para o rendimento tributável no Estado da fonte nos dois países em questão, sendo a dedução concedida pelo menor dos dois.

## **V. AS CONVENÇÕES DA OCDE E OS ACORDOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA**

Ao nível da OCDE<sup>186</sup>, e no contexto do Direito Fiscal Internacional, destaque-se o relatório “Concorrência Fiscal Prejudicial: Um problema emergente e global”<sup>187</sup> (tradução nossa), onde se efetua uma análise sobre a concorrência fiscal prejudicial e se recomendam medidas a tomar contra os paraísos fiscais. Mais concretamente, em abril de 1998 o Conselho da OCDE aprovou o aludido relatório<sup>188</sup> e emitiu uma Recomendação aos Governos dos EM onde constam recomendações específicas e Princípios Diretores para lidar com as práticas fiscais prejudiciais<sup>189</sup>. Este relatório, além de focar os regimes fiscais preferenciais, inclui também a temática dos “paraísos fiscais” e a troca de informações em matéria fiscal. No fundo, este relatório trata dos paraísos fiscais e dos regimes fiscais preferenciais, realidades que levantam diversos problemas, designadamente a concorrência fiscal prejudicial.

Mais tarde, em junho de 2000, a OCDE divulgou um outro relatório, denominado por: “Rumo a uma Cooperação Tributária Global – Progresso na Identificação e Eliminação de Práticas Tributárias Prejudiciais”<sup>190</sup> (tradução nossa), que contém duas listas, uma de paraísos fiscais e outra de regimes fiscais preferenciais, o que foi estabelecido em conformidade com os critérios definidos em 1998, no âmbito do relatório sobre a Concorrência Fiscal Prejudicial. Mais tarde, em 2004, apenas cinco Estados continuavam na lista de “paraísos fiscais não cooperantes”, a saber: Andorra, Liechtenstein, Libéria, Mónaco e Ilhas Marshall, já que os restantes se foram comprometendo a implementar padrões de transparência e de troca de informações, ao abrigo das boas práticas internacionais. Sobre este tema, muito haveria para referir, mas abstermo-nos de mais considerações, por não se encontrarem diretamente relacionadas com o objeto deste nosso estudo.

Quanto à troca de informações, esta encontra-se consagrada em diferentes instrumentos de cooperação internacional, que podem ser bilaterais ou multilaterais. No que respeita às trocas de informações tuteladas em instrumentos bilaterais, temos as convenções modelo da OCDE, a convenção modelo das Nações Unidas, bem como a convenção do modelo Norte

Americana. As convenções modelo da OCDE têm como objetivo desenvolver a cooperação internacional para que se verifique uma aplicação mais eficiente das legislações fiscais nacionais. Os modelos possíveis têm como objetivo conciliar a necessidade da assistência internacional com vista ao apuramento e à cobrança de impostos, com o respeito pelas características próprias dos sistemas jurídicos, bem como com a necessidade de confidencialidade das informações trocadas entre autoridades nacionais e com os direitos fundamentais dos contribuintes. Com este intuito, são elaborados modelos de convenções com carácter geral e multilateral, ou seja, abrangendo diversas modalidades de assistência e de cooperação, e cobrindo um vasto leque de impostos, enquanto possibilitam que a cooperação internacional entre vários Estados, de uma forma célere e eficaz, uma vez que conduzem à aplicação e interpretação uniforme das disposições nelas contidas<sup>191</sup>.

Deste modo, surgiram as primeiras CDT e, mais tarde, em 2002, a convenção modelo para trocas de informação em matéria tributária. O primeiro dos modelos de CDT surgiu em 1963, constituindo um modelo a ser seguido nos tratados bilaterais cuja finalidade era evitar a DT do rendimento e do capital<sup>192</sup>. Mais concretamente, pretendemos destacar que, inicialmente, o art.º 26.º da convenção modelo OCDE consagrava a troca de informações entre as autoridades fiscais dos Estados contratantes, única e exclusivamente na modalidade de troca de informações a pedido. Esta troca apresentava um carácter supletivo, ou seja, o Estado requerente tinha de esgotar primeiro todas as fontes internas à sua disposição. Este artigo estabelecia ainda uma cláusula de confidencialidade no que respeitava às informações trocadas, que apenas podiam ser comunicadas às entidades competentes (isto é, entidades que tinham a seu cargo a liquidação ou cobrança de impostos). Também se previa neste artigo alguns limites a esta troca de informações, a saber: (i) nenhum Estado poderia ser obrigado a fornecer informações cuja obtenção violasse a sua legislação ou prática administrativa; (ii) ou que violasse a legislação ou prática administrativa do Estado requerente; (iii) e, por último, nenhum Estado poderia ser obrigado a transmitir informações reveladoras de segredos comerciais, industriais ou profissionais ou que sejam contrárias à ordem pública<sup>193</sup>.

Essa versão foi revista e substituída em 1977, tendo-se –entre outras situações– alterado e alargado o âmbito das trocas de informações. Assim, no mesmo art.º 26.º da convenção modelo da OCDE, passam a ser possíveis trocas de informações relativas a não-residentes de ambos os Estados signatários, passando ainda a encontrar-se previstas outras modalidades de trocas de informações. Ora, e para além das trocas a pedido, consagram-se as trocas de informações automáticas e espontâneas. No que respeita à confidencialidade, estatui-se que a informação recebida por um Estado contratante será considerada sigilosa, nos mesmos moldes das informações obtidas através da legislação nacional. No que respeita às entidades competentes para a comunicação da informação objeto de troca, é alargado o respetivo âmbito, ou seja, deixa de ser possível comunicar apenas às entidades que tinham a seu cargo a liquidação ou cobrança de impostos, passando também a ser possível a comunicação às entidades responsáveis pelo exercício da ação criminal ou entidades administrativas responsáveis pela decisão de recursos respeitantes aos impostos visados pela convenção. Estas informações passam a ter um carácter público, na medida em que podem ser utilizadas em audiências públicas e em decisões judiciais<sup>194</sup>. Atualmente encontra-se em vigor o modelo introduzido em 2002, pela última vez alterado em 2017.

Para além dos modelos da OCDE, existem outros modelos que servem de base a convenções que pretendem evitar a DTI e, ao mesmo tempo, combater a fraude e a evasão fiscais. Assim, temos por exemplo o modelo das Nações Unidas<sup>195</sup> que, no que respeita à troca de informações, se distingue do modelo da OCDE de 1992, por referir expressamente que a troca de informações tem como objetivo específico o combate à fraude e à evasão fiscais, e que devem as autoridades competentes, mediante consulta, desenvolver e regular as condições e metodologias que devem ser seguidas no que toca a assuntos objeto de troca de informações, devendo, sempre que necessário e apropriado, incluir trocas de informações relativas à evasão fiscal.

Por seu turno, existe ainda o modelo norte-americano, que foi desenvolvido pelas autoridades norte-americanas e que é utilizado nas relações bilaterais deste país com outros Estados<sup>196</sup>. Este modelo, no seu artigo respeitante à troca de informações, tem por base a convenção modelo da OCDE de 1992, tendo sido introduzidas, no entanto, algumas alterações, sendo que se estatui que o Estado requerido deve usar da mesma diligência que usaria se se tratasse de um caso respeitante aos seus próprios impostos. Quando solicitada, a autoridade requerida deverá enviar ao Estado requerente documentos que possam ser utilizados como prova nos processos que estejam a correr no Estado requerido. Ademais, aqui, a troca de informações é extensível a qualquer dos impostos que integrem o sistema fiscal do Estado contratante e não apenas aos impostos cobertos pela Convenção<sup>197</sup>.

Quanto às convenções multilaterais, como é o caso da Convenção do Conselho da Europa/OCDE, que respeita à assistência mútua administrativa em matéria fiscal, estabeleceu-se a cooperação referente a diversas matérias, ao prever-se trocas de informações, não só nos modelos tradicionais, mas também através de fiscalizações fiscais simultâneas, fiscalizações fiscais no estrangeiro, bem como assistência à cobrança e à notificação de documentos<sup>198</sup>. Como exemplo de instrumentos multilaterais, temos ainda as Diretivas da UE. Destaquemos, neste âmbito, a Diretiva n.º 2011/16/UE, 15 de fevereiro, relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade e que revogou a Diretiva n.º 77/799/CEE, que estabelecia o regime da assistência mútua e da cooperação administrativa entre os EM. Mais concretamente, esta diretiva tem como fim o reforço da cooperação entre as administrações fiscais dos EM, para que se coloque um travão à fraude e à evasão fiscais. Ainda no plano da UE, destaque-se a Diretiva n.º 2003/48/CE, de 3 de junho, relativa à tributação dos rendimentos da poupança sob a forma de juros, bem como a Diretiva n.º 77/388/CEE, de 17 de maio, relativa à harmonização das legislações dos EM respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios e sistema comum do IVA.

Neste seguimento, e tal como temos vindo a esclarecer, a OCDE, desde há várias décadas, tem sido um importante motor na luta contra os paraísos fiscais e regimes fiscais preferenciais, criando elevados padrões de transparência e troca de informações em matéria fiscal e incentivando os diferentes Estados a adotarem esses mesmos padrões. O recrudescer da celebração de acordos bilaterais relativos às trocas de informação por parte dos EM e Estados não-membros da OCDE criou uma verdadeira teia normativa em redor das mesmas. Este facto conduz-nos ao multilateralismo em detrimento do bilateralismo, a qual se reflete nos ensinamentos de Maria Esther Sanchez López<sup>199</sup>, quando refere que, apesar de as CDT constituírem uma manifestação do direito internacional clássico, tendo-se consolidado como a norma por excelência em matéria de direito internacional, existe no entanto a necessidade de evolução do ordenamento jurídico internacional, por forma a adaptar-se às novas realidades económicas, jurídicas e políticas.

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Tendo em conta que as trocas de informação entre os Estados têm vindo a assumir uma crescente importância, para não dizer um papel chave, na luta contra a evasão fiscal e na prossecução do patamar do “*level playing field*” (campo de jogo nivelado) e considerando que as palavras de ordem a nível económico e fiscal são “eficácia, eficiência e poupança,” justificar-se-ia a criação de um organismo internacional, provavelmente sob a égide da OCDE, em que os países aderentes tivessem acesso a uma panóplia de informações fiscais de outros países membros, ou seja, teríamos aqui o resultado da harmonização dos diferentes instrumentos jurídicos que hoje existem.

Ao nível interno, os Estados aumentariam a eficiência das suas “máquinas fiscais”, o que resultaria num incremento da receita arrecadada, uma vez que a melhoria da cooperação internacional, através de uma maior eficácia e celeridade nas trocas de informação, permitiria mais e melhores resultados no combate à evasão fiscal. O aumento da receita por via da eficiência fiscal poderia permitir a redução da carga fiscal sobre os contribuintes, quer

peças singulares, quer peças coletivas, o que, por sua vez, estimularia a economia, uma vez que, com uma carga fiscal mais reduzida, quer empresas quer particulares poderiam afetar uma fatia maior do seu lucro e rendimento em investimento, consumo e poupança. Ora, se a tributação for mais baixa, a competitividade será maior e a possibilidade de investir e aumentar os lucros também será maior.

O estudo da história dos tratados mostra-se útil na medida em que permite o conhecimento dos contextos nos quais se desenvolveram muitos dos princípios e institutos de direito internacional atualmente vigentes nas relações internacionais. A compreensão das origens históricas dos institutos referentes às relações internacionais, especialmente em matéria de Tratados, permite uma atuação jurídica mais consciente e precisa, pois, fornece experiências positivas e negativas que demonstram o caminho no qual se deve atuar para a constante evolução deste ramo do Direito, estando nisso sua grande importância.

## **7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- AMÓROS, Miguel Cruz, El Intercambio De Información y El Fraude Fiscal, Nuevas Tendencias En Economía y Fiscalidad Internacional, Septiembre-Octubre 2005, n.º 825, ICE.
- ANJOS AZEVEDO, Patrícia, A tributação do rendimento na residência e na fonte: Fatores de Conexão à luz do Direito Fiscal europeu e internacional e dos princípios fundamentais de Direito Fiscal. Novas Edições Acadêmicas, 2020.
- ANJOS AZEVEDO, Patrícia, “A relação entre o direito fiscal interno, o direito fiscal da União Europeia e o direito fiscal internacional num contexto iberoamericano”, in Estudios de Derecho Iberoamericano – Vol. I, Dykinson, 2019, pp. 206-216.
- ANJOS AZEVEDO, Patrícia, “A dupla tributação internacional: questões levantadas e métodos para a evitar”. Cadernos de Derecho Actual (6), 2017, pp 31-65.
- ANTÓN, Fernando Serrano, Los Principios Básicos De La Fiscalidad Internacional y Los Convenios Para Evitar La Doble Imposición Internacional: Historia, Tipos, Fines, Estructura Y Aplicación, Fiscalidad Internacional Monografías, Antón, Fernando Serrano, Ediciones CEF, 3ª Edición.
- DIAS, Pedro, A Troca de Informações Entre Estados. Tentações e Parametrização, Fiscalidade Revista De Direito E Gestão Fiscal, N.º 2, abril 2000.
- ESQUIVIAS, Maria Dolores Bustamante, Intercambio de Información Internacional, Manual de Fiscalidad Internacional, Volume II, Dirección: Teodoro Cordón Ezquerdo, 3º Edición, IEF, 2007.
- LOPÉZ, Maria Esther Sanchez, El intercambio de información tributaria entre Estados, Biblioteca Básica de práctica Procesal, 646, Bosh, 2011.
- MESQUITA, Maria Margarida Cordeiro, Troca de Informações e Cooperação Fiscal Internacional, Colóquio A Internacionalização da Economia e a Fiscalidade, Centro de Estudos Fiscais, 1993.
- OECD, Harmful tax competition: an emerging global issue. Paris: OECD, 1998.
- OECD, Towards global tax co-operation – progress in identifying and eliminating harmful tax practices. Paris: OECD, 2000.
- XAVIER, Alberto, Direito tributário internacional, 2011.
-

- <sup>180</sup> Mestre em Gestão de Empresas pelo Instituto Unisersitário da Maia no Porto, Portugal. Contabilista Certificada pela Ordem dos Contabilistas Certificados no Porto, Portugal.
- <sup>181</sup> Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal. Professora Adjunta Convidada na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Politécnico do Porto, Portugal.
- <sup>182</sup> Para maiores desenvolvimentos, cfr., entre outros contributos doutrinários: ANJOS AZEVEDO, Patrícia, A tributação do rendimento na residência e na fonte: Fatores de Conexão à luz do Direito Fiscal europeu e internacional e dos princípios fundamentais de Direito Fiscal. Novas Edições Acadêmicas, 2020; ANJOS AZEVEDO, Patrícia, “A relação entre o direito fiscal interno, o direito fiscal da União Europeia e o direito fiscal internacional num contexto iberoamericano”, in Estudios de Derecho Iberoamericano – Vol. I, Dykinson, 2019, pp. 206-216; ANJOS AZEVEDO, Patrícia, “A dupla tributação internacional: questões levantadas e métodos para a evitar”. Cadernos de Direito Atual (6), 2017, pp. 31-65.
- <sup>183</sup> O conceito de Estabelecimento Estável (EE) encontra-se previsto no art.º 5.º do CIRC, como qualquer instalação fixa através da qual seja exercida uma atividade de natureza comercial, industrial ou agrícola.
- <sup>184</sup> Cfr. XAVIER, Alberto, Direito tributário internacional, 2011, p.744.
- <sup>185</sup> Cujas últimas alterações ocorreram em 2017 – <http://www.oecd.org/ctp/treaties/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-20745419.htm>;  
[https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017\\_mtc\\_cond-2017-en#page13](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en#page13).
- <sup>186</sup> OCDE: Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico.
- <sup>187</sup> Disponível online em: [https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/harmful-tax-competition\\_9789264162945-en](https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/harmful-tax-competition_9789264162945-en).
- <sup>188</sup> OECD, Harmful tax competition: an emerging global issue. Paris: OECD, 1998.
- <sup>189</sup> De notar que, no Conselho da OCDE de 9 de abril de 1998, a Suíça e o Luxemburgo abstiveram-se de aprovar o relatório e de adotar a Recomendação.
- <sup>190</sup> OECD, Towards global tax co-operation – progress in identifying and eliminating harmful tax practices. Paris: OECD, 2000.
- <sup>191</sup> ESQUIVIAS, Maria Dolores Bustamante, Intercambio de Información Internacional, Manual de Fiscalidad Internacional, Volume II, Dirección: Teodoro Cordón Ezquerdo, 3º Edición, IEF, 2007, p. 1213.
- <sup>192</sup> Cfr. DIAS, Pedro, A Troca de Informações Entre Estados. Tentações e Parametrização, Fiscalidade Revista De Direito E Gestão Fiscal, N.º 2, abril 2000, p. 779. No mesmo sentido, ESQUIVIAS, Maria Dolores Bustamante, Intercambio de Información Internacional, Manual de Fiscalidad Internacional, Volume II, Dirección: Teodoro Cordón Ezquerdo, 3º Edición, IEF, 2007, p. 1214.
- <sup>193</sup> Neste sentido, cfr. ESQUIVIAS, Maria Dolores Bustamante, Intercambio de Información Internacional, Manual de Fiscalidad Internacional, Volume II, Dirección: Teodoro Cordón Ezquerdo, 3º Edición, IEF, 2007, p. 1212.
- <sup>194</sup> DIAS, Pedro, A Troca de Informações Entre Estados. Tentações e Parametrização., Fiscalidade Revista De Direito E Gestão Fiscal, N.º 2, abril 2000, p.83.
- <sup>195</sup> MESQUITA, Maria Margarida Cordeiro, Troca de Informações e Cooperação Fiscal Internacional, Colóquio A Internacionalização da Economia e a Fiscalidade, Centro de Estudos Fiscais, 1993, p. 343.
- <sup>196</sup> Cfr. MESQUITA, Maria Margarida Cordeiro, Troca de Informações e Cooperação Fiscal Internacional, Colóquio A Internacionalização da Economia e a Fiscalidade, Centro de Estudos Fiscais, 1993, p. 340.
- <sup>197</sup> ANTÓN, Fernando Serrano, Los Principios Básicos De La Fiscalidad Internacional y Los Convenios Para Evitar La Doble Imposición Internacional: Historia, Tipos, Fines, Estructura Y Aplicación, Fiscalidad Internacional Monografías, Antón, Fernando Serrano, Ediciones CEF, 3ª Edición, p. 254.
- <sup>198</sup> AMÓROS, Miguel Cruz, El Intercambio De Información y El Fraude Fiscal, Nuevas Tendencias En Economía y Fiscalidad Internacional, Septiembre- Octubre 2005, n.º 825, ICE, p. 182.
- <sup>199</sup> LOPÉZ, Maria Esther Sanchez, El intercambio de información tributaria entre Estados, Biblioteca Básica de práctica Procesal,646, Bosh, 2011, p.69.

No copyright found.



24 JUN 2021

## **Derecho Iberoamericano en análisis, 1ª ed., mayo 2021**

A Gestação De Substituição E A Determinação Da Filiação Segundo O Ordenamento Jurídico Português

### **A gestação de substituição e a determinação da filiação segundo o ordenamento jurídico português**

CÂNDIDA CARVALHO<sup>200</sup>

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO; II. A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO EM PORTUGAL – BREVE ENQUADRAMENTO; III. DETERMINAÇÃO DA FILIAÇÃO NO ÂMBITO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO; IV. CONCLUSÕES; V. BIBLIOGRAFIA

#### **. INTRODUÇÃO**

A gestação de substituição permite que um casal, numa determinada situação de saúde que os impossibilita de engravidar naturalmente, recorra a um terceiro, no caso a gestante, para que esta possa suportar a gravidez por conta deles e, para que no final, lhes entregue o recém-nascido. Trata-se de um processo complexo que passa por diversas fases e deve cumprir com todos os requisitos legais para que seja considerado válido, como veremos mais adiante. Ressalva-se o facto do ordenamento jurídico português exigir que, pelo menos, um dos membros do casal beneficiário tenha ligação genética com a criança e que a gestante não possa ser, simultaneamente, dadora de ovócitos no mesmo processo. Desta forma, é garantido a ligação genética apenas com o casal beneficiário e a função da gestante cinge-se em gerar a criança durante o período normal da gravidez e a entregá-la após o seu nascimento.

Numa situação ideal, as partes cumprem as suas obrigações, contudo, nem sempre o processo de gestação de substituição corre como inicialmente previsto e acordado. Existem diversos relatos de situações que a gestante se arrepende e, após o nascimento da criança, recusa-se a entregá-la ao casal beneficiário, manifestando a sua vontade em assumir a maternidade e as responsabilidades parentais naturais do estatuto de mãe. Um dos casos mais famosos nos Estados Unidos da América, que chamamos à colação, é o do Baby M<sup>201</sup>, devido à sua complexidade e às controvérsias jurisprudenciais que produziu. A história resume-se a um casal, William e Elizabeth, que contratou uma gestante para que esta gerasse um filho com o sêmen do membro masculino do casal beneficiário e, no final da gravidez, entregasse a criança ao casal, ao mesmo tempo que renunciava o estatuto de bem e quaisquer direitos e deveres inerentes a esse estatuto. Elizabeth não era infértil mas foi-lhe diagnosticado esclerose múltipla, o que criava riscos elevados em caso de gravidez. Após o nascimento da criança, a gestante, juntamente com o seu marido, recusou-se a entregar a criança, ou seja, estas duas pessoas pretendiam que a filiação da criança fosse decretada a favor deles e que fossem eles a assumir o papel de mãe e pai daquela criança, mesmo não tendo relação genética. Perante esta situação, William, o pai biológico da criança, recorreu ao tribunal a fim de reivindicar os seus direitos e requerer a execução específica do contrato.

Na primeira instância, o tribunal decretou a execução do contrato, afirmando que o contrato de gestação de substituição encontrava fundamento no direito à reprodução que, por sua vez, advém do direito à privacidade e que se traduz no impedimento do Estado Norte-Americano intervir na esfera da vida privada dos cidadãos enquanto estes atuarem nos limites da

licitude e, uma vez que o contrato de gestação é lícito, competia às partes a obrigação de cumprir aquilo que voluntária e livremente se obrigaram<sup>202</sup>. O tribunal fez ainda uma reflexão, no âmbito do princípio do superior interesse da criança, sobre a capacidade de ambos os casais para cuidar da mesma, atestando que o casal beneficiário eram pessoas bem-formadas, educadas, com uma relação estável, com posses e que certamente ofereciam um lar adequado às necessidades do filho; ao contrário da gestante e do seu marido que era considerados um casal problemático, inculto e com um historial de separações e graves problemas financeiros. Por fim, o tribunal de primeira instância acabou por reconhecer a força vinculativa do contrato, ordenando que a gestante entregasse a criança ao casal beneficiários, declarando a adoção da criança a favor de Elizabeth e negando o direito de visita da gestante, do seu marido e dos pais de ambos.

Insatisfeitos com esta decisão, a gestante e o seu marido recorreram e, em sede de recurso, o Supremo Tribunal de Nova Jersey invalidou o contrato de gestação de substituição por entender que se encontravam violados os princípios da ordem pública e a lei do Estado Norte-Americano. Esclarecendo que, a criança deve ser educada pelos pais naturais que, no caso, estavam a abdicar dos seus direitos; que a gestante não podia renunciar os direitos naturais da maternidade, por não ser permitido por lei, sendo essa situação possível apenas quando a mãe não apresente condições de cuidar da criança, a abandone ou não cumpra com os seus deveres. O Supremo decide decretar a maternidade a favor da gestante e a paternidade a favor de William, o pai biológico e membro masculino do casal beneficiário.

Depois de fixada a maternidade e a paternidade da criança, por serem pessoas separadas, foi determinado a quem caberiam as responsabilidades parentais, sendo decretada a favor do pai biológico, tendo em conta o critério do superior interesse da criança e à gestante foram reconhecidos direitos de visita.

Partimos do conhecido caso *Baby M* para exemplificar o que é possível acontecer em Portugal, no âmbito da determinação da filiação, perante uma situação de arrependimento da gestante de substituição, observando o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018<sup>203</sup> e n.º 465/2019<sup>204</sup> e da lei portuguesa. A partir deste caso verídico analisamos as consequências para os diversos intervenientes no processo de gestação de substituição, procurando apresentar a solução que mais satisfaz o princípio do superior interesse da criança, os interesses e os direitos das partes.

## **I. A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO EM PORTUGAL – BREVE ENQUADRAMENTO**

A lei da gestação de substituição entrou em vigor em Portugal no dia um de setembro de 2016, através da promulgação presidencial que resultou na publicação da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, em matéria de acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alterada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro e pela Lei n.º 17/2016, de 20 de junho<sup>205</sup>.

Atendendo ao artigo 8.º da Lei 32/2006, de 26 de julho entende-se por gestação de substituição qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade. A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é permitido a título excepcional, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impossibilite de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem. Acrescentase que este negócio é de natureza gratuita, no sentido em que a gestante não pode receber qualquer contrapartida para participar no processo, é proibido o pagamento ou a doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição pela gestação da criança, exceto o valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transportes, desde que devidamente tituladas em documento próprio.

A gestação de substituição só pode ser autorizada através de uma técnica de procriação

medicamente assistida com recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante, conforme atesta o n.º 3, do artigo 8.º da referida lei. Isto porque o legislador português pretende afastar a ligação genética entre a criança e a gestante, desta forma, a criança terá garantidamente ligação biológica com o casal beneficiário ou com uma das partes, sendo necessário recorrer a dador de gametas.

No que toca à validade e eficácia do consentimento das partes, ao regime dos negócios jurídicos de gestação de substituição e dos direitos e deveres das partes, aplica-se o disposto no artigo 14.º com as devidas alterações, conforme o n.º8 da LPMA. O que significa que os beneficiários e a gestante devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável. Tal implica que as partes devem ser previamente informados, por escrito, de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de procriação medicamente assistida, do significado da influencia da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas. O consentimento das partes é livremente revogável até ao início dos processos terapêuticos de procriação medicamente assistida.

A celebração de negócios jurídicos de estação de substituição é feita através de contrato escrito, estabelecido entre as partes, supervisionado pelo CNPMA. Este contrato não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdades e dignidade. Caso o contrato não respeite todas estas exigências são decretados nulos, conforme o n.º 4, 10, 11 e 12 do artigo 8.º da Lei da Procriação Medicamente Assistida.

Com base no referido artigo 8.º, um grupo de trinta Deputados dirigiu-se ao Tribunal Constitucional requerendo a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral desse mesmo artigo, por violação do princípio da dignidade da pessoa humana, do dever do Estado de proteção da infância, do princípio da igualdade e do princípio da proporcionalidade<sup>206</sup>. No seguimento, o Tribunal Constitucional proferiu o Acórdão n.º 225/2018, que declarou a inconstitucionalidade de alguns dos números do artigo 8.º, incluindo o n.º7 que decretava a filiação da criança que viesse a nascer a favor do casal beneficiário e do n.º8 que não permitia a gestante arrepender-se a todo o tempo<sup>207</sup>.

## **II. DETERMINAÇÃO DA FILIAÇÃO NO ÂMBITO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO**

No âmbito da gestação de substituição, quando autorizada e tendo em conta o n.º7, do artigo 8.º da Lei da Procriação Medicamente Assistida –entretanto decretado inconstitucional– a maternidade jurídica caberia à mulher que não podia naturalmente gerar a criança, ou seja, a beneficiária do processo de gestação de substituição. Atendendo a esta situação, depreendemos que as regras gerais presentes no Código Civil português relativamente ao estabelecimento da filiação eram afastadas, pois, caso contrário e aplicando o artigo 1796.º do Código Civil, a maternidade caberia à gestante que foi aquela que teve o parto, isto é, quem deu à luz a criança, e a beneficiária, em princípio, só poderia ocupar o estatuto de mãe através da adoção, por acordo com a gestante, sendo certo que teria de ultrapassar as normas que tendem a afastar a adoção consensual, uma vez que este meio permite contornar a lista nacional de candidatos a adotantes e a dos adotados<sup>208</sup>.

Quando a gestação de substituição ainda não era aceite no ordenamento jurídico português, o artigo 8.º da primeira versão da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho decretava a nulidade dos negócios jurídicos de gestação de substituição e estabelecia que a mulher que suportasse a gravidez era considerada a mãe da criança que viesse a nascer. Nessa altura, Carlos Pamplona Corte-Real considerava esta solução legal infeliz porque a nulidade atribuída ao contrato de gestação de substituição, não resolvia a situação fática que podia sobrevir, designadamente, quem deveria ser a mãe e o pai da criança que nasceu<sup>209</sup>, acrescentava que, a gestante poderia ou não ser casada ou viver em união de facto, o que poderia tornar a situação mais complexa ainda, face a uma eventual presunção de paternidade<sup>210</sup>.

Em bom rigor, o artigo 1796.º do Código Civil estabelece que a maternidade resulta do facto do nascimento e que a paternidade presume-se em relação ao marido da mãe; e, o artigo 1826.º do Código Civil decreta que presume-se que o filho nascido ou concebido na constância do matrimónio da mãe tem como pai o marido da mãe. Um facto incontestável do processo de gestação de substituição é o da criança poder vir a nascer na constância do matrimónio da gestante, caso esta seja efetivamente casada; neste caso, parece-nos que, para o efeitos do artigo 1826.º do Código Civil, esta circunstância bastaria para que fosse presumida a paternidade do marido da gestante, caso esta se arrependesse e se recusasse a entregar a criança ao casal beneficiários.

Ainda assim, não podemos deixar de considerar que esta criança só vem a nascer na constância daquele matrimónio devido a um contrato de gestação de substituição a favor dos beneficiários, logo, a causa ou a justificação daquele nascimento advém de um contrato e não da vontade da gestante e do seu cônjuge. Esta realidade não pode ser ignorada, e por isso, também não pode ser aplicado cruamente o artigo 1826.º do Código Civil. No entanto, mesmo que, por algum motivo, a paternidade seja presumida, o presumido pai tem ainda a possibilidade de impugnar a paternidade, por estarmos perante um caso de inseminação artificial, cujo procedimento não teve o consentimento do cônjuge da gestante, de acordo com o n.º3, do artigo 1839.º do Código Civil.

O facto da gestante poder arrepender-se a todo o tempo ou da futura lei poder prever que a filiação seja decretada a favor dela, faz com que num momento posterior ao parto, a gestante possa ficar com a criança e seja considerada a mãe, até que todo o processo seja avaliado pelos meios judiciais, caso os beneficiários recorram a esses mesmos meios para que a filiação seja estabelecida a seu favor, demonstrando os fatores que favorecem o superior interesse da criança. Imaginando hipoteticamente este cenário, podemos, primeiramente, verificar que através da tentativa de respeitar os direitos de personalidade e os direitos fundamentais da gestante, como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito a constituir família, a gestante é colocada numa aparente posição de vítima do processo de gestação de substituição, como se fosse uma participação forçada ou desinformada, violadora da sua dignidade.

Efetivamente a gestante acaba por limitar voluntariamente os seus direitos de personalidade quando dá o seu consentimento livre, esclarecido e informado, o que não deixa de ser lícito, tendo em conta o artigo 81.º do Código Civil. A gestante continua a ter controlo sobre a sua vida a todo o tempo e em momento algum o casal beneficiário não pode limitar o seu quotidiano. Existem argumentos contra a gestação de substituição que afirmam que a gestante sofre grande pressão psicológica por ser forçada a entregar a criança após o seu nascimento e depois de ter estabelecido fortes laços com ela<sup>211</sup> mas existem outros argumentos que contradizem essa tese e asseguram que as gestantes recebem grandes vantagens emocionais, que passam por várias transformações hormonais, tal como outras grávidas e que o seu estado psicológico pode alterar-se durante o processo de gravidez, porém, as gestantes são as que mais suportam essas alterações porque estão preparadas para todo o processo de gestação por terem tido acesso a todas as informações relativas ao mesmo e usufruírem de tempo para refletirem sobre a sua decisão final e os motivos que a levaram a aceitar e assumir o papel de gestante de substituição<sup>212</sup>.

É importante não se afastar do propósito da gestação de substituição e da gestante se predispor a prestar é um serviço<sup>213</sup> altruísta e solidário de gestação de uma criança a favor de um casal que, naturalmente e por motivos de saúde, não tem a capacidade de gerar o seu próprio filho. Concordamos com André Dias Pereira quando este afirma que a gestação de substituição tem se revelado como uma equação impossível de respeitar todos os valores e interesses presentes no triângulo: casal como projeto parental, mulher gestante e superior interesse da criança<sup>214</sup>. Mas, facilmente verificamos que o modelo português de gestação de substituição, em parte decretado inconstitucional, fazia todos os esforços para equilibrar os interesses e os direitos dos intervenientes. A título exemplificativo temos o elevado controlado

e o rigor por parte das autoridades competentes em aprovar os processos de gestação de substituição, a escolha da gestante e a informação que é fornecida às partes sobre os riscos e as consequências do processo para todos os intervenientes.

Acolhendo a decisão do TC e respeitando o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana, que se traduz no direito da gestante se arrepender até ao nascimento da criança, gerada por si ao abrigo de um contrato de gestação de substituição, com a qual, não tem qualquer ligação genética; custa-nos admitir a possibilidade da gestante, arrependendo-se, obter a maternidade estabelecida a seu favor. Todo este processo cria expectativas aos beneficiários, eles acreditam no altruísmo da gestante, confiam que a gestante encontra-se a ser bem acompanhada por uma equipa multidisciplinar antes, durante e após a gestação, o que aumenta ainda mais a certeza de que no final da gestação, a criança ser-lhes-á entregue. Mais, são os beneficiários que iniciam e acompanham todo o processo ansiosos pelo nascimento do seu filho e, principalmente, são os beneficiários que desejam e sonham em ter um filho.

No nosso entender, o superior interesse da criança deve ser o critério primordial para a solução de qualquer situação adversa que possa surgir no âmbito da gestação de substituição. Parece-nos, à partida, que os beneficiários são as pessoas com maior capacidade para satisfazer as necessidades da criança e ir ao encontro do superior interesse da mesma, não só porque é graças a eles que aquela criança nasceu, pois, se não fosse a sua vontade em ter um filho, a gestante nunca seria chamada ao processo e não se disponibilizaria a gerar aquela criança. Não estamos, com esta afirmação, a desvalorizar a intervenção da gestante que tem um papel fundamental ao longo de todo o processo, no que toca a gestação da criança e o dar à luz à mesma; todavia, não é graças à sua vontade nem ao seu desejo de ter um filho que todo o processo se inicia mas sim devido à vontade dos beneficiários. São os beneficiários que estão durante todo o processo a se preparar para receber uma criança que já é amada e desejada mesmo sem a conhecerem e sem estarem a gerá-la no seio da sua família.

## V. CONCLUSÕES

Prevedo a hipótese da gestante ser considerada, ao abrigo da nova Lei, a mãe da criança por si gerada, mesmo que não pretenda exercer o direito ao arrependimento, causa estranheza pelo simples facto do objetivo da gestação de substituição não ser tornar mãe a gestante, cujo papel é gerar uma criança em benefício de outrem, mas sim tornar pais os beneficiários. De outra forma, estaríamos perante uma situação de profunda injustiça para com o casal beneficiário e a criança.

Em prol do princípio do superior interesse da criança –e, por estarmos no âmbito da gestação de substituição– é importante que o ordenamento jurídico português afasta-se do critério tradicional que mãe é quem dá a luz porque o parto, neste caso em concreto, não está associado à maternidade, pois, desde o início do processo aquela mulher aceitou gerar uma criança para, no fim, após o parto, a entregar ao casal beneficiário. Assim sendo, é necessário afastar-se do critério biológico e aproximar-se do critério da vontade ou do critério contratual para decretar a filiação a favor do casal beneficiário. É uma exceção essencial e justa, capaz de satisfazer o interesse da criança e de garantir a estabilidade emocional e familiar da mesma.

## 7. BIBLIOGRAFIA

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018. Disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019. Disponível em <https://dre.pt/application/file/a/125468606>.

ARAÚJO, Fernando (1999). *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*.



Coimbra: Almedina.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva (2011). *Direito da Família. Tópicos para uma Reflexão Crítica*. (2.ª ed.). Lisboa: AAFDL Editora.

Declaração Conselheiro André Dias Pereira. Parecer N.º 104/CNECV/2019 sobre a alteração ao regime jurídico da gestação de substituição. Disponível em <https://www.cneqv.pt/pt/pareceres/parecer-n-o-104-cneqv-2019-sobre-aalteracao-ao-regime-juridico>.

DOLGIN, Janet L. (1997). *Defining the Family Law: Law, Technology and Reproduction in an Uneasy Age*. New York University Press. New York.

EMMERSON, Glenda (1996). Surrogacy: Born for Another. *Research Bulletin n.º 8/96*. Brisbane: Queensland Parliamentary Library.

OLIVEIRA, Guilherme de (2020). *Manual de Direito da Família*. (1.ªed.). Coimbra: Almedina.

Parecer n.º 104/CNECV/2019 sobre a Alteração ao Regime Jurídico da Gestação de Substituição. Disponível em <https://www.cneqv.pt/pt/pareceres/parecer-n-o-104-cneqv-2019-sobre-a-alteracao-ao-regime-juridico>.

RAPOSO, Vera Lúcia (2005). *De Mãe para Mãe. Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição*. Coimbra: Coimbra Editora.

---

<sup>200</sup> Doutoranda em Bioética, Instituto de Bioética, Universidade Católica Portuguesa do Porto. Doutoranda em Direito com especialidade em Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigadora na IBEROJUR, na área de Bioética e Direito Biomédico e no Instituto de Bioética, Universidade Católica Portuguesa do Porto. Mestre em Direito, na especialidade de Ciências Jurídico-Processuais, na Universidade Autónoma de Lisboa. Mestranda em Bioética, na *Universidad del Museo Social Argentino*, Buenos Aires. Pós-graduada em Direito da Medicina, pelo Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-Graduada em Direito das Energias Renováveis, pelo Departamento de Altos Estudos em Direito da Energia, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogada-estagiária. Licenciada em Direito.

<sup>201</sup> DOLGIN, Janet L. (1997). *Defining the Family Law: Law, Technology and Reproduction in an Uneasy Age*. New York University Press. New York.

<sup>202</sup> RAPOSO, Vera Lúcia (2005). *De Mãe para Mãe. Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição*. Coimbra: Coimbra Editora. P. 94.

<sup>203</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018. Disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>.

<sup>204</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019. Disponível em <https://dre.pt/application/file/a/125468606>.

<sup>205</sup> Parecer n.º 104/CNECV/2019 sobre a Alteração ao Regime Jurídico da Gestação de Substituição. Disponível em <https://www.cneqv.pt/pt/pareceres/parecer-n-o-104-cneqv-2019-sobre-a-alteracao-ao-regime-juridico>.

<sup>206</sup> Parecer n.º 104/CNECV/2019 sobre a Alteração ao Regime Jurídico da Gestação de Substituição. Disponível em <https://www.cneqv.pt/pt/pareceres/parecer-n-o-104-cneqv-2019-sobre-a-alteracao-ao-regime-juridico>.

<sup>207</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018. Disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>.

<sup>208</sup> OLIVEIRA, Guilherme de (2020). *Manual de Direito da Família*. (1.ªed.). Coimbra: Almedina. P. 458-459.

<sup>209</sup> CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva (2011). *Direito da Família. Tópicos para uma Reflexão Crítica*. (2.ª ed.). Lisboa: AAFDL Editora. P. 244.

<sup>210</sup> CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva (2011). *Direito da Família. Tópicos para uma Reflexão Crítica*. (2.ª ed.). Lisboa: AAFDL Editora. P. 244-245.



- <sup>211</sup> RAPOSO, Vera Lúcia (2005). *De Mãe para Mãe. Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 49.
- <sup>212</sup> EMMERSON, Glenda (1996). *Surrogacy: Born for Another. Research Bulletin n.º 8/96*. Brisbane: Queensland Parliamentary Library.
- <sup>213</sup> Para Carlos Pamplona Corte-Real «no caso da mãe hospedeira, aquilo que se presta é um serviço de gestação de uma criança tão somente (...)» CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva (2011). *Direito da Família. Tópicos para uma Reflexão Crítica*. (2.ª ed.). Lisboa: AAFDL Editora. P. 245. Esta mesma posição é defendida por Fernando Araújo em ARAÚJO, Fernando (1999). *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*. Coimbra: Almedina.
- <sup>214</sup> Declaração Conselheiro André Dias Pereira. Parecer N.º 104/CNECV/2019 sobre a alteração ao regime jurídico da gestação de substituição. Disponível em <https://www.cneqv.pt/pt/pareceres/parecern-o-104-cneqv-2019-sobre-a-alteracao-ao-regime-juridico>.

No copyright found.

## Cidadania da União: fator de união e de exclusão

SUSANA SARDINHA MONTEIRO<sup>215</sup>

SUMÁRIO: I. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA CIDADANIA DA UNIÃO; II. AS IMPLICAÇÕES JURÍDICO POLÍTICAS DA CIDADANIA DA UNIÃO; 1. A cidadania da União enquanto fator de união e de integração; 2. A cidadania da União enquanto fator de exclusão; III. REFLEXÃO FINAL; IV. BIBLIOGRAFIA

### A. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA CIDADANIA DA UNIÃO

A “constitucionalização” da cidadania da União pelo Tratado da União Europeia (TUE), em 1992, representou uma mudança no centro de gravidade de certos direitos de carácter público do homem europeu, e não já do *homo economicus*, do operador económico, elevando-o, assim, ao *status* de um verdadeiro cidadão europeu.

Não obstante a cidadania da União figurar entre os objetivos da União, aparecia desenvolvida na Parte II do Título I das disposições do Tratado da Comunidade Europeia (TCE), em seis disposições, numeradas do art. 8.º ao art. 8.º-E. No primeiro instituiu-se a cidadania da União e nos restantes consagrava-se o conteúdo do estatuto instituído, com a previsão dos respetivos direitos, a saber: livre circulação e residência; participação política nas eleições municipais e para o Parlamento Europeu (PE); petição ao PE e recurso ao Provedor de Justiça; proteção diplomática e consular. A última das referidas disposições atestava a natureza dinâmica do estatuto instituído.

Hoje, e após as alterações introduzidas pelos sucessivos atos de revisão dos Tratados, sendo o último, o Tratado de Lisboa, a Cidadania da União consta da Parte II do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), relativo à “Não discriminação e Cidadania da União”. Dos oito artigos aí incluídos, dois referem-se ao princípio da não discriminação (um, em razão da nacionalidade e outro, de alcance mais alargado) e os outros seis, à cidadania da União. Nestes podemos distinguir três núcleos: o primeiro formado pelo art.º 20 do TFUE, que se destina a instituir a cidadania da União, definindo quem são os seus titulares e que, após as alterações do Tratado de Lisboa, enumera em lista os direitos que lhe assistem; o segundo, que inclui as regras constantes dos arts. 21.º a 24.º, fornece o conteúdo e alcance da categoria instituída, ao desenvolver o enunciado dos direitos ligados à condição de cidadão e, finalmente, o art. 25.º que estabelece o mecanismo de evolução, ou seja, da progressiva aquisição de direitos.

De entre os direitos enunciados contam-se o direito de livre circulação e residência no território dos Estados membros (art. 21.º TFUE); os direitos de participação política eleitoral que incluem o direito de qualquer cidadão, residente num Estado membro que não o da sua nacionalidade, de eleger e ser eleito, nas eleições municipais e nas eleições para o PE, nas mesmas condições que os respetivos nacionais (art. 22.º TFUE); os direitos de participação política não eleitoral, ou de proteção não jurisdicional dos respetivos direitos (art. 24.º TFUE), tais como o direito de petição ao PE e de recurso ao Provedor de Justiça, o de se dirigirem a uma instituição, órgão ou organismo da União e obterem uma resposta redigida na mesma língua (direito aditado pelo Tratado de Amsterdão) e, finalmente, (aditado pelo Tratado de Lisboa) o direito de iniciativa de cidadania (europeia).

Na primeira disposição relativa a este estatuto (atual art. 20.º do TFUE) enuncia-se “[é] instituída a cidadania da União”. De seguida fez-se depender a cidadania da nacionalidade ao estabelecer que [é] *cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado membro*”. Daqui deriva o princípio base, de acordo com o qual, qualquer nacional de um Estado membro é cidadão da União. O atual art. 20.º do TFUE após a definição de cidadão da União acrescenta no n.º 2 do mesmo artigo que “[o]s cidadãos da União gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres previstos nos Tratados”.

Um dos elementos caracterizadores do estatuto da cidadania da União é precisamente o do seu carácter evolutivo. Ou seja, o TUE forneceu a base constitucional de um estatuto embrionário, dinâmico, entre o indivíduo e um poder institucionalizado e soberano. Mas apesar deste elemento identificador, a verdade é que desde a sua consagração em 1993, poucas foram as alterações, os aprofundamentos introduzidos neste estatuto.

Por fim e se uma cidadania implica direitos e deveres, também a da União, no art.º 20.º do TFUE, refere expressamente a existência de deveres. Acaba, contudo, por não enunciar expressamente, nem impor quaisquer deveres, o que parece traduzir o reconhecimento de que a União não é uma entidade soberana que possa impor aos seus cidadãos deveres decorrentes dessa mesma soberania.

### I. AS IMPLICAÇÕES JURÍDICO POLÍTICAS DO ESTATUTO DA CIDADANIA DA UNIÃO

Após esta breve enunciação do conteúdo da cidadania da União, vamos focalizar a nossa atenção nas implicações e decorrências jurídico políticas da consagração e atribuição deste estatuto que contribui para o reforço da legitimidade democrática direta das instituições, fornecendo-lhes uma base e uma fonte de legitimação e de autoridade que supera o acordo dos governos nacionais, ainda que não elimine o papel e a importância que estes assumem na vida e no funcionamento da União Europeia. Não podemos negar que a introdução do conceito da cidadania nos Tratados determinou um conjunto de implicações que extravasam o plano jurídico e que assumem uma clara dimensão política. Efetivamente, o TUE, através da criação da cidadania da União, introduziu uma figura nova, que afeta o património jurídico dos nacionais dos Estados membros. Trata de uma instituição jurídica ao serviço dos nacionais dos Estados membros que pressupõe a cidadania nacional e que com ela existe e coexiste, indissolivelmente, como seu complemento. Partilhamos as palavras de Nascimbene para quem “one cannot, conceptually and psychologically (let alone legally) be a European citizen without being a Member State national” (1997, p. 72).

Mas ao fazer-se depender o estatuto da cidadania da União da nacionalidade, estabeleceu-se um estatuto ambivalente que constitui um fator de união, mas também, de exclusão. Inclusão na medida em que todos os nacionais dos (atuais) 27 Estados membros são, por esse facto, cidadãos da União, fortalecendo-se a respetiva integração numa entidade como a União e contribuindo –ou devendo contribuir– para a criação de um sentimento de unidade e de identidade europeias. Mas, há semelhança de qualquer outra cidadania, também a europeia constitui um fator de exclusão ao deixar de fora deste estatuto, e de (alguns) dos seus direitos, todos aqueles que, por não serem nacionais dos Estados, a ele não podem aceder.

Com a criação da cidadania da União não foi posta em causa a ligação entre nacionalidade e cidadania. Por um lado, os cidadãos da União não se tornam cidadãos dos Estados membros de que não têm a nacionalidade e, por outro, a cidadania europeia é atribuída em função da posse da nacionalidade dos Estados membros, excluindo os nacionais de Estados terceiros.

Estabelece-se, assim, uma intrínseca inter-relação entre a cidadania nacional e a cidadania europeia, assente simultaneamente no princípio da inclusão – todos os nacionais dos Estados membros são cidadãos da União Europeia– e da exclusão, nenhum cidadão nacional de um Estado terceiro pode beneficiar deste estatuto da cidadania da União. Esta inter-relação foi claramente reafirmada pelo Tratado de Amsterdão que aditou no então art. 17.º TCE o carácter *complementar* da cidadania europeia face à nacional, não a substituindo. Este qualificativo foi alterado pelo Tratado de Lisboa que passou a referir que a “*cidadania da União acresce à cidadania nacional e não a substitui*”. Reforçou-se a ideia de que a cidadania da União constitui um estatuto de complementaridade e de cumulação e não de substituição, para além de que consiste numa cidadania de atribuição, na medida em que os Estados conservam a prerrogativa soberana de definir unilateralmente as regras de aquisição da nacionalidade.

Ao analisarmos os efeitos da constituição da cidadania europeia com base na nacionalidade e não noutra critério não estamos a proferir qualquer juízo de valor relativamente ao critério utilizado para a qualificação de cidadão da União e a relação com a nacionalidade dos Estados membros, estamos apenas a apresentar uma das suas consequências, neste caso os efeitos nos nacionais dos Estados terceiros. Neste sentido, quanto mais importantes são as

vantagens concedidas aos nacionais dos Estados membros, maior é o fosso que os separa daqueles que não beneficiam delas, desde logo os nacionais de Estados terceiros. Como realça Joppke o impacto negativo da cidadania da União foi menosprezado e não foram devidamente analisadas as suas consequências para os nacionais de Estados terceiros, para os quais constitui um fator de exclusão (Joppke, 1999).

Nestas condições “chaque droit nouveau accordé aux ressortissants des États membres ne peut manquer d` apparaître comme une sorte de «préférence communautaire», une marque de discriminatoire supplémentaire” (Lochak, 1995, p. 57), pelo que a linha de demarcação entre os nacionais dos Estados membros e os nacionais de Estados terceiros, tem sido progressivamente acentuada. Como O` Leary & Tilikainen afirmam “the distinction between citizens of the Union and third country nationals has become sharper (since Union citizenship has acquired the form of a discriminating landmark for the purpose of difference in treatment” (O` Leary & Tilikainen, 1997, p. 69-70).

Achamos curiosa a posição de Wenden citado por Perching que a propósito desta diferenciação chama a atenção para o carácter hierarquizado dos estatutos pessoais existentes no seio da União, verificando-se uma situação que podemos apresentar como de círculos concêntricos. Assim “[a]t the centre we find the national of the State where he is living, then the Europeans whose rights are reciprocal with those given to foreigners in other European states, then the long term non-European residents, the non-European non-residents, the refugees, and at the margins, the asylum seekers and the illegals” (Wenden *apud* Perching, 2006, p. 74).

## 1. A CIDADANIA DA UNIÃO ENQUANTO FATOR DE UNIÃO E DE INTEGRAÇÃO.

A referida ambivalência deste estatuto decorre do laço indissolúvel entre cidadania e nacionalidade. A nacionalidade é a condição necessária para adquirir a qualidade de cidadão, pelo que as regras de aplicação da nacionalidade condicionam as regras de aplicação da cidadania europeia. Desta forma, a cidadania da União permite gerar um sentimento comum de pertença a uma entidade –a União (política)– excluindo todos aqueles que não são considerados cidadãos.

Mas esse sentimento de pertença não se decreta, sente-se e interioriza-se. E, para que tal aconteça –a interiorização– não basta a sua consagração nos Tratados. Esta interiorização, ou seja, a tomada de consciência da cidadania da União por parte dos seus beneficiários, os nacionais dos Estados membros, terá de derivar de uma análise comparativa entre aquilo que beneficiam os nacionais dos Estados membros e o que os nacionais de Estados terceiros são privados. Dito de outro modo, privada dos atributos essenciais de uma cidadania (dado o carácter restrito dos direitos políticos consagrados) importa que os cidadãos europeus tomem consciência do que têm em comum, ou seja, dos direitos decorrentes da qualidade de cidadãos da União de que beneficiam e que os distingue dos nacionais dos Estados terceiros.

A verdade é que o efeito integrador pretendido com a criação da cidadania não se produziu pela sua “simples” criação, ou seja, pela construção jurídica racional do conceito. Volvidas quase três décadas desde a sua consagração, a cidadania da União continua a ser uma figura desconhecida da grande maioria dos seus destinatários e beneficiários. Revela-se, assim, importante e necessário, continuar a trabalhar, a construir e a solidificar junto dos cidadãos, a consciência de um projeto comum, de uma “comunidade de destino”, de interesses e de valores. Para cumprir tal desiderato impõe-se desenvolver uma política de informação que gere conhecimento e interesse e consequentemente mais participação dos referidos cidadãos na vida da União.

A essência dessa entidade, a atualmente denominada União, e o seu funcionamento, assentam num contínuo e permanente processo de aprofundamento e integração. Ainda que criada para cumprir objetivos políticos claros, propôs-se atingi-los através da cooperação económica e, assim de entidade de cariz económico transformou-se, de forma progressiva, numa entidade política, desempenhando aí a cidadania um papel decisivo. A criação da cidadania da União obedeceu, na sua génese, a uma preocupação de equilíbrio entre as dimensões económica e política do processo de integração, num momento particular em que se preparava um reforço da vertente económica e monetária com a adoção de uma moeda única. Na origem desta decisão está a consciência de que o método funcionalista e infra-estruturalista da integração assente do vetor económico, estava em vias de esgotamento impondo-se a respetiva superação.

É inegável que, com a consagração da cidadania da União, se pretendeu imprimir ao processo de integração uma forte componente social e humanista, deixando a integração europeia de ser um processo quase exclusivamente económico. Estava em causa criar uma “Europa dos cidadãos” e “aproximar a Europa dos cidadãos”; estava em causa reforçar o sentimento de pertença de alguém a uma dada entidade: neste particular, os cidadãos à União; estava em causa estabelecer um vínculo direto entre os cidadãos dos Estados membros e a própria União, tentando reproduzir a nível supranacional o vínculo existente a nível nacional, entre os cidadãos e o seu Estado (nacional).

Não deixa, contudo, de ser sintomático e paradoxal que uma das principais inovações do Tratado de Maastricht, a cidadania da União Europeia, com a qual se pretendia implementar o ideal da construção de uma verdadeira Europa dos cidadãos, reforçando os direitos e os poderes dos cidadãos, colocando-os no centro do processo de integração e em condições de igualdade de estatuto jurídico político face à União, tenha sido efetivamente uma das alterações mais contestadas, durante o processo de ratificação que se seguiu à assinatura dos Tratados. E logo em nome do conceito da soberania nacional! A verdade é que, paradoxalmente, se criticou em nome da soberania nacional a soberania popular que se pretendia construir a nível europeu!

Mas ainda que de forma tímida e não pacífica, o conceito da cidadania da União entrou, formalmente e oficialmente (e não apenas como mera teorização ou reivindicação) na ordem jurídico-constitucional, ou seja, na vida e na ação da UE.

A cidadania da União serviu, assim, o propósito de reforçar a legitimidade democrática da União aproximando-a da sua matriz original. A ideia dos pais fundadores era clara: começar pela economia para chegar mais longe, sobretudo para chegar às pessoas. Basta para tal ter presente as palavras de um dos pais fundadores das Comunidades Europeias, Jean Monnet: “nous ne coalisons pas des États, nous unissons des hommes” (Monnet, 1976, p.9). Serviu, ainda, o propósito de focalizar o interesse dos cidadãos na União, nas suas (crescentes e reforçadas) competências e conquistas várias e bem assim no seu funcionamento traduzida na consequente e tão necessária democratização e até legitimação da União, de um controlo democrático da atividade das instituições e de uma maior participação desses mesmos cidadãos no processo de tomada de decisões.

É, assim, evidente o nexos entre a cidadania da União e a criação de uma democracia supranacional europeia ainda que não com o propósito de anular ou substituir os Estados membros.

Por outro lado, a cidadania permite colocar os nacionais dos diferentes Estados membros em condições de maior igualdade, na medida em que “constitucionaliza” o conjunto de matérias relativamente às quais, apesar das diferenças de desenvolvimento económico e de condições de vida e de trabalho, não é permitida a diferenciação entre cidadãos. E o princípio da igualdade em todas as suas mais variadas manifestações, nomeadamente, liberdade de direitos e de oportunidades, é o fundamento e a base de qualquer entidade política: Estados e/ou UE.

Mas a cidadania da União tinha, também como propósito contribuir para a integração dos nacionais dos Estados membros num projeto comum, facultando-lhes os necessários e adequados instrumentos de participação política para operar uma mudança de paradigma: de sujeitos passivos para sujeitos ativos do processo de integração. Ou seja, de simples destinatários da atuação das instituições para participantes diretos na ação política desenvolvida a partir e no interior das instituições europeias, permitindo, assim, a edificação das bases de uma solidariedade europeia subjetiva.

Pese embora os objetivos políticos pretendidos com a criação da cidadania fossem ambiciosos e dignos de registo, essa grandeza contrasta com o seu conteúdo: limitado e restrito. Sendo o conceito e o estatuto da cidadania um estatuto político, ressaltam desde logo as grandes limitações impostas no que concerne os direitos de participação política.

## 2. A CIDADANIA DA UNIÃO ENQUANTO FATOR DE EXCLUSÃO.

Ao estabelecer-se um estatuto da cidadania da União por remissão para a nacionalidade, excluem-se deste estatuto todos aqueles que não dispõem desse vínculo com um Estado membro, ainda que legalmente residentes no território da União e, até, perfeitamente integrados na vida do seu Estado de acolhimento e contribuindo, muitas vezes de forma ativa, para o seu desenvolvimento económico<sup>216</sup>.

Para Gorjão-Henriques “os *excluídos* da cidadania são todos os que não possuem a nacionalidade de um Estado membro e, por isso, não são cidadãos da União”. Continua o referido autor que os nacionais dos Estados terceiros “[e]stão francamente desprotegidos, sofrendo «na pele» o princípio da

preferência comunitária de que gozam todos os que são nacionais de um Estado membro e cidadãos da União” (Gorjão- Henriques, 2001, p.362).

Desta forma acentua-se a discriminação de que são alvo nacionais de Estados terceiros, por comparação com os nacionais dos Estados membros<sup>217</sup>. Partilhámos as palavras de Lochak que a propósito do carácter reservado e exclusivo da cidadania da União escreve que “la «citoyenneté européenne» ne serve d’*àlibi* à une nouvelle forme d’*exclusion* venant redoubler l’*exclusion* économique et sociale dont sont déjà victimes les ressortissants des États tiers, des États du tiers-monde” (Lochak, 1995, p.58). No mesmosenhido, Douglas-Scott escreve que “[a]s well as being for the most part instrumental in the development of the internal market, Union citizenship has a tendency to be exclusive and exclusionary” (2002, p.489). Como bem sintetiza Lochak “la citoyenneté européenne n’est qu’une insidieuse apparition d’un fait d’*exclusion*” (1995, p.55).

O estatuto da cidadania da União assenta, assim, na dicotomia entre quem é cidadão e quem não é cidadão. Esta questão dicotómica entre cidadãos/não cidadãos, nacionais/estrangeiros constitui uma das bases da identidade dos Estados modernos. Ela assenta num conjunto de postulados sistematizados por Rescigno tendo em conta que a cidadania não é uma qualidade natural, mas antes uma qualidade atribuída pela sociedade. Esta qualidade não é atribuída a todos os seres humanos, dividindo-se e opondo-se os cidadãos pertencentes a determinados Estados aos cidadãos de outros Estados (cidadãos estrangeiros) ou aos que não são cidadãos de Estado algum (os apátridas) (Rescigno *apud* Canotilho, 2005, p. 12). A aquisição ou perda da qualidade de cidadão não depende da mera vontade do interessado, sendo antes condicionada pelos pressupostos fixados a nível nacional, pelos Estados de referência. Todos os Estados fazem uma distinção estrutural entre os seus cidadãos e os (cidadãos) estrangeiros ou apátridas.

Com a institucionalização da cidadania da União deixou de fazer sentido a dicotomia entre nacional e estrangeiro, quando referida aos nacionais de outros Estados membros, pelo que os cidadãos dos Estados membros e consequentemente cidadãos da União não podem ser considerados estrangeiros no território de outro Estado membro, que não o da sua nacionalidade, ainda que não possam –longe disso– ser equiparados aos respetivos nacionais.

## II. REFLEXÕES FINAIS

A partir de Maastricht o termo cidadania e, em particular, o da cidadania da UE passou a fazer parte do léxico europeu. Mas hoje, quase três décadas desde a sua consagração formal, esta cidadania é, ainda, desconhecida da grande maioria dos seus beneficiários. As implicações e consequências da sua consagração extravasam o plano jurídico e assumem uma clara dimensão política. Se, por um lado, a sua instituição constitui um importante elemento de união, de coesão, de reforço de unidade e de implementação de um sentimento de identidade comum –ainda que este sentimento não se decreta pela sua “simples” consagração legal, mas resulte, antes, da sua interiorização por parte dos cidadãos; por outro lado, comporta uma dimensão de exclusão, na medida em que exclui do seu estatuto todos aqueles que não preenchem a condição para a respetiva atribuição – a nacionalidade de um dos 27 Estados membros.

A consagração deste estatuto está intimamente e indissociavelmente ligada à criação de uma União de Direito e de direitos, ao respeito pelo princípio da legalidade, aos direitos humanos à legitimidade democrática. Prende-se com a ligação que um indivíduo tem perante uma realidade que o transcende visando, desta forma, reforçar o sentimento de identidade de todos os beneficiários deste estatuto para com a entidade que o consagra. Pretende-se, desta forma, contribuir para o reforço de uma identidade europeia.

## V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CANOTILHO, J.J. G. (2005). “A Cidadania como argumento na Constituição Europeia”, In *Temas de integração*, n.º 19, 1.º Semestre 2005 (pp. 9-19). Coimbra: Almedina.
- DELGADO-MOREIRA, Juan M.(2000). *Multicultural citizenship of the European Union*. Aldershot, Hampshire, England ; Burlington, Vt: Ashgate
- DOUGLAS-SCOTT, Sionaidh (2002). *Constitutional Law of the European Union*, Harlow: Pearson Longman.
- FREEMAN, G. P. (2001). *Immigration and the Nation-State: The United States, Germany, and Great Britain*. By Christian Joppke. Oxford: Oxford University Press. GORJÃO-HENRIQUES, Miguel (2001). *Direito Comunitário*. Coimbra: Almedina.
- JERÓNIMO, Patrícia (2010). “Imigração e Cidadania na União Europeia. O Estatuto de Residente de Longa Duração” In *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*, Alessandra Silveira (Coord.) (pp. 325-343). Lisboa: Quid Iuris
- JOPPKE, Christian (1999). *Immigration and the Nation State. The United States, Germany and Great Britain*. Oxford: Oxford University Press.
- MONNET, Jean (1976). *Memoires*, Paris: Fayard.
- O’LEARY, Siofra e TIILIKAINEN, Teija (1988). *Citizenship and Nationality Status in the New Europe*. London: Sweet & Maxwell.
- MONTEIRO, Susana Sardinha (2020). “A cidadania da União Europeia: estatuto e implicações jurídico-políticas” in *Humanismo, Direitos Humanos e Cidadania Global – Congresso Internacional*, Jacinto Serrão e Sónia Vladimira (ed.) (pp. 84-98). Lisboa: Centro de Estudos Interdisciplinares em Educação e Desenvolvimento (CeIED), Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias.
- MONTEIRO, Susana Sardinha (2020). “A União Europeia: conquistas, desafios e cidadania” in *Humanismo, Direitos Humanos e Cidadania Global – Congresso Internacional*, Jacinto Serrão e Sónia Vladimira (ed.) (pp. 235-236). Lisboa: Centro de Estudos Interdisciplinares em Educação e Desenvolvimento (CeIED), Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias.
- MONTEIRO, Susana Sardinha (2015). *La configuración jurídico-política de la ciudadanía de la Unión Europea: Europa de los ciudadanos y identidad europea*. (Tese de Doutoramento não publicada). Universidad de Extremadura, Espanha. [http://dehesa.unex.es/bitstream/10662/4376/1/TDUEX\\_2016\\_Monteiro\\_SI.pdf](http://dehesa.unex.es/bitstream/10662/4376/1/TDUEX_2016_Monteiro_SI.pdf).
- NASCIMBENE, B. (1997). “Towards a European Law of citizenship and Nationality” in O’LEARY, S e TIILIKAINEN, T. *Citizenship and Nationality Status in the New Europe*. London: Sweet & Maxwell, Limited.
- PERCHING, Bernhard (2006). “EU citizenship and the Status of Third Countries Nationals: Legal status, rights and political participation. In: Rainer Bauböck (ed.). *Migration and Citizenship. Legal Status, Rights and Political Participation*. Amsterdam (AUP) 2006, 67-83. [https://www.researchgate.net/publication/329875787\\_3\\_EU\\_citizenship\\_and\\_the\\_status\\_of\\_third\\_country\\_nationals\\_Legal\\_Status\\_Rights\\_and\\_Political](https://www.researchgate.net/publication/329875787_3_EU_citizenship_and_the_status_of_third_country_nationals_Legal_Status_Rights_and_Political)

<sup>215</sup> Professora Adjunta e Coordenadora do Departamento de Ciências Sociais da Escola Superior de Educação e Ciências Sociais do Politécnico de Leiria. Investigadora Integrada do IJP-IPLeiria

<sup>216</sup> Consideramos que tendo em conta a relação existente entre a cidadania europeia e a nacionalidade estadual e, bem assim, os efeitos que daí decorrem para os nacionais de Estados terceiros, uma análise precisa desta temática impõe, a montante, a determinação de uma outra questão (que não vamos agora analisar para não dispersar o nosso objeto de estudo): a de saber quem deve ou pode ser membro da União, ou seja, a definição dos critérios e condições de adesão. Para aderir à UE o Estado candidato tem de cumprir um conjunto de condições (art. 49.º TUE), de princípios (art. 6.º, n.º 1) e de critérios. Estes critérios –Critérios de Copenhaga– enunciados pelo Conselho Europeu de Copenhaga, em 1993 e reforçados pelo Conselho Europeu de Madrid, em 1995, incluem o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático, dos direitos humanos, a proteção pelas minorias, uma economia de mercado que assegure o princípio da livre concorrência que funcione efetivamente e a capacidade de fazer face à pressão concorrencial e às forças de mercado da UE; bem como a capacidade para assumir as obrigações decorrentes da adesão e cumprir todo o acervo comunitário.

<sup>217</sup> Neste sentido e a propósito das ambiguidades e do carácter limitado e exclusivista da cidadania, para além das referências supra, *vide*, Everson, M. (1995) “The legacy of the Market Citizen”, in *New Legal Dynamics of European Union*, Jo Shaw and G. More (ed.). (p.73). New York: Oxford University Press, Clarendon Press.; Lyons, C. (1996) “Citizenship in the Constitutions of the European Union: Rhetoric or Reality?”, in *Constitutionalism, Democracy, and Sovereignty: American and European Perspectives*, Richard Bellamy (ed.), Avebury p. 96; D’Oliveira, Jans Ulrich Jessurun (1994) “European Citizenship: its meaning, its potential”, in *Europe after Maastricht: an ever closer union?*, R. Dehousse (ed.). Munich: C. H. Beck.; Weiler, Joseph. H.H.. (1998). “To be a European citizen – Eros and civilization” In *Working Paper Series in European Studies Special Edition*, Spring 1998 in <http://aei.pitt.edu/8990/1/weiler.pdf>.

No copyright found.

24 JUN 2021

## Derecho Iberoamericano en análisis, 1ª ed., mayo 2021

Auxílio Emergencial Ao Trabalhador E Renda Básica De Cidadania: Uma Análise Comparativa E Crítica À Luz Da Constituição De 1988

### Auxílio Emergencial ao Trabalhador e Renda Básica de Cidadania: uma análise comparativa e crítica à luz da Constituição de 1988\*

THIAGO SANTOS ROCHA<sup>218219</sup>

*“As árvores estavam carregadas, o mundo era tão rico que apodrecia. Quando Ana pensou que havia crianças e homens grandes com fome, a náusea subiu-lhe à garganta, como se ela estivesse grávida e abandonada.”*  
Clarice Lispector in Amor

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO; 1. Auxílio Emergencial ao Trabalhador; 2. Renda Básica de Cidadania; 3. Linhas gerais de um comparativo entre o AET e a RBC; II. CONSIDERAÇÕES FINAIS; IV. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

#### . INTRODUÇÃO

Já nos anos 1950, Otto Bachof, em análise sobre a Lei Fundamental da Alemanha de 1949, destacava que a dignidade da pessoa humana é o ponto de partida dos direitos fundamentais e, como tal, não exige somente a liberdade, mas também um grau mínimo de segurança social, de maneira que a ausência de condições materiais para a existência impacta diretamente a própria dignidade da pessoa humana. Assim, sob a fórmula constitucional do Estado social, os direitos à vida e à integridade física devem ser interpretados não só no sentido de proibir a destruição da vida, mas também no de impor a atuação positiva do Estado para assegurar um nível mínimo de subsistência<sup>220</sup>. Estavam, assim, lançadas as bases teóricas daquilo que viria a desenvolver-se dogmática e jurisprudencialmente como o direito subjetivo ao mínimo existencial. Sob grande influência alemã, mas sem ignorar os matizes da Constituição de 1988 (CR/88), a concepção jurídica do mínimo existencial foi amplamente difundida no Brasil<sup>221</sup>. Entretanto, ainda hoje a efetividade do direito às condições de vida digna é desafiada pelos números da realidade social.

Em 2018, o número de residentes no Brasil com renda proveniente de trabalho não alcançavam mais que 43,4% da população<sup>222</sup>. Já em 2019 estimava-se em 54,45% o número de empregos formais existentes no Brasil sob risco elevado ou muito elevado de automação até 2046<sup>223</sup>. Em janeiro de 2020, a taxa de desocupação da população brasileira era de 11,2%<sup>224</sup>.

Acresça-se ao cenário descrito o fato de se tratar de uma sociedade na qual o 1% mais rico da população detém 28,3% da renda total, o que dá ao Brasil a segunda posição no ranking mundial de concentração de renda<sup>225</sup>. Por outro lado, em 2019, 51,7 milhões de pessoas viviam em situação de pobreza, caracterizada pela renda mensal individual inferior a R\$ 436. De tal universo, 13,7 milhões se encontravam em situação de extrema pobreza, com renda individual inferior a R\$ 151 mensais<sup>226</sup>.

Assim, apesar de as principais medidas de inserção social girarem em torno do trabalho,



mesmo antes de 2020 já não havia ocupação remunerada para todas as pessoas que a buscavam e, mesmo para aquelas que a conseguiam, não o faziam em condições suficientes para romper a linha de pobreza. É este cenário, marcado por desemprego, precariado e trabalhadores pobres, que o novo coronavírus encontra. Para além do impacto causado sobre a segurança sanitária, as medidas de contenção de propagação do vírus, conforme recomendações da Organização Mundial da Saúde, baseiam-se no distanciamento social<sup>227</sup>, ou seja, no aumento deliberado da distância entre as pessoas para evitar a propagação da doença.

Em 6 de Fevereiro de 2020, foi publicada a Lei n. 13.979, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus, alterada em 20 de março pela Medida Provisória n. 926 (convertida na Lei n. 10.035, de 11 de agosto de 2020). Dentre as medidas permitidas às autoridades públicas para combater a pandemia (artigo 3º) estão o isolamento (inciso I), a quarentena (inciso II) e a restrição excepcional e temporária da entrada e saída do Brasil, bem como da locomoção interestadual e intermunicipal, por rodovias, portos ou aeroportos (inciso VI).

O fato é que, sem por em questão sua eficácia, as medidas de isolamento, uma vez que tendem a afastar as pessoas de suas atividades cotidianas, resultam em impacto direto e significativo na estrutura de produção e circulação de riqueza das sociedades. Ademais, exigir que pessoas fiquem confinadas em casa sem que para isto tenham asseguradas suas condições materiais de subsistência é algo pouco razoável, posto que os indivíduos se encontram compelidos a desrespeitar o isolamento social para garantir seu sustento.

Em síntese, mesmo quando a COVID-19 não era conhecida, e sequer imaginada, a realidade já não era boa e os prognósticos eram preocupantes. Aquilo que vinha como uma onda com as mudanças disruptivas amplificadas pela economia digital, agora se mostra como o tremor que antecede um tsunami de proporções ainda incalculáveis e que ameaça romper o tecido social dos Estados cuja estrutura de proteção social não seja capaz de conter os estragos causados pela pandemia. Assim, algumas alternativas ganharam protagonismo no debate acerca de políticas públicas como ferramentas para assegurar, de um lado, um mínimo funcionamento da economia e, de outro, o atendimento das necessidades básicas de todos os indivíduos. Dentre elas estão as diferentes formas de transferência direta de renda.

No Brasil, mesmo que exista desde 2004 a previsão legal da implementação da Renda Básica de Cidadania (RBC), estrutural e permanente, optou-se pela criação do Auxílio Emergencial ao Trabalhador (AET), conjuntural e provisório. Assim, o escopo do presente estudo é uma análise comparativa crítica dos aspectos vertebrais das normas referentes a tais medidas, sempre em tese exaustiva, à luz das normas constitucionais pertinentes.

## 1. AUXÍLIO EMERGENCIAL AO TRABALHADOR

Após aprovação consensual por ambas as casas congressuais, o Presidente da República (PR) sancionou a Lei n. 13.982, de 2 de abril de 2020 que, conforme expressa sua ementa, além de alterações na Lei do Benefício de Prestação Continuada, estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

Dentre as medidas emergenciais, está o disposto no artigo 2º da Lei n. 13.982/2020, segundo o qual durante o período de três meses, a contar da publicação da lei, será concedido auxílio emergencial no valor de R\$ 600,00 mensais ao trabalhador que cumpra cumulativamente determinados requisitos ali previstos.

O AET é um benefício assistencial de titularidade restrita a determinada faixa da população, compõe a estrutura de seguridade social, motivo pelo qual é matéria de competência

privativa da União (artigo 22, XXIII, CR/88), com limite temporal (3 meses), discricionariamente prorrogável pelo PR respeitando o limite circunstancial do período de enfrentamento da emergência de saúde pública causada pela COVID-9 (artigo 6º). Por meio do Decreto n. 10.412, de 30 de junho de 2020, o AET foi prorrogado pelo período complementar de dois meses.

Os incisos do artigo 2º tratam dos requisitos para titularidade do direito previsto no *caput*, sendo cinco cumulativos mais um de três alternativos. Para poder exigir o recebimento do AET, o trabalhador deve, cumulativamente, ser maior de dezoito anos de idade, salvo no caso de mães adolescentes (inciso I)<sup>228</sup>, não ter emprego formal ativo (inciso II c/c § 5º), não ser titular de benefício previdenciário ou assistencial, ou beneficiário do seguro-desemprego ou de programa de transferência de renda federal, ressalvado o Bolsa-Família (inciso III), ter renda familiar mensal per capita de até meio salário mínimo (R\$ 522,50) ou a renda familiar mensal total de até três salários mínimos (R\$ 3.135,00; inciso IV) e não ter auferido rendimento tributável acima de R\$ 28.559,70 no exercício de 2018 (inciso V).

Ademais, e aqui resta evidente a reafirmação do trabalho como norteador da narrativa de implementação do AET, a pessoa deve, alternativamente, exercer atividade na condição de microempreendedor individual (inciso VI, “a”), contribuinte individual do Regime Geral de Previdência Social (inciso VI, “b”) ou trabalhador informal, seja empregado, autônomo ou desempregado, inscrito no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico) até 20 de março de 2020 ou que declare cumprir o requisito do inciso IV (inciso VI, “c”).

O § 1º do artigo 2º traz uma limitação ao caráter individual do auxílio, ao restringir o seu recebimento a dois membros da mesma família. No caso de o solicitante do AET for beneficiário do Bolsa Família, o pagamento deste será automática e temporariamente substituído pelo do AET, caso lhe resulte mais vantajoso (§ 2º). A Lei n. 13.998/2020, por meio do § 2º-B no mesmo artigo, introduziu, para o beneficiário do AET que tenha em 2020 rendimento tributável acima da faixa de isenção do IRPF, a obrigatoriedade de acrescentar ao imposto devido o valor do AET recebido por si ou por seus beneficiários, quando da elaboração de sua declaração de ajuste anual de 2021. Note-se que o § 2º-B se refere a “acrescentar ao imposto devido o valor do referido auxílio”, o que é diferente de acrescentar ao imposto devido somente o valor resultante da incidência do IRPF sobre o AET.

O § 3º, ao reconhecer a condição de especial vulnerabilidade da mulher provedora de família monoparental, a ela concede o valor equivalente a duas cotas do auxílio (R\$ 1.200,00). O projeto que resultou na Lei n. 13.998/2020 previa a alteração deste dispositivo para estender o direito ao recebimento de duas cotas do AET a qualquer pessoa provedora de família monoparental, e não o manter restrito à mulher. Entretanto, tal alteração foi um dos doze dispositivos do referido projeto vetados pelo PR.

Sobre a composição da renda familiar, o § 6º do artigo 2º a considera como a soma dos rendimentos brutos auferidos por todos os moradores de um mesmo domicílio que contribuam para o rendimento ou tenham suas despesas atendidas pela unidade nuclear nele instaladas. Já o valor da renda per capita se obtém a partir da divisão da renda familiar pelo total de indivíduos da família (§ 8º do artigo 2º).

Transcorrido o período de prorrogação do AET, tal qual disposto no Decreto n. 10.412/2020, a Medida Provisória (MP) n. 1.000, de 2 de setembro de 2020, instituiu o auxílio emergencial residual (AER), a ser pago em até quatro parcelas mensais no valor de R\$ 300,00, metade do valor do AET, ao trabalhador até então beneficiário deste (artigo 1º, *caput*). Frise-se que a MP é categórica ao afirmar que o AER é devido somente até 31 de dezembro, independentemente do número de parcelas recebidas (artigo 1º, § 2º).

Embora a MP n. 1.000/2020 utilize para o AER critérios ainda mais restritivos que os da Lei do AET, ao afastar, por exemplo, do acesso ao AER aquelas pessoas que tenham vínculo de emprego formal ativo após o recebimento do AET ou estejam presas em regime fechado (artigo

2º), há de se notar que utiliza uma estrutura de critérios semelhante, motivo pelo qual se aplicam AER as referências feitas ao AET, para fins de comparação normativa feitas com a RBC, no tópico III deste estudo.

## 2. RENDA BÁSICA DE CIDADANIA

A Lei n. 10.835/2004, aprovada por consenso nas duas casas parlamentares e fruto do empenho do então Senador Eduardo Suplicy<sup>229</sup>, instituiu, a partir de 2005, a RBC, como direito de todos os brasileiros residentes no país e estrangeiros residentes há pelo menos cinco anos no Brasil, independente de sua condição socioeconômica, receberem anualmente um benefício monetário (artigo 1º).

Os parágrafos do artigo 1º definem que o pagamento da RBC poderá ser feito em parcelas iguais e mensais (§ 3º), mas deverá ser de igual valor para todas as pessoas, e suficiente para atender às despesas mínimas de cada uma: alimentação, educação e saúde, respeitados o grau de desenvolvimento e as possibilidades orçamentárias do país (§ 2º). Sobre o valor do benefício incidirá o IRPF (§ 4º).

No entanto, referida lei prevê que a universalidade do direito deverá ser alcançada por etapas, priorizando-se as camadas mais necessitadas da população, de acordo com critérios a serem definidos pelo Poder Executivo (§1º). Também cabe a este a regulamentação de determinados aspectos, tais como as etapas de implementação, o valor do benefício, a consignação dos valores no Orçamento-Geral da União para 2005 e as demais medidas necessárias para a execução do Programa (artigos 2º, 3º e 4º).

Ocorre que já se vão quase 17 anos de publicação da Lei n. 10.835/2004 sem que tenha sido regulamentada pelo Executivo federal, que tampouco realizou dotação de valores orçamentários para sua execução ou designou grupo de trabalho para analisar os detalhes de sua implementação.

A RBC se adequa perfeitamente àquilo que a literatura especializada denomina Renda Básica Universal (RBU) ou Rendimento Básico Incondicionado (RBI)<sup>230</sup>. Cabe mencionar que, embora existam distintos experimentos mundo afora, com as mais diversas peculiaridades, o Brasil foi o primeiro país a publicar uma lei instituindo, em âmbito nacional, uma política pública de proteção social com as características de uma RBU<sup>231</sup>.

Considera-se RBU o pagamento periódico, realizado por uma comunidade política, em moeda corrente, em valor igual para todos, a título individual, sem exigência de comprovação de insuficiência de recursos ou cumprimento de quaisquer requisitos vinculados ao trabalho<sup>232</sup>. Disto decorrem cinco elementos que, de forma cumulativa, caracterizam a RBU: 1) regularidade, e não um pagamento único em determinado momento da vida; 2) em moeda corrente, e não pela entrega de bens ou prestação de serviços; 3) individualidade, e não em bases de estruturas coletivas, como a família, o lar ou a unidade nuclear; 4) universalidade, concedida a todas as pessoas de determinada comunidade política independente de sua condição socioeconômica; e 5) incondicionalidade<sup>233</sup>, posto que não se exige daquele que a recebe que trabalhe, busque trabalho ou tenha qualquer nova conduta específica em relação à sua vida individual.

## 3. LINHAS GERAIS DE UM COMPARATIVO ENTRE O AET E A RBC

Quanto à regularidade, embora o AET se trate de um pagamento mensal, possui uma limitação circunstancial que mitiga tal característica, uma vez que se trata de algo pontual e não cria uma rede e proteção permanente ao beneficiário. Ou seja, o pagamento do AET é regular, mas limitado ao período de enfrentamento da emergência de saúde pública causada pela COVID-9. Inicialmente previsto para três meses, foi prorrogado por mais dois e, posteriormente, deu lugar ao AER, com finalização prevista para dezembro de 2020.

Já a RBC possui por característica a regularidade permanente, pautada na ideia de que o indivíduo necessita de uma rede de proteção contínua para exercer com plena autonomia seu projeto de vida, tal qual um trapézista que pode executar suas acrobacias buscando a perfeição, com a segurança que sempre haverá uma rede de salvação abaixo da qual não cairá e a partir da qual sempre poderá se colocar de pé para reiniciar sua apresentação.

Sobre o objeto da prestação do benefício, há coincidência entre o AET e a RBC, uma vez que ambos consistem em benefício monetário. No caso do AET, a Lei inclusive prevê que o pagamento será realizado por instituições financeiras públicas federais (§ 9º do art. 2º). A importância de que o pagamento ocorra em moeda de circulação corrente está no respeito à liberdade individual na eleição dos fins em que os recursos serão empregados, sem controle social por parte do Estado sobre tal atividade, que está diretamente relacionada àquilo que o cidadão identifica para si mesmo como necessidade. Ademais, há de ser um pagamento em valor suficiente para garantir que o indivíduo tenha satisfeitas suas necessidades básicas, para isto consideradas as características de cada sociedade.

Sobre o terceiro aspecto, o caráter individual, faz-se importante retomar uma consideração apontada nos parágrafos acima. Embora o AET seja concebido como um benefício individual, esta característica é fortemente restringida pela limitação ao máximo de duas pessoas por família / unidade nuclear. Na prática, isso significa que um indivíduo membro de uma unidade nuclear que conte, por exemplo, com cinco pessoas que atenderiam as condições de titularidade se individualmente consideradas, será apenas indiretamente beneficiado por uma pequena fração do AET. Esta desproporção pode ainda ser agravada pela existência de estruturas de dominação internas à família / unidade nuclear, fazendo com que apenas uma pequena parte do auxílio, ou mesmo nada, chegue às pessoas que ocupem uma posição especialmente vulnerável dentro do grupo.

Ademais, tal requisito dá ao Estado o poder de controle sobre o indivíduo por meio de mecanismos, muitas vezes altamente discricionários, de verificação da composição familiar declarada. Também aqui a autonomia, como elemento da dignidade da pessoa humana, surge como argumento de defesa do caráter individual frente ao formato coletivo do pagamento.

No quarto aspecto reside uma grande diferença que afasta o AET da RBC, qual seja, a universalidade. Ainda que se estime que o AET possa chegar a um significativo número de beneficiários, não se trata de um direito universal de todas as pessoas vinculadas ao Estado brasileiro, tal como é o direito à saúde (artigos 196 e ss., CR/88), o direito à educação básica (artigo 208, inciso I, CR/88) ou a previsão para o direito à RBC (artigo 1º da Lei n. 10.835/2004). Os acima mencionados incisos do artigo 2º da Lei n. 13.982/2020 direcionam o AET a um grupo populacional específico que, em linhas gerais, pode ser identificado como o grupo de trabalhadores não empregados com os mais baixos rendimentos.

Há pelo menos duas consequências das ajudas direcionadas, não universais, que merecem ser questionadas se pensar uma estrutura de proteção social que respeite o princípio constitucional da eficiência (artigo 37, *caput*) e a dignidade da pessoa humana. Uma delas é a chamada armadilha da pobreza, ou seja, a condição em que o indivíduo não se vê estimulado a aceitar alguma possibilidade de majoração de sua renda caso isto implique a extrapolção dos limites impostos como requisito para recebimento do benefício estatal. A outra é a estigmatização dos beneficiários, formalmente identificados como pobres, com todas as consequências sociais e psicológicas que isto pode trazer.

O caráter universal da RBC, ao mesmo tempo em que é eficiente em seu objetivo de proteção social por não desestimular o indivíduo a aceitar outras fontes de renda, pois nenhuma delas implicaria a perda dos critérios de titularidade para receber o valor pago pelo Estado, preza pela sua dignidade, pois, uma vez que todos são igualmente titulares de um mesmo direito à RBC, nenhum é identificado perante os demais como necessitado de assistência social com atos de caridade. O titular da RBC deve recebê-la porque possui constitucionalmente assegurada a sua dignidade enquanto pessoa humana, com a concreção dada ao caso pelo

artigo 1º da Lei n. 10.835/2004, e não porque precisa conquistá-la por meio do trabalho, da estigmatizante comprovação de pobreza ou de qualquer outro requisito.

No que se refere à quinta característica, a incondicionalidade, o AET se aproxima da RBC. Ouseja, desde que a pessoa atenda os requisitos para titularidade do benefício<sup>234</sup>, passará a recebê-lo sem que, para isso, tenha de submetê-las a atividades futuras ao controle social realizado pelo Estado, como a comprovação de que busca inserir-se no mercado laboral, participar em atividades desenvolvidas pelo Estado ou mesmo empregar o dinheiro recebido em fins determinados. O titular o é “porque” cumpre determinados requisitos, e não “para que” passe a cumprir determinadas condições.

## I. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A resposta ao problema da proteção social não pode vir de outro lugar que não a CR/88. Por óbvio, ela não é, e nem seria seu papel o ser, um manual que detalhe como o Estado social e democrático de Direito brasileiro deve concretamente intervir na sociedade, mas sim traz normas finalísticas que admitem diversas formas de realização pelos poderes constituídos no caso concreto. Cabe à dogmática interpretar os enunciados da CR/88 como objetivo de extrair de suas normas a teoria constitucionalmente adequada para, antes de tudo, garantir em determinado contexto social a proteção daqueles direitos que a própria CR/88 estabelece como fundamentais à sua estrutura.

Os objetivos do Estado estão normativamente definidos no artigo 3º da CR/88, dentre os quais se destacam o de construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), e o de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inciso III). Cabe ao Estado não apenas garantir a liberdade formal, mas sim intervir na sociedade na medida necessária para assegurar a todos os indivíduos a liberdade real, de modo a que possam exercer seus direitos fundamentais em posição de igualdade.

Como bem destaca Böckenförde, as relações socioeconômicas no interior de determinada sociedade podem impedir a produção de liberdade real das pessoas, negando-lhes a independência e a segurança social necessárias para que se realize a liberdade juridicamente assegurada. Portanto, cabe ao Estado ir além do mero respeito à garantia jurídica formal de liberdade de delimitar o poder social, presente ou futuro, para produzir a oportunidade de realização da liberdade, ouseja, a igualdade dos pontos de partida<sup>235</sup>.

A CR/88 funda a República sobre, entre outros pilares, o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º), e deixa claro que a ordem econômica e financeira é um objeto à disposição da garantia de vida digna (artigo 170), e não o contrário. Sob esta ótica, tanto o AET quanto a RBC, podem sim ser ferramentas de manutenção da estrutura econômica, mas esta é tão somente uma função secundária. As funções primárias de tais medidas de proteção social são a erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades sociais, promovendo a liberdade real com o fim de proteger a dignidade da pessoa humana e todo o sistema de direitos fundamentais, em especial o direito ao mínimo existencial.

A RBC não se confunde com o mínimo existencial, embora possa atuar como uma importante ferramenta de sua garantia e, por isso, encontrá-la em seus fundamentos jurídicos. Ferrajoli considera que, por garantir a subsistência, a RBC atua como um meta-direito, condição de efetividade de todos os outros direitos dos trabalhadores e, portanto, pré-requisito para a própria democracia<sup>236</sup>. Lembre-se que, acerca da democracia de uma unidade política, Herman Heller afirmava que ela somente é possível a partir de um certo grau de homogeneidade social<sup>237</sup>, o que, como mencionado, é função primária da RBC.

A implementação da RBC não implica a substituição de toda a atual estrutura de serviços típicos do Estado social. Igualmente não se pode esperar que a RBC seja um remédio para todos



os males da estrutura de proteção social. Assim, para que sua implementação seja viável e eficiente, a RBC precisa ser acompanhada de uma série de medidas como, por exemplo, mudanças na estrutura tributária vigente, com vistas a aprofundar significativamente o seu caráter progressivo, em respeito às escolhas normativas da CR/88.

O AET funciona como amortecedor parcial e emergencial dos efeitos socioeconômicos da crise gerada pela pandemia de COVID-19 e, como tal, sequer aspira enfrentar os problemas estruturais de inclusão social que colidem com o projeto de Estado desenhado pela CR/88. Entretanto, o AET pode ser uma referência a se expandir em direção à RBC para, ao lado da incondicionalidade do pagamento monetário, alcançar a regularidade permanente, a individualidade e a universalidade para atuar como um eixo da nova estrutura de proteção social que emergirá no cenário pós-crise sanitária. A regulamentação da Lei n. 10.835/2004, tornando exigível do Estado um direito subjetivo a pagamento individual, em moeda, permanente, universal e incondicionado, pode ser peça importante de uma estrutura que leve a sério o caráter normativo dos objetivos de erradicação da pobreza e diminuição das desigualdades sociais, bem como da criação de uma sociedade livre, justa e solidária. Modelo este que se faz ainda mais necessário em um cenário pós-crise, resguardando a dignidade da pessoa humana, o sistema de direitos fundamentais, e a precedência constitucional de ambos em relação à ordem econômica e financeira, uma vez que esta perde o seu sentido se não for meio para alcançar a garantia daqueles.

## II. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBUQUERQUE, Pedro Henrique Melo; SAAVEDRA, Cayana Trevisan Portela Bárcena; MORAIS, Rafael Lima de; et al. *TD 2457 – Na era das Máquinas, o Emprego é de Quem? Estimativa da Probabilidade de Automação de Ocupações no Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, 2019.
- BACHOF, Otto. Der soziale Rechtsstaat in verwaltungsrechtlicher Sicht. In: *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 2013, p. 37–84. (Berichte und Aussprache zu den Berichten in den Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Bonn am 15. und 16. Oktober 1953, 12).
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Aseguramiento de la libertad frente al poder social. Esbozo de un problema. In: *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo; Ignacio Villaverde. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 84–94.
- FERRAJOLI, Luigi. *Manifesto per l'uguaglianza*. Bari: Editori Laterza, 2018.
- HELLER, Hermann. Democracia política y homogeneidad social. In: *Escritos políticos*. Madrid: Alianza, 1985, p. 257 y ss.
- IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD Contínua*. Brasília: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2020.
- IBGE. *Rendimento de todas as fontes 2018*. Rio de Janeiro: IBGE, 2019.
- IBGE. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Rio de Janeiro: IBGE, 2020.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2019*. New York: PNUD, 2019.
- ROCHA, Thiago Santos. Renda básica de cidadania: a superação do mito do emprego como panaceia para a inclusão social. In: MARTINS, Juliane Caravieri; PASCHOALINO, Jussara Bueno de Queiroz; MONTAL, Zélia Maria Cardoso (Orgs.). *Trabalho digno, educação e inclusão social*. Belo Horizonte: Arraes, 2019, v. II, p. 120–132.



- ROCHA, Thiago Santos. Una mirada hacia la lucha por la Renta Básica alrededor del mundo. In: GUTIÉRREZ, Jose A; PORRAS, Roberto; SUÁREZ, Xandru; et al (Orgs.). *Valtar Imposibles, Construyir Utopías. Estudio de viabilidad de la Renta Básica de los iguales n'Asturies*. Gijón: Zambra, Baladre y Asamblea Asturiana por las Rentas Básicas, 2019, p. 55–60.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- SUPLICY, Eduardo Matarazzo. *Renda de Cidadania: a saída é pela porta*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2013.
- VAN PARIJS, Philippe; VANDERBORGHT, Yannick. *Basic Income: A Radical Proposal for a Free Society and a Sane Economy*. London: Harvard University, 2017.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Coronavirus disease (COVID-19) advice for the public*. Disponível em: <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public>>. Acesso em: 29 mar. 2020.
- YAMAMORI, Toru. *BIEN: The report from the General Assembly*. Disponível em: <<https://basicincome.org/news/2016/10/bien-report-general-assembly/>>. Acesso em: 6 set. 2019.

---

<sup>218</sup> Artigo submetido para publicação em 15 de dezembro de 2020, pelo que não se consideram quaisquer alterações normativas com data posterior.

<sup>219</sup> Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Oviedo, financiado pelo Programa de Apoio e Promoção da Pesquisa (Projeto PAPI-19-PF-01), do Vice-reitorado de Pesquisa da mesma instituição.

<sup>220</sup> BACHOF, Otto, Der soziale Rechtsstaat in verwaltungsrechtlicher Sicht, in: *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, Berlin: Walter de Gruyter & Co., 2013, p. 41-42.

<sup>221</sup> Por todos, cf. SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 317-347.

<sup>222</sup> IBGE, *Rendimento de todas as fontes 2018*, Rio de Janeiro: IBGE, 2019, p. 3.

<sup>223</sup> ALBUQUERQUE, Pedro Henrique Melo et al, *TD 2457 – Na era das Máquinas, o Emprego é de Quem? Estimação da Probabilidade de Automação de Ocupações no Brasil*, Rio de Janeiro: IPEA, 2019, p. 23.

<sup>224</sup> IBGE, *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD Contínua*, Brasília: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2020; Para uma análise mais detalhada da evolução das taxas de desocupação no Brasil, bem como uma reflexão sobre a crença no pleno emprego como principal eixo de inclusão social, cf. ROCHA, Thiago Santos, Renda básica de cidadania: a superação do mito do emprego como panaceia para a inclusão social, in: MARTINS, Juliane Caravieri; PASCHOALINO, Jussara Bueno de Queiroz; MONTAL, Zélia Maria Cardoso (Orgs.), *Trabalho digno, educação e inclusão social*, Belo Horizonte: Arraes, 2019, v. II, p. 120–132.

<sup>225</sup> PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, *Relatório do Desenvolvimento Humano 2019*, New York: PNUD, 2019, p. 303.

<sup>226</sup> IBGE, *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*, Rio de Janeiro: IBGE, 2020.

<sup>227</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Coronavirus disease (COVID-19) advice for the public*, disponível em: <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public>>, acesso em: 29 mar. 2020.

<sup>228</sup> A exceção para o caso de mães adolescentes foi inserida pela Lei nº 13.998, de 14 de maio 2020.

<sup>229</sup> As bases desta trajetória estão descritas em SUPLICY, Eduardo Matarazzo, *Renda de Cidadania: a saída é pela porta*, 7. ed. São Paulo: Cortez, 2013.

<sup>230</sup> Neste trabalho, a opção pela nomenclatura RBC se dá para manter harmonia com a Lei n. 10.835/2004.

<sup>231</sup> Para uma breve análise de alguns dos experimentos sobre a RBU, cf. ROCHA, Thiago Santos, Una mirada hacia la lucha por la Renta Básica alrededor del mundo, in: GUTIÉRREZ, Jose A et al (Orgs.), *Valtar Imposibles, Construyir Utopías. Estudio de viabilidad de la Renta Básica de los iguales n'Asturies*, Gijón: Zambra, Baladre y Asamblea Asturiana por las Rentas Básicas, 2019, p. 55–60.

<sup>232</sup> “A basic income is a periodic cash payment unconditionally delivered to all on an individual basis, without means-test or work requirement”. Este conceito foi inserido no estatuto da *Basic Income Earth Network (BIEN)*, em sua Assembleia Geral durante o congresso anual de 2016, na Coreia do Sul, no intuito de aclarar o significado da expressão ente os estudiosos do tema. Cf. YAMAMORI, Toru, *BIEN: The report from the General Assembly*, disponível em: <<https://basicincome.org/news/2016/10/bien-report-general-assembly/>>, acesso em: 6 sep. 2019. Em sentido semelhante, cf. VAN PARIJS, Philippe; VANDERBORGHT, Yannick, *Basic Income: A Radical Proposal for a Free Society and a Sane Economy*, London: Harvard University, 2017, p. 1.

<sup>233</sup> Alguns autores, como Van Parijs e Vanderborght, consideram a incondicionalidade como gênero da qual são espécies a individualidade, a universalidade e a ausência de obrigações. Cf. VAN PARIJS; VANDERBORGHT, *Basic Income*, p. 8. Para maior clareza analítica, o presente estudo trata sob o termo “incondicional” apenas a não imposição à pessoa de qualquer obrigação relacionada ao trabalho, à utilização do dinheiro recebido ou a qualquer conduta específica em sua vida individual.

<sup>234</sup> No caso do AET, ao sancionar a Lei n. 13.982/2020, o PR vetou o enunciado do § 10 do art. 2º, segundo o qual “[o] auxílio emergencial será cessado quando constatado o descumprimento dos requisitos de concessão previstos nos incisos I a V do caput.”. Razões do veto “[a] propositura legislativa, ao prever que o auxílio emergencial será cessado quando constatado o descumprimento dos requisitos de concessão previstos nos incisos I a V do caput, contraria o interesse público, tendo em vista a temporalidade de duração do auxílio, de forma que os procedimentos necessários à apuração da elegibilidade do público beneficiário seja feito uma única vez, com a concentração de esforços e custos operacionais na construção das ações necessárias à mitigação dos prejuízos causados pelo Covid-19 à população mais vulnerável.”

<sup>235</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, Aseguramiento de la libertad frente al poder social. Esbozo de un problema, in: *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 85–86.

<sup>236</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Manifesto per l'uguaglianza*, Bari: Editori Laterza, 2018, cap. 6.

<sup>237</sup> HELLER, Hermann, Democracia política y homogeneidad social, in: *Escritos políticos*, Madrid: Alianza, 1985, p. 262.

24 JUN 2021

## Derecho Iberoamericano en análisis, 1ª ed., mayo 2021

O Papel Do Living Lab Regulatório No Cenário Da Inteligência Artificial

### O papel do *living lab* regulatório no cenário da Inteligência Artificial<sup>238</sup>

WILSON ENGELMANN<sup>239</sup>

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO; II. CONHECENDO AS CARACTERÍSTICAS DO LIVING LAB E SUAS POSSIBILIDADES PARA AS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL; III. OS DESAFIOS DA REGULAÇÃO PRINCIPOLÓGICA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA); IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS; V. REFERÊNCIAS.

#### . INTRODUÇÃO

Se vive em uma era da hiperconectividade<sup>240</sup>, que se caracteriza por não se viver mais *online* ou *offline*, mas *OnLife*, ou seja, se vive cada vez mais naquele espaço especial, ou *Infosfera*, que é perfeitamente analógico e digital, *offline* e *online*<sup>241</sup>. O espaço assim caracterizado, onde a vida e as relações sócio-humanas acontecem, sustentado pela convergência de um variado conjunto de tecnologias, como: a inteligência artificial, as nanotecnologias, a Internet das Coisas, carros autônomos, dentre outras, deverá ser percebido pelo Direito e incorporado às estruturas normativas. Se exigirá o ingresso de fontes e estruturas normativas inovadoras e com uma temporalidade alinhada com a velocidade com que essas tecnologias se desenvolvem, se exponencializam e já são superadas.

A partir desse cenário, o capítulo de livro pretende estudar as possibilidades de usar a estrutura do *Living Lab* para testar modelos regulatórios, construídos a partir de princípios dirigidos para a instalação segura da inteligência artificial e propostos pelo Parlamento Europeu e a OCDE. Se fará uso da pesquisa bibliográfica e documental, com vistas a se conhecer os elementos estruturantes de um *Living Lab* e os seus possíveis contatos com o Direito.

#### I. CONHECENDO AS CARACTERÍSTICAS DO LIVING LAB E SUAS POSSIBILIDADES PARA AS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA)

O panorama viabilizado pelo desenvolvimento tecnológico acima referido, está no centro da Quarta Revolução Industrial<sup>242</sup>, sendo sustentado pelo movimento entre as características do acrônimo VUCA para as características do acrônimo BANI. Quando se fala do mundo VUCA, as características que emergem são: volatilidade, a incerteza, a complexidade e a ambiguidade<sup>243</sup>. Não se poderá escapar da observação de que o mundo sofre os impactos provocados pela declaração da pandemia global gerada pelo novo coronavírus. Portanto, o mundo VUCA também sofreu os efeitos inesperados trazidos pela COVID-19, que também influencia e exige respostas diferentes do Direito.

Assim, se observou a emergência das características do mundo BANI, formada pelas iniciais das palavras em inglês: *Brittle, Anxious, Nonlinear, and Incomprehensible*, o que para a língua portuguesa origina: frágil, ansioso, não-linear e incompreensível. Essa passagem de um

mundo VUCA para um mundo BANI foi marcada pelas dimensões exacerbadas da volatilidade, que acabaram configurando a fragilidade, dada a sua constante mudança. Com isso, as incertezas crescentes culminam em uma grande ansiedade, bem como a complexidade evolui para a não-linearidade e o ambíguo se torna incompreensível<sup>244</sup>. Esse conjunto de siglas e significados está desafiando as tradicionais características estruturantes do Direito, que sempre ficou responsável por assegurar certeza, segurança e previsibilidade das consequências que determinada conduta, projetadas abstratamente nas regras jurídicas, no aguardo da ocorrência no mundo dos fatos.

A convergência tecnológica trazida pela Quarta Revolução Industrial evidenciou uma ruptura dos fenômenos sociais com a sua previsão legislativa. Por isso, cada vez mais, se observam fenômenos da vida sem a correspondente previsão anterior em alguma regra de Direito. Uma dessas tecnologias é a inteligência artificial.

Na revisão da literatura não se encontrou apenas uma definição. De qualquer modo, se observou uma coincidência em alguns elementos: a inteligência artificial é um sistema computadorizado, uma máquina, que poderá praticar capacidade de pensar ou imitar o pensamento humano, capaz de aprender e utilizar características humanas, especialmente para a tomada de decisões. Além disso, apresentam uma grande capacidade de armazenar informações/dados e, a partir deles, ir qualificando os processos automáticos<sup>245</sup>.

Na base desses processos se encontram os algoritmos: um algoritmo é uma coisa pequena e simples; uma regra usada para automatizar o tratamento de um dado. Se isso acontecer, então faça *b*; se não, então faça *c*. Essa é a lógica “se/então/mas” da computação clássica. Entretanto, esta é a concepção original, pois “[...] surgiu um significado mais ambíguo, indicando qualquer sistema de software de tomada de decisão complexo e grande; qualquer meio de obter um conjunto de dados de entrada – e avaliá-los rapidamente, de acordo com um determinado conjunto de critérios (ou ‘regras’).” O sistema complexo que representa o algoritmo viabiliza a inteligência artificial por meio do armazenamento de dados e, a partir deles, consegue estruturar séries de dados que, no Direito, geram a *jurimetria*, como uma ferramenta ponderosa para se ter uma ideia do modo como decide determinado tribunal, a partir de dados coletados por um longo período, que são tratados, estruturados e sistematizados, permitindo-se detectar tendências no sentido de julgamentos e temas escolhidos. A partir daí se pode referir que existe certa superioridade da máquina –do sistema– em relação ao ser humano<sup>246</sup>. No Direito, se poderá observar as diversas possibilidades de “emulação do raciocínio jurídico” por parte da inteligência artificial<sup>247</sup>, além de variadas outras aplicações, algumas delas substituindo a atividade manual humana do profissional do Direito<sup>248</sup>.

Para que a área jurídica possa dar conta desses desafios e ainda permanecer importante no contexto das demais áreas de conhecimento, se faz necessária a revisão da Teoria Geral das Fontes do Direito. Para tanto, será importante trabalhar para a valoração jurídica de um conjunto de fontes do Direito, além de se ter mecanismos mais ágeis para a testagem desses modelos regulatórios, a serem desenvolvidos a partir de princípios já propostos para o trabalho com a IA. Se deverá também desenvolver uma “regulação inteligente”<sup>249</sup>. Uma alternativa é a estruturação de modelos normativos, como árvores de decisão e frameworks, a partir de uma arquitetura principiológica, como se verá no próximo capítulo.

Para o desenvolvimento de uma “regulação inteligente”, que seja flexível e estruturada a partir de metodologias ágeis, se encontrou na área da Administração a estrutura dos *Living Labs*. Com o processo legislativo, geralmente, não sabe se a proposição legal conseguirá interagir positivamente com os fatos sociais, pois opera em grande parte no mundo abstrato. Isso dificulta ainda mais a regulação das tecnologias que se encontram no centro da Quarta Revolução Industrial. Por isso, se precisará avançar e modernizar o processo de criação das normas jurídicas, testando as suas estruturas em pequenos ambientes reais, os *Living Labs*, antes de sua adoção mais ampla. Na literatura revisada, se encontrou diversos autores e publicações que buscam trazer os elementos estruturantes de um *Living Lab*. Em síntese, há alguns elementos-chave presentes nas diferentes concepções e que permitem compreender

que os *Living Labs* possibilitam que as partes interessadas formem parcerias pessoais-público-privadas (4Ps) envolvendo desenvolvedores e usuários finais em um processo de criação de inovações de acordo com a noção de inovação aberta em múltiplos e evolutivos contextos do cotidiano. Para isso, oferecem a estrutura e governança para a participação dos usuários, por meio da manutenção de grupos de usuários, disponibilizando serviços no entorno da experiência de usuários, apoiando usuários líderes e criando conexões<sup>250</sup>.

Aqui se abre um conjunto de possibilidades e conexões, caracterizando um espaço em rede e de redes, ou seja, “a rede configura-se como um conjunto de diferentes nós que interagem livre e autonomamente entre si”<sup>251</sup>. Assim, sendo se terá no *Living Lab* um espaço em rede, para onde poderão convergir diversas redes, especialmente de atores envolvidos no avanço da tecnologia regulada e dos autores dos mecanismos de regulação. Se viabiliza, a partir desses movimentos, “[...] a realização de eventos inteligentes e de processos criativos de criação colaborativa de significados [...]”, que não se circunscrevem à observância de um processo criativo planejado inicialmente, “[...] e sim de um percurso autopoético que se desenvolve de maneira imprevisível, tomando forma à medida que se espalha na rede, através das conexões”<sup>252</sup>. Os nós das redes são, simultaneamente, pontos de encontros e trocas entre os atores envolvidos nas estruturação do *Living Lab*, mas também pontos de partida para outros encontros, em novos e renovados nós. Por isso, se poderá sublinhar que o *Living Lab* é um espaço real de vida, um laboratório vivo, onde se poderão testar modelos normativos estruturados a partir de princípios relacionados à IA, configurando um criativo “ambiente regulatório”, como um espaço para se potencializar as características da “ciência regulatória” plural, múltipla, aberta, flexível e interdisciplinar.

O “ambiente regulatório” para onde convergem os atores privados e públicos para estruturar os modelos regulatórios exigem um contexto de laboratório de testagem. Se observa que *The European Network of Living Labs (ENoLL)* é uma organização guarda-chuva para laboratórios vivos em todo o mundo. Aqui se encontrou a seguinte definição para *Living Lab*: “ecossistemas de inovação abertos centrados no usuário, com base em uma abordagem sistemática de cocriação de usuário, integrando processos de pesquisa e inovação em comunidades e ambientes de vida reais”<sup>253</sup>. É justamente a partir de um conjunto variado de elementos e atores que se comporá um ecossistema focado no desenvolvimento de normas jurídicas, estruturadas a partir da eficácia, ao invés da validade formal. Quer dizer, o mais importante que a norma seja adequada para resolver o fenômeno social gerado pela convergência tecnológica, seja em condições temporais, seja em condições substanciais.

O que chama a atenção na literatura sobre o tema são as características chaves dos *Living Labs* e que dialogam com muitos dos objetivos também perseguidos pelo Direito, ao estruturar algum arcabouço normativo, como: a. ambientes da vida real; b. que aproximam partes interessadas; c. para a concretização de atividades; d. modelos e redes de negócios; e. métodos, ferramentas e abordagens; f. resultados de inovação; g. desafios; e h. sustentabilidade<sup>254</sup>. Aqui se tem diversos elementos que, para além da perspectiva jurídica, dialogam com os negócios e as empresas, com destaque para a busca da sustentabilidade negocial, financeira e ambiental. Assim, se terá efetivamente um espaço para que o Direito possa se relacionar de modo interdisciplinar na produção do normativo-regulatório, com foco nos desafios trazidos pela inteligência artificial (IA). Reforçando esses elementos estruturantes, se poderá agregar mais algumas características, quando se refere que o *Living Lab* é um laboratório vivo, uma espécie de “plataforma sociotécnica com recursos compartilhados, estrutura de colaboração e contexto da vida real, que organiza suas partes interessadas em um ecossistema de inovação que depende de governança representativa, padrões abertos e diversas atividades e métodos para reunir, criar, comunicar e entregar novos conhecimentos, soluções validadas, desenvolvimento profissional e impacto social”<sup>255</sup>. É o conjunto de características e a arquitetura de elementos encontrados que permite observar que o *Living Lab* servirá como um espaço laboratorial de testagem das estruturas regulatórias inovadoras que se poderá estruturar a partir de princípios dirigidas à instalação e desenvolvimento seguro da IA.

Em um estudo recentemente publicado<sup>256</sup>, se observa a abordagem metodológica para a



constituição de um *Living Lab* (aqui adaptada para uma aplicação regulatória), com a integração das seguintes etapas: 1) identificar as necessidades regulatórias das partes interessadas e que operam em um determinado ambiente –por exemplo, o Portal de Inovação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Brasil<sup>257</sup>, que é um ambiente que já assume a abordagem *Living Lab* para sua operação– com a utilização da IA; 2) desenvolver o design das atividades no *Living Lab* regulatório, a partir da realização de workshop para validar e priorizar as necessidades das partes interessadas; 3) promover a interação entre as partes interessadas nessa estrutura do *Living Lab* regulatório; 4) estruturar o meio ambiente regulatório para a observação da prática cotidiana das estruturas normativas projetadas e com a incorporação das necessidades levantadas a partir da interação com as partes interessadas.

Um laboratório real e vivo onde se possam aplicar diversas estruturas regulatórias, ao estilo de um *Living Lab* regulatório, construídas a partir de um conjunto de princípios já publicados para a utilização segura e sadia da IA, incluindo os robôs em geral e os robôs humanoides, já existe no Japão: “*Tokku*” *Special Zone for Robotics Empirical Testing and Development* (RT special zone). Essa Zona Especial e Experimental iniciou o desenvolvimento e implantação desde 2003, nas cidades de Fukuoka e Kitakyushu. Inicialmente criada para testar a tecnologia dos robôs, a estrutura de laboratório vivo vem recebendo, mais recentemente, também espaços para testar os arcabouços normativos aplicáveis à IA e aos robôs, destacadamente para os robôs humanoides<sup>258</sup>. Portanto, esse modelo japonês merecerá atenção doravante nas investigações do autor deste capítulo, pois certamente já se tem aprendizagens e experiências que ajudarão na estrutura do laboratório vivo na UNISINOS.

## II. OS DESAFIOS DA REGULAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA)

Uma das fontes do Direito que se tem observado recentemente, buscando regular o desenvolvimento seguro e confiável da IA, são os princípios. Eles são uma espécie do gênero norma jurídica, ao lado das regras. Por estarem no contexto das normas jurídicas, os princípios também carregam uma *carga deontica*, ou seja, de *dever ser*, muito próxima da carga inserida em uma regra, geralmente a lei. Embora os princípios não tenham a possibilidade direta de impor uma sanção para o caso do descumprimento, o que é associado a uma efetiva característica da norma jurídica, não se poderá admitir que, por isso, eles não seriam uma modalidade de Direito. Será necessário um exercício hermenêutico e uma análise sistemática do ordenamento jurídico, a fim de se ter o caráter obrigatório do conteúdo dos princípios, inclusive com a possibilidade de se projetar consequências para o não cumprimento.

Sobre a inteligência artificial, se encontram diversos textos com a enunciação de princípios, tais como<sup>259</sup>: a) Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de outubro de 2020, que contém recomendações à Comissão sobre o regime relativo aos aspetos éticos da inteligência artificial, da robótica e das tecnologias conexas(2020/2012(INL))<sup>260</sup>; b) Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, OECD/LEGAL/0449, Adopted on: 21/05/2019<sup>261</sup>; c) European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment. Adopted at the 31st plenary meeting of the CEPEJ (Strasbourg, 3-4 December 2018)<sup>262</sup>; d) International Standards Organisation. (2013) ISO 13482:2013: *Robots and robotic devices: Safety requirements for personal care robots*<sup>263</sup>.

A partir desses atores normativos, se poderá estruturar um modelo regulatório –a ser testado no *Living Lab regulatório*, onde se deverá assegurar uma linha condutora orientada pela ética da situação trazida sob a possibilidade da IA– com os seguintes princípios: o direito a uma inferência razoável<sup>264</sup>; o direito de ser informado; o princípio da transparência; o princípio do respeito aos direitos fundamentais, o que equivalem na esfera internacional ao respeito dos Direitos Humanos, seja nos documentos internacionais, seja nas decisões das cortes



específicas que julgam essa matéria, regional ou global; o princípio da não-discriminação; o princípio da segurança e da qualidade e o princípio da auditabilidade ou da prestação de contas. Com esse conjunto principiológico se terá o primeiro degrau para a estruturação de um modelo regulatório, a ser desdobrado em sub-categorias de princípios, tendentes à sua execução no *Living Lab*.

A escolha e as conexões que se construir em relação a cada um desses princípios e os conjuntos a serem formados, sempre deverá ser percebida pelo workshop preparatório do contexto regulatório, a partir das necessidades trazidas pela participação das partes interessadas no experimento do laboratório vivo. Também não se tem nenhuma certeza sobre o acerto nesse procedimento metodológico, mas ele certamente terá a flexibilidade que permitirá adaptações pontuais, a fim de ser eficiente em cada uma das situações reais testadas.

## V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse é um caminho para que se tenha um Direito no futuro e se assegure que o Direito tenha um futuro em uma sociedade onde a digitalização agiliza cada vez mais os processos e as relações sociais. Parece que o tradicional processo legislativo deverá ceder lugar para mecanismos ágeis e flexíveis, sem perder a conexão de legitimidade com os direitos fundamentais e humanos (a legitimidade interna e externa, respectivamente) para a o estabelecimento do jurídico.

Ao Poder Legislativo se reservam competências legislativas em temas de interesse público e aos demais atores –empresas e outras organizações– se reconhece a titularidade para a criação de estruturas normativas que sejam autorregulatórias reguladas. O papel do Estado se redesenha, eis que passa a fornecer o elemento público que deverá interagir com a produção normativa privada: os direitos fundamentais e humanos, assegurando-lhe a legitimidade.

Aqui se tem, portanto, um primeiro modelo de elementos a serem juntados e testados no panorama de um *Living Lab regulatório*.

## 7. REFERÊNCIAS

- ALMIRALL, E.; WAREHAM, J. Living labs and open innovation: roles and applicability. *Electronic Journal for Virtual Organizations and Networks*, v. 10, p. 21-46, 2008.
- ARAÚJO, Fernando. Inteligência artificial e possibilidades de emulação do raciocínio jurídico. In: ROCHA, Manuel Lopes; PEREIRA, Rui Soares; TRIGO, Ana Coimbra (Coord.). *Inteligência artificial & Direito*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 37-50.
- BELDA, Ignasi. *Inteligencia artificial: de los circuitos a las máquinas pensantes*. Barcelona: RBA Libros, 2017.
- BENNETT, Nathan; LEMOINE, G. James. What VUCA really means for you. In: *Harvard Business Review*, January-February 2014. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2389563>. Acesso em 11 dez. 2020.
- DELGADO, Alberto. *La sociedad hiperdigital: las 10 fuerzas que cambiarán nuestras vidas*. Bogotá: Ecoe Ediciones: Libros de Cabecera, 2019.
- DI FELICE, Massimo. *Paisagens pós-urbanas: o fim da experiência urbana e as formas comunicativas do habitar*. São Paulo: Annablume, 2009.
- ENGELMANN, Wilson; BARCAROLLO, Felipe. Inteligência artificial na advocacia no século

- XXI. In: MIRANDA, José Eduardo de; HUPFFER, Haide Maria;
- ENGELMANN, Wilson (Org.). *Direito e inteligência artificial: o desafio ético no emprego das novas tecnologias*. Curitiba: Brazil Publishing, 2020, p. 251-286.
- ENGELMANN, Wilson; WERNER, Deivid Augusto. Inteligência artificial e Direito. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Coord.). *Inteligência artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2020, p. 145-174.
- ENoLL. The European Network of Living Labs. Disponível em: <https://enoll.org/about-us/what-are-living-labs/>. Acesso em 12 dez. 2020.
- EUROPEAN COMMISSION for the Efficiency of Justice (CEPEJ) European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment. Adopted at the 31st plenary meeting of the CEPEJ (Strasbourg, 3-4 December 2018). Disponível em: [www.coe.int/cepej](http://www.coe.int/cepej). Acesso em 11 dez. 2020.
- FLORIDI, Luciano (Editor). *The Onlife Manifesto: being human in a hyperconnected era*. London: Springer Open, 2015.
- FLORIDI, Luciano. Soft Ethics and the Governance of the Digital. *Philosophy & Technology*, v. 31, 2018, p. 1-8.
- HOSSAIN, Mokter; LEMINEN, Seppo; WESTERLUND, Mika. A systematic review of living lab literature. *Journal of Cleaner Production*, v. 213, p. 976-988, 2019.
- IGNACIO LATORRE, José. *Ética para máquinas*. Bogotá: Editorial Planeta, 2019.
- INTERNATIONAL STANDARDS ORGANISATION. (2013) ISO 13482:2013: *Robots and robotic devices: Safety requirements for personal care robots*. Disponível em: [http://www.iso.org/iso/catalogue\\_detail.htm?csnumber=53820](http://www.iso.org/iso/catalogue_detail.htm?csnumber=53820). Acesso em 12 dez. 2020.
- MARONE, Laura; ONOFRIO, Rossella; MASELLA, Cristina. The Italian case of Lecco Innovation Living Lab: stakeholders' needs and activities to contribute to the technology innovation process in healthcare. In: *Proceedings of the Digital Living Lab Days Conference 2020*. 02 a 04 de setembro de 2020. European Network of Living Lab. Disponível em: [www.openlivinglabdays.com](http://www.openlivinglabdays.com). Acesso em 12 dez. 2020.
- MATEO BORGE, Iván. La robótica y la inteligencia artificial en la prestación de servicios jurídicos. In: NAVAS NAVARRO, Susana (Dir.). *Inteligencia artificial, tecnología y Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- MUNDO BANI. Disponível em: <https://www.revistaebs.com.br/artigos/do-mundovuca-para-o-mundo-bani/>. Acesso em 11 dez. 2020.
- PORTAL DE INOVAÇÃO DA UNISINOS. Disponível em: <http://www.unisinos.br/portal-de-inovacao/sobre>. Acesso em 12 dez. 2020.
- RECOMMENDATION of the Council on Artificial Intelligence, OECD/LEGAL/0449, Adopted on: 21/05/2019. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>. Acesso em 11 dez. 2020.
- RESOLUÇÃO DO PARLAMENTO EUROPEU, de 20 de outubro de 2020, que contém recomendações à Comissão sobre o regime relativo aos aspetos éticos da inteligência artificial, da robótica e das tecnologias conexas (2020/2012(INL)). Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275\\_PT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_PT.html). Acesso em 12 dez. 2020.

- SCHWAB, Klaus; DAVIS, Nicholas. *Aplicando a quarta revolução industrial*. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: EDIPRO, 2018.
- SILVA, Silvio Bitencourt da; BITENCOURT, Claudia Cristina. Living labs: rumo a um quadro conceitual. *XVI Congresso Latino-Americano de Gestão da Inovação*, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <http://altec2015.nitec.co/altec/papers/833.pdf>. Acesso em 12 dez. 2020.
- SILVA, Silvio Bitencourt da; BITENCOURT, Claudia Cristina. Open social innovation in living labs. In: *Revista Pensamento Contemporâneo em Administração*, v. 13, n. 3, 2019, Universidade Federal Fluminense. Disponível em: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/4417/441760609003/html/index.html>. Acesso em 12 dez. 2020.
- SILVA, Silvio Bitencourt da. *Universidade para Empresas: um relato de boas práticas do Portal de Inovação UNISINOS*. ANPROTEC, 2020.
- SMITH, Andrew. Franken-algorithms: the deadly consequences of unpredictable code. In: *The Guardian*, 30 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2018/aug/29/coding-algorithms-frankenalgos-program-danger>. Acesso em 12 dez. 2020.
- WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent. A right to reasonable inferences: re-thinking data protection law in the age of big data and AI. In: *Columbia Business Law Review*, v. 2019, Issue 2.
- WENG, Yueh-Hsuan *et al.* Intersection of “Tokku” Special Zone, Robots, and the Law: a case study on legal impacts to humanoid robots. In: *International Journal of Social Robotics*, v. 7, p. 841-857, 2015. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s12369-015-0287-x>. Acesso em 12 dez. 2020.
- WENG, Yueh-Hsuan; IZUMO, Takashi. Natural Law and its implications for AI Governance, In: *Delphi*, v. 3, Winter December 10, 2019. Disponível em: [https://works.bepress.com/weng\\_yueh\\_hsuan/118/](https://works.bepress.com/weng_yueh_hsuan/118/). Acesso em 11 dez. 2020.
- WESTERLUND, Mika; LEMINEN; Seppo; HABIB, Christ. Key constructs and a definition of Living Labs as innovation platforms. *Technology Innovation Management Review*, v. 8, n. 12, 2018, p. 51-62.
- ZETZSCHE, Dirk A. *et al.* Regulating a revolution: from regulatory sandboxes to smart regulation. In: *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, v. 23, n. 1, 2017.

---

<sup>238</sup> Este capítulo do livro é o resultado parcial das investigações científicas conduzidas pelo autor no âmbito dos seguintes projetos de pesquisa: a) Edital 10/2020 para o Programa de Bolsas de Estudo para Professores e Pesquisadores Santander (Brasil), projeto intitulado: “Estruturando alternativas inovadoras para regular os avanços da inteligência artificial: as possibilidades dos *Living labs* regulatórios”; b) Edital FAPERGS/CAPES 06/2018 – Programa de Internacionalização da Pós-Graduação no RS, projeto intitulado: “Sistema do Direito, novas tecnologias, globalização e o constitucionalismo contemporâneo: desafios e perspectivas”; c) o trabalho aqui apresentado também está vinculado à pesquisa realizada pelo autor no CEDIS – Centro de I & D sobre Direito e Sociedade, da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Portugal, e da investigação desenvolvida pelo autor junto ao Instituto Jurídico Portucalense, da Universidade Portucalense, Porto, Portugal.

<sup>239</sup> Pós-Doutor em Direito Público-Direitos Humanos, Universidade de Santiago de Compostela, Espanha; Doutor e Mestre em Direito Público, Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos; Coordenador Executivo do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da UNISINOS; Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito –Mestrado e Doutorado– da UNISINOS; Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq;

<sup>240</sup> FLORIDI, Luciano (Editor). *The Onlife Manifesto: being human in a hyperconnected era*. London: Springer Open, 2015.

<sup>241</sup> FLORIDI, Luciano. Soft Ethics and the Governance of the Digital. *Philosophy & Technology*, v. 31, 2018, p. 1-8.

- 242 SCHWAB, Klaus; DAVIS, Nicholas. *Aplicando a quarta revolução industrial*. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: EDIPRO, 2018.
- 243 BENNETT, Nathan; LEMOINE, G. James. What VUCA really means for you. In: *Harvard Business Review*, January-February 2014. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2389563>. Acesso em 11 dez. 2020.
- 244 MUNDO BANI. Disponível em: <https://www.revistaebs.com.br/artigos/do-mundo-vuca-para-omundo-bani/>. Acesso em 11 dez. 2020.
- 245 DELGADO, Alberto. *La sociedad hiperdigital: las 10 fuerzas que cambiarán nuestras vidas*. Bogotá: Ecoe Ediciones: Libros de Cabecera, 2019; BELDA, Ignasi. *Inteligencia artificial: de los circuitos a las máquinas pensantes*. Barcelona: RBA Libros, 2017; IGNACIO LATORRE, José. *Ética para máquinas*. Bogotá: Editorial Planeta, 2019.
- 246 SMITH, Andrew. Franken-algorithms: the deadly consequences of unpredictable code. In: *The Guardian*, 30 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2018/aug/29/coding-algorithms-frankenalgos-program-danger>. Acesso em 12 dez. 2020.
- 247 ARAÚJO, Fernando. Inteligência artificial e possibilidades de emulação do raciocínio jurídico. In: ROCHA, Manuel Lopes; PEREIRA, Rui Soares; TRIGO, Ana Coimbra (Coord.). *Inteligência artificial & Direito*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 37-50.
- 248 MATEO BORGE, Iván. La robótica y la inteligencia artificial en la prestación de servicios jurídicos. In: NAVAS NAVARRO, Susana (Dir.). *Inteligencia artificial, tecnología y Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017; ENGELMANN, Wilson; BARCAROLLO, Felipe. Inteligência artificial na advocacia no século XXI. In: MIRANDA, José Eduardo de; HUPFFER, Haide Maria; ENGELMANN, Wilson (Org.). *Direito e inteligência artificial: o desafio ético no emprego das novas tecnologias*. Curitiba: Brazil Publishing, 2020, p. 251-286; ENGELMANN, Wilson; WERNER, Deivid Augusto. Inteligência artificial e Direito. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Coord.). *Inteligência artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2020, p. 145-174.
- 249 ZETZSCHE, Dirk A. *et al.* Regulating a revolution: from regulatory sandboxes to smart regulation. In: *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, v. 23, n. 1, 2017.
- 250 ALMIRALL, E.; WAREHAM, J. Living labs and open innovation: roles and applicability. *Electronic Journal for Virtual Organizations and Networks*, v. 10, p. 21-46, 2008; SILVA, Silvio Bitencourt da; BITENCOURT, Claudia Cristina. Living labs: rumo a um quadro conceitual. *XVI Congresso Latino-Americano de Gestão da Inovação*, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <http://altec2015.nitec.co/altec/papers/833.pdf>. Acesso em 12 dez. 2020; SILVA, Silvio Bitencourt da; BITENCOURT, Claudia Cristina. Open social innovation in living labs. In: *Revista Pensamento Contemporâneo em Administração*, v. 13, n. 3, 2019, Universidade Federal Fluminense. Disponível em: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/4417/441760609003/html/index.html>. Acesso em 12 dez. 2020.
- 251 DI FELICE, Massimo. *Paisagens pós-urbanos: o fim da experiência urbana e as formas comunicativas do habitar*. São Paulo: Annablume, 2009, p. 269.
- 252 DI FELICE, Massimo. *Paisagens pós-urbanos: o fim da experiência urbana e as formas comunicativas do habitar*. São Paulo: Annablume, 2009, p. 269.
- 253 ENOLL. The European Network of Living Labs. Disponível em: <https://enoll.org/about-us/what-are-living-labs/>. Acesso em 12 dez. 2020.
- 254 HOSSAIN, Mokter; LEMINEN, Seppo; WESTERLUND, Mika. A systematic review of living lab literature. *Journal of Cleaner Production*, v. 213, p. 976-988, 2019.
- 255 WESTERLUND, Mika; LEMINEN, Seppo; HABIB, Christ. Key constructs and a definition of Living Labs as innovation platforms. *Technology Innovation Management Review*, v. 8, n. 12, 2018, p. 51-62.
- 256 MARONE, Laura; ONOFRIO, Rossella; MASELLA, Cristina. The Italian case of Lecco Innovation Living Lab: stakeholders' needs and activities to contribute to the technology innovation process in healthcare. In: *Proceedings of the Digital Living Lab Days Conference 2020*. 02 a 04 de setembro de 2020. European Network of Living Lab. Disponível em: [www.openlivinglabdays.com](http://www.openlivinglabdays.com). Acesso em 12 dez. 2020.
- 257 PORTAL DE INOVAÇÃO DA UNISINOS. Disponível em: <http://www.unisinis.br/portal-deinovacao/sobre>. Acesso em 12 dez. 2020. Consultar, também: SILVA, Silvio Bitencourt da. *Universidade para Empresas: um relato de boas práticas do Portal de Inovação UNISINOS*. ANPROTEC, 2020.
- 258 WENG, Yueh-Hsuan *et al.* Intersection of “Tokku” Special Zone, Robots, and the Law: a case study on legal impacts to humanoid robots. In: *International Journal of Social Robotics*, v. 7, p. 841-857, 2015. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s12369-015-0287-x>. Acesso em 12 dez. 2020.

<sup>259</sup> Além das mencionadas acima, o conjunto de iniciativas internacionais de princípios e inteligência artificial foi resumida por Yueh-Hsuan Weng, Takashi Izumo (Natural Law and its Implications for AI Governance, In: *Delphi*, v. 3, Winter December 10, 2019. Disponível em: [https://works.bepress.com/weng\\_yueh\\_hsuan/118/](https://works.bepress.com/weng_yueh_hsuan/118/). Acesso em 11 dez. 2020), e são as seguintes: In 2014 the EU introduced guidelines for regulating robotics, the so called FP7 Robolaw Project. In 2016 the EU Parliament published the Draft Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics and in 2019 the AI HLEG, an expert group set up by the EU Commission, published the Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence (AI). There have also been many soft law initiatives outside of Europe, such as the IEEE's Ethically Aligned Design, the Future of Life's Asilomar 23 AI Principles, and the Japanese Society for Artificial Intelligence's Ethical Guidelines.

<sup>260</sup> Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275\\_PT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_PT.html). Acesso em 12 dez. 2020.

<sup>261</sup> Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>. Acesso em 11 dez. 2020.

<sup>262</sup> Disponível em: [www.coe.int/cepej](http://www.coe.int/cepej). Acesso em 11 dez. 2020.

<sup>263</sup> Disponível em: [http://www.iso.org/iso/catalogue\\_detail.htm?csnumber=53820](http://www.iso.org/iso/catalogue_detail.htm?csnumber=53820). Acesso em 12 dez. 2020.

<sup>264</sup> WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent. A right to reasonable inferences: re-thinking data protection law in the age of big data and AI. In: *Columbia Business Law Review*, v. 2019, Issue 2.

No copyright found.



## A imprescindibilidade da educação ambiental para a cooperação internacional em prol do desenvolvimento sustentável

GABRIELA SOLDANO GARCEZ<sup>265</sup>RENATA SOARES BONAVIDES<sup>266</sup>

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO. 1. *A Educação como Mecanismo para o Desenvolvimento Global Sustentável no Sistema Internacional*. 2. *Finalidade e Importância da Educação para o Desenvolvimento Sustentável*. II. CONCLUSÃO. III. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### . INTRODUÇÃO

A difusão de conhecimento é essencial e requisito fundamental para a transformação da realidade e da sociedade, bem como para a consecução de pautas em prol do Direito Ambiental Internacional, como é o caso do desenvolvimento sustentável, pautado nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU)<sup>267</sup>.

Nesse sentido, a educação para o desenvolvimento sustentável deve ser implementada em todos os ambientes de aprendizado possíveis (formais e não formais), e viabilizada por meio de cooperação internacional através de mecanismos de governança que permitam a participação ampliada (inclusão dos atores estatais e não estatais na formulação de políticas em prol do desenvolvimento sustentável), com o objetivo de capacitar todos os agentes públicos e privados para a adoção de práticas que estimulem o direito ao desenvolvimento e a proteção do meio ambiente, para que seja possível a criação de entes multiplicadores de sentido positivo, organizados para contribuir com as questões voltadas ao direito do desenvolvimento sustentável das futuras gerações.

Isso porque, para embarcar no caminho para o desenvolvimento sustentável de modo global é exigida da sociedade internacional uma profunda transformação para a criação de um mundo mais engajado com questões relacionadas ao meio ambiente, conforme descrito nos ODS, contidos na Agenda 2030, pois essa transformação exige que todos os atores se tornem agentes de mudança, o que deve ser implementado através da criação de conhecimentos, habilidades, valores e atitudes que possam capacitá-los a contribuir para o desenvolvimento sustentável (implementado pela viabilização por *capacity-building* através da educação, promovida por meios de cooperação internacional, viabilizada pela governança).

É, por esta razão, que, a educação é o instrumento fundamental na obtenção dos ODS, uma vez que é necessária uma mudança de mentalidade sobre o papel da educação no contexto de desenvolvimento global, pois a mesma possui essencial impacto no bem-estar dos indivíduos e no futuro do planeta. Isso porque, a educação tem, dessa forma, a responsabilidade de dar sentido aos desafios e aspirações do direito ao desenvolvimento e promover valores, saberes e habilidades que possam levar a um crescimento sustentável, inclusivo, resiliente e pacífico (de forma duradoura), que promova o crescimento econômico aliado às questões ambientais e sociais, o que está plenamente de acordo com os ODS da Agenda 2030.

Dessa forma, o presente capítulo (através de uma análise de referencial bibliográfico, feita através de método dedutivo-crítico) visa a discussão da educação para o desenvolvimento sustentável por meio de cooperação internacional promovida pela governança, de modo a contribuir para a adoção de uma nova visão em prol do desenvolvimento global sustentável a fim de capacitar os atores estatais ou não do Direito Internacional a tomarem decisões e ações mais responsáveis para com o meio ambiente com base em critérios de integridade, viabilidade econômica e sociedade justa para o presente e futuras gerações (tornando-se agentes multiplicadores de sentido positivo em prol do desenvolvimento sustentável), levando em consideração que já existem parâmetros e ações a nível internacional (nas quatro principais vertentes deste capítulo, quais sejam: educação, cooperação internacional, governança, direito ao desenvolvimento), bem como importantes marcos regulatórios (nacionais e internacionais) para a promoção de uma boa educação sustentável global.

### 1. A EDUCAÇÃO COMO MECANISMO PARA O DESENVOLVIMENTO GLOBAL SUSTENTÁVEL NO SISTEMA INTERNACIONAL

A educação é o instrumento com potencial de acabar com a ignorância acerca do desenvolvimento sustentável (nos termos trazidos pela Agenda 2030, da ONU), oferecendo alternativas para viabilizar princípios básicos do Direito Ambiental Internacional, proporcionando condições de vida humana com qualidade, através da criação de competências que possam capacitar os atores nacionais e internacionais (estatais e não estatais de acordo com a participação ampliada, permitida por meio da governança global em prol do desenvolvimento) a refletir sobre suas próprias ações, levando em consideração impactos sociais, culturais, econômicos e ambientais atuais e futuros de suas ações, numa perspectiva de diálogo entre a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais entre o local e o global, a fim de que possam participar de processos sociopolíticos, movendo as sociedades em direção ao desenvolvimento sustentável nos termos dos ODS, e, demonstrando, assim, a importância dos mecanismos internacionais (como tratados, costumes e decisões de organizações internacionais) na consolidação do direito ao desenvolvimento sustentável (uma vez que possuem o potencial integrador e condutor de ações para a proteção global).

Dessa forma, a Educação para o Desenvolvimento Sustentável deve ser entendida como parte integrante da educação de qualidade e, de modo desafiador, da educação contemporânea em prol dos Direitos Humanos. É, portanto, um mecanismo a ser utilizado para conscientizar e sensibilizar toda a comunidade internacional nos princípios de sustentabilidade, justiça socioambiental, precaução e prevenção, entre outros.

Para tanto, é necessária a implementação de mecanismos que assegurem a conscientização, provocando uma mudança na ação socioambiental com o objetivo de proporcionar a participação efetiva da sociedade internacional para a implementação de um processo de aprendizado socioambiental, que despertará tanto a cidadania, quanto a responsabilidade ambiental. Este é o instrumento a ser utilizado para a construção de uma nova sociedade sustentável, sob o fundamento de novos valores ambientais, que ocasionarão uma transformação pública e política, sendo, portanto, indissociável da dignidade da pessoa humana, o que lhe confere o status de um direito humano e fundamental. Dessa forma, os atores não estatais e os clássicos sujeitos de Direito Internacional (com interações observados sob o ponto de partida do Direito Ambiental Internacional) não só podem como devem considerar suas responsabilidades em lidar intensamente com questões de desenvolvimento sustentável global, e, com isso, fomentar o crescimento de competências para a sustentabilidade.

Trata-se, portanto, de uma luz transformativa e orientada para a ação que torna possível o desenvolvimento de competências-chave ou habilidades necessárias para promover a sustentabilidade, bem como outros direitos e liberdades fundamentais (essencialmente voltados para a democracia).

Neste contexto, o reconhecimento internacional da educação como um facilitador chave para o caminho do desenvolvimento sustentável tem crescido continuamente.

A Declaração Universal de Direitos Humanos, da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948<sup>268</sup>, logo em seu preâmbulo, afirma a importância da educação para a concretização de todos os outros direitos por ela proclamados, logo em seu preâmbulo: “com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades”. A mesma Declaração estabelece o direito à educação, no artigo XXVI, com especial relevância ao item n. 2<sup>269</sup>:



A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz.

Ademais, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>270</sup> afirma que a educação “*deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre*” (artigo 13, §1º), inclusiva e, inerentemente plural.

A educação também é prevista na Declaração de Estocolmo, de 1972, no Princípio 19 (como elemento “*indispensável*” para “*um esforço para a educação em questões ambientais [...]*”)<sup>271</sup>, e, posteriormente, durante a mesma Conferência de Estocolmo, foi desenvolvido o Programa Ambiental da Organização das Nações Unidas (PNUMA) e o Plano de Ação Mundial para a Educação Ambiental, mediante a Resolução nº. 96, da Declaração, que serviu de base para que, em 1975, na cidade de Belgrado, fosse lançado o Programa Internacional de Educação Ambiental (PIEA), pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) e pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA)<sup>272</sup>, que estabelece os princípios orientadores da educação ambiental em nível global.

Este Encontro resulta na Carta de Belgrado<sup>273</sup>, que tem como meta determinar que a educação para a sustentabilidade deve ser contínua, multidisciplinar, integrada às diferenças regionais e voltada aos interesses nacionais, além de crítica em relação ao modelo de desenvolvimento (muitas vezes exploratório) em curso.

Em seguida, a Conferência Intergovernamental sobre Educação Ambiental, conhecida como Conferência de Tbilisi, de 1977, a mais importante Conferência sobre Educação a nível intergovernamental, afirma que:

A educação ambiental é o resultado de uma reorientação e articulação de diversas disciplinas e experiências educativas que facilitam a percepção integrada do meio ambiente, tornando possível uma ação mais racional e capaz de responder às necessidades sociais<sup>274</sup>.

Além disso, a educação é pano de fundo de todos os 17 ODS (bem como de cada uma de suas metas), ao procurar conciliar proteção ambiental com justiça social e eficiência econômica<sup>275</sup>, através do incentivo à participação de cada cidadão, governo e sociedade civil, permitindo, portanto, a ampla participação por meio de instrumentos dispostos pela governança global internacional, como: novas parcerias mundiais, criação de Regimes Internacionais, instrumentos legais facilitados e facilitadores, paradiplomacia, entre outros, construídos a fim de transformar o mundo por meio de políticas de responsabilidade entre os mais diferentes setores, viabilizadas através de participação multinível, tendo em mente a atual Sociedade Globalizada e do Risco<sup>276</sup>, que coloca como áreas prioritárias: erradicação da pobreza, proteção ao planeta, garantia de uma vida prospera para todos, paz universal e a mobilização de parcerias para o alcance das propostas.

Dessa forma, a educação foi reconhecida nas principais cúpulas sobre desenvolvimento sustentável global, o que denota força moral e aspiracional da temática (inclusive como mecanismo de estratégia para a implementação dos ODS), e proclama o pedido por uma pedagogia transformativa para o desenvolvimento sustentável, orientada para ações efetivas por parte dos diversos atores internacionais, a fim de integrar os princípios e práticas do desenvolvimento a todos os aspectos da educação, estimulando a produção de mudanças, valores e atitudes a fim de permitir uma sociedade mais justa para todos.

Assim, devido a sua importância, a educação pode ser entendida como a base para a criação de responsabilidades em prol do Direito Ambiental Internacional, bem como que os tratados internacionais já existentes sobre a temática (verdadeiros marcos regulatórios do desenvolvimento global sustentável) podem influenciar a consecução de políticas baseadas em governança para a promoção do desenvolvimento sustentável.

## 2. FINALIDADE E IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Diante da contextualização apresentada anteriormente, percebe-se que, o conhecimento é essencial para a formação da Educação para o Desenvolvimento Sustentável, que passa a ser catalizador do cumprimento da proteção ambiental em nível internacional, criando Agendas através de cooperação internacional, viabilizadas por meio da governança.

Surge a necessidade, então, de outra abordagem através de uma estrutura que permite novos regimes jurídicos para enfrentamento desta complexidade, com a utilização de instrumentos e o auxílio de novos atores no cenário internacional por meio de mecanismos de solução interdisciplinares, e, novos modelos de enfrentamento. Itens verificados através da implementação da governança, a fim de criar um compromisso exigido de atores e sujeitos de Direito Internacional pelo desenvolvimento sustentável<sup>277</sup>.

Dessa forma, para a prática da “boa governança”, é necessário o reconhecimento de que problemas comuns exigem ações conjuntas, através da chamada “participação ampliada”, aquela que vai além dos Estados e das Organizações Internacionais (clássicos sujeitos de Direito Internacional), e que, principalmente, permitam o fortalecimento das instituições (com participação de atores não estatais), com a utilização de mecanismos como a paradiplomacia e os fóruns internacionais como expressões de um movimento internacional pela busca de soluções baseadas no consenso, formulado com a participação de todos os interessados.

Assim, a governança torna-se um instrumento também de implementação internacional da educação, a fim de viabilizar o direito ao desenvolvimento, porque este faz parte do rol de Direitos Humanos, correspondente e essencialmente conectado aos direitos de titularidade coletiva, ou seja, são necessárias ações coletivas (baseadas em cooperação) por todos os interessados e responsáveis, para que o direito ao desenvolvimento (no que se refere ao desenvolvimento sustentável) seja implementado, tendo em vista que a necessidade de obtenção dos demais direitos humanos, bem como diversas das liberdades fundamentais, podem ser auferidas por meio do direito ao desenvolvimento, conforme o artigo 1º, da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1986, que “colocou inequivocamente ser o direito ao desenvolvimento um direito humano”<sup>278</sup>.

Isso porque, no âmbito da ONU, foi atribuída ao direito ao desenvolvimento a noção de síntese (segundo a “teoria da síntese”<sup>279</sup>) de todos os demais direitos humanos, diante da característica de interdependência dos direitos humanos<sup>280</sup> com o

objetivo intrínseco de promovê-los e protegê-los, tanto de forma nacional quanto internacional<sup>281</sup>. É, portanto, (além de um direito humano em si) um meio necessário para a realização dos demais direitos humanos, como uma síntese de todos os outros, inclusive aqueles dispostos da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), de 1948.

Assim, em razão da “teoria da síntese”, o direito ao desenvolvimento é o “arcabouço”<sup>282</sup> necessário para a existência dos outros direitos humanos, e, para tanto, é necessária a adequada implementação da educação para o desenvolvimento global.

## I. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, espera-se que os Estados tomem medidas resolutas para o alcance do direito ao desenvolvimento, com a implementação de mecanismos de cooperação internacional para o alcance deste direito humano essencial à dignidade, a fim de promover padrões de vida, emprego, condições de progresso e desenvolvimento, procurando resolver os problemas internacionais (a fim de garantir qualidade de vida), observando (e respeitando) os direitos humanos e as liberdades fundamentais, sem distinção de raça, sexo, língua, religião ou qualquer outra condição.

Assim, o avanço da concretização de um futuro baseado no sistema de direito ao desenvolvimento é conceito base de sustentação da Agenda 2030, mas somente será possível mediante a conscientização de todos da importância da defesa e proteção do meio ambiente, capaz de formar “agentes de mudança”<sup>283</sup> comprometidos com melhores práticas ambientais, voltadas para a edificação e manutenção do desenvolvimento sustentável.

A educação torna-se, assim, elemento integrante do processo de participação e de cooperação dos atores e dos sujeitos de Direito Internacional nas questões de Direito Ambiental Internacional, além de ser considerado um instrumento de viabilização dos demais direitos e liberdades fundamentais, fortalecendo o sistema de direitos humanos (pois, exige condições adequadas para as suas realizações, demandando participação ativa de todos, principalmente no que se refere a multidimensionalidade do desenvolvimento)<sup>284</sup>.

Assim, a implementação da educação privilegia o respeito à dignidade da pessoa humana, além de reforçar a garantia dos demais direitos humanos e liberdades fundamentais, sendo indissociável da dignidade da pessoa humana. Pois, sem dúvida, a educação é o instrumento a ser utilizado para a construção de uma nova sociedade sustentável, sob o fundamento de novos valores, que ocasionarão uma transformação pública e política, principalmente no que se refere, por exemplo, a exploração dos recursos naturais, na disposição dos resíduos, no consumo, na conscientização e da degradação do patrimônio natural, entre outros fatores de suma importância.

Trata-se, portanto, de uma mudança de paradigma essencial para a realização das mudanças necessárias em prol do desenvolvimento sustentável (visando a obtenção de cada meta dos ODS, da Agenda 2030, antes mencionadas), o que pode ser viabilizado por meio da Educação para a Sustentabilidade.

## II. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de Oliveira S. Considerações a Respeito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à luz do Direito ao Desenvolvimento. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Líliliana Lyra. O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: QuartierLatin, 2009.
- BECK, Ulrich. Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.
- GONÇALVES, Alcindo. Governança Global e o Direito Internacional Público. In JUBILUT, Líliliana Lyra (org). Direito Internacional Atual. São Paulo: Elsevier, 2014. MATIAS, Eduardo Felipe P. A humanidade contra as cordas: a luta da sociedade global pela sustentabilidade. 1.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2014.
- MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Histórico mundial, s/d. Disponível em: <<https://www.mma.gov.br/educacao-ambiental/pol%C3%ADtica-nacional-deeduca%C3%A7%C3%A3o-ambiental/historico-mundial.html>>. Acesso em: 23 set. 2020.
- Recomendações de Tbiliso, 1977. Disponível em: <<https://www.mma.gov.br/informma/item/8065-recomenda%C3%A7%C3%B5es-de-tbilisi.html>>. Acesso em: 23 set. 2020.
- OLIVEIRA, Silvia Menicucci de. O direito ao desenvolvimento: teorias e estratégias de implementação. 2006.Tese (Doutor em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
- ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável, 2015. Disponível em: <<http://www.agenda2030.org.br/>>. Acesso em: 22 set. 2020.
- E/CN.4/1334, janeiro de 1979. The international dimensions of the right to development as a human right in relation with other human rights based on international co-operation, including the right to peace, taking into account the requirements of the New International Economic Order and the fundamental human needs, Report of the Secretary-General. Disponível em: <<https://digitallibrary.un.org/record/6652>>. Acesso em 18 out. 2020
- Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <[https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr\\_translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf)>. Acesso em: 22 set. 2020.
- Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2020.
- Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano, 1972. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>>. Acesso em: 22 set. 2020.
- Carta de Belgrado, 1975. Disponível em: <[http://www.fzb.rs.gov.br/upload/20130508155641carta\\_de\\_belgrado.pdf](http://www.fzb.rs.gov.br/upload/20130508155641carta_de_belgrado.pdf)>. Acesso em: 23 set. 2020.
- PNUD (PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: Dos ODM aos ODS, s/d. Disponível em: <<https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/post-2015.html>>. Acesso em: 23 set. 2020.
- SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia de bolso, 2010.
- SENGUPTA, ARJUN. O Direito ao desenvolvimento como um direito humano: a verdadeira liberdade individual não pode existir sem segurança econômica e independência. Social Democracia Brasileira, p. 64-84, 2002.

<sup>265</sup> Pós-doutora pela Universidade Santiago de Compostela/Espanha. Doutora em Direito Ambiental Internacional e Mestre em Direito Ambiental, pela Universidade Católica de Santos. Docente permanente do Programa da Pós Graduação Stricto Sensu (Mestrado e doutorado) e da Graduação da Universidade Católica de Santos. Email: gabrielasoldano@unisantos.br

<sup>266</sup> Docente permanente do Programa da Pós Graduação Stricto Sensu (Mestrado e doutorado) e da Graduação da Universidade Católica de Santos. Diretora da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Santos. Email: renata.bonavides@unisantos.br.

<sup>267</sup> ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável, 2015. Disponível em: <<http://www.agenda2030.org.br/>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

<sup>268</sup> ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <[https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr\\_translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf)>. Acesso em: 24 nov. 2020.

<sup>269</sup> *Ibid.*

<sup>270</sup> ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

<sup>271</sup> ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano, 1972. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>>. Acesso em: 25 nov. 2020.

<sup>272</sup> MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Histórico mundial, s/d. Disponível em: <<https://www.mma.gov.br/educacao-ambiental/pol%C3%ADtica-nacional-deeduca%C3%A7%C3%A3o-ambiental/historico-mundial.html>>. Acesso em: 23 nov. 2020.

<sup>273</sup> ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). Carta de Belgrado, 1975. Disponível em: <[http://www.fzb.rs.gov.br/upload/20130508155641carta\\_de\\_belgrado.pdf](http://www.fzb.rs.gov.br/upload/20130508155641carta_de_belgrado.pdf)>. Acesso em: 02 nov. 2020.

<sup>274</sup> MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Recomendações de Tbiliso, 1977. Disponível em: <<https://www.mma.gov.br/informma/item/8065-recomenda%C3%A7%C3%B5es-de-tbilisi.html>>. Acesso em: 26 nov. 2020.

<sup>275</sup> PNUD (PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: Dos ODM aos ODS, s/d. Disponível em: <<https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/post-2015.html>>. Acesso em: 26 nov. 2020.

<sup>276</sup> De acordo com expressão criada por Ulrich Beck para definir uma sociedade tecnológica que cria riscos inerentes à vida humana e à obtenção de direitos básicos. Cf. BECK, Ulrich. Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

<sup>277</sup> GONÇALVES, Alcindo. Governança Global e o Direito Internacional Público. In JUBILUT, Líliliana Lyra (org). Direito Internacional Atual. São Paulo: Elsevier, 2014. p. 84.

<sup>278</sup> SENGUPTA, Arjun. O Direito ao desenvolvimento como um direito humano: a verdadeira liberdade individual não pode existir sem segurança econômica e independência. Social Democracia Brasileira, p. 64-84, 2002. p. 64.

<sup>279</sup> Cf. Documento da ONU: E/CN.4/1334, janeiro de 1979. The international dimensions of the right to development as a human right in relation with other human rights based on international

co-operation, including the right to peace, taking into account the requirements of the New International Economic Order and the fundamental human needs, Report of the Secretary-General. Disponível em: <<https://digitallibrary.un.org/record/6652>>. Acesso em 28 nov. 2020.

<sup>280</sup> OLIVEIRA, Sílvia Menicucci de. O direito ao desenvolvimento: teorias e estratégias de implementação. 2006.Tese (Doutor em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

<sup>281</sup> APOLINÁRIO, Sílvia Menicucci de Oliveira S. Considerações a Respeito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à luz do Direito ao Desenvolvimento. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Lílina Lyra. O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 677.

<sup>282</sup> APOLINÁRIO, Sílvia Menicucci de Oliveira S. *op. cit.*, p. 679.

<sup>283</sup> MATIAS, Eduardo Felipe P. A humanidade contra as cordas: a luta da sociedade global pela sustentabilidade. 1.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2014. p. 281.

<sup>284</sup> Cf. SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia de bolso, 2010.

No copyright found.

24 JUN 2021

## **Derecho Iberoamericano en análisis, 1ª ed., mayo 2021**

A Ecologização Da Jurisprudência Da Corte Interamericana De Direitos Humanos E O Reconhecimento Do Direito Humano À Água Á Luz Do Caso “Comunidades Indígenas Membros Da Associação Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina”

### **A ecologização da jurisprudência da corte interamericana de Direitos Humanos e o reconhecimento do direito humano à água á luz do caso “comunidades indígenas membros da Associação Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”**

CAROLINA MERIDA<sup>285</sup>

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO. II. A DIMENSÃO AMBIENTAL DOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA INTERAMERICANO. III. OPINIÃO CONSULTIVA 23/2017 E O GIRO HERMENÊUTICO NA INTERPRETAÇÃO DA CORTE IDH. IV. DIREITO HUMANO À ÁGUA À LUZ DO CASO “COMUNIDADES INDÍGENAS MEMBROS DA ASSOCIAÇÃO LHAKA HONHAT (NUESTRA TIERRA) VS. ARGENTINA”. V. CONSIDERAÇÕES FINAIS. VI. REFERÊNCIAS.

#### **. INTRODUÇÃO**

Malgrado a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) não contenham referência expressa ao direito ao meio ambiente sadio e equilibrado em seus respectivos textos, evidencia-se tanto da atuação da Comissão como da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) a consolidação da possibilidade de tutela de temas ambientais no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH).

Esse movimento, resultante do agravamento da degradação dos recursos naturais em âmbito global e da ausência de um órgão ou tribunal internacional com jurisdição específica em matéria ambiental, tem sido chamado pela doutrina de *greening*<sup>286</sup> ou esverdeamento do direito internacional dos direitos humanos.

O debate acerca da inter-relação e da interdependência entre os direitos humanos e o direito ao meio ambiente iniciado na Conferência de Estocolmo de 1972, em especial o direito humano de acesso à água, torna-se ainda mais relevante diante da atual pandemia deflagrada pelo coronavírus<sup>287</sup>.

Na América Latina, região mais desigual do planeta, muitos povos e comunidades estão alijados do direito de acesso à água e ao saneamento básico, o que os coloca em situação de extrema vulnerabilidade e ameaça a fruição dos direitos à vida, à integridade pessoal, à saúde, entre outros direitos humanos tutelados pelo SIDH.

Desse modo, no atual contexto de crise sanitária, mudanças climáticas e recorrentes retrocessos na efetiva tutela do meio ambiente em países latinoamericanos, a presente pesquisa visa debater os contributos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos para a concretização do direito humano à água potável<sup>288</sup>, a partir de uma análise qualitativa dos casos levados à apreciação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos

envolvendo matéria ambiental, nomeadamente da Opinião Consultiva 23/2017 da Corte IDH<sup>289</sup> e do recente Caso “Comunidades indígenas membros da associação LhakaHonhat (nuestratierra) vs. Argentina (2020)”<sup>290</sup>.

## I. A DIMENSÃO AMBIENTAL DOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA INTERAMERICANO

Em que pese a “humanização” do direito ao meio ambiente ter se refletido tanto no Sistema Interamericano como no Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos<sup>291</sup>, referido processo se deu de forma distinta.

Enquanto o Sistema Europeu examinou casos envolvendo poluição e questões de vizinhança, eminentemente urbanas<sup>292</sup>; a Comissão e a Corte IDH pautaram “a temática de meio ambiente e direitos humanos, em sua grande maioria, com base na proteção de terras indígenas, questões relacionadas a zonas rurais e uso de áreas para depósitos de lixo”<sup>293</sup>.

Ao destacar o processo de *greening* dos sistemas de proteção dos direitos humanos iniciado no final do século XX, Mazzuoli e Teixeira<sup>294</sup> apontam outra distinção. Se, de um lado, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981) e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988) passaram a contemplar expressamente o direito ao meio ambiente sadio nos respectivos textos; por outro, o Sistema Europeu abarcou a temática ambiental na sua esfera de proteção por meio da jurisprudência evolutiva da Corte Europeia de Direitos Humanos, haja vista a ausência de dispositivos relacionados à proteção ambiental no texto da Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950.

Os primeiros casos da Comissão e da Corte IDH relacionando direitos humanos e meio ambiente foram, respectivamente, o caso “Povo Yanomami vs. Brasil” (Resolução n. 12/85)<sup>295</sup>, em que examinou-se a violação de direitos humanos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) resultante da construção de uma rodovia em território amazônico habitado pelos Yanomamis; e o caso “Comunidade Indígena AwasTingniMayagna (Sumo) vs. Nicarágua”<sup>296</sup>, acerca da concessão irregular de exploração madeireira em terras indígenas e a conseqüente violação de direitos humanos.

Inicialmente, a proteção do meio ambiente e dos recursos naturais (a exemplo da água) no SIDH se deu de forma indireta, por via reflexa, reconhecendo-se o direito humano ao meio ambiente pela via jurisprudencial quando fatores ambientais impedissem ou, de algum modo, limitassem o gozo de direitos humanos expressamente previstos<sup>297</sup> (visão antropocêntrica).

Em outras palavras, o processo de ecologização da jurisprudência da Corte IDH foi fruto do diálogo com as decisões proferidas pela Corte Europeia, tendo sido pavimentado por meio da interpretação evolutiva e extensiva dos direitos civis e políticos tutelados pelo Pacto de San Jose da Costa Rica, a exemplo do direito à vida (artigo 4), do direito à integridade pessoal (artigo 5), do direito de propriedade (artigo 21), do direito à informação e participação pública (artigo 13) e do direito de acesso à Justiça (artigos 8 e 25), entre outros.

A aludida técnica fora forjada ante o entendimento até então vigente na jurisprudência da Corte IDH, que se posicionava no sentido da impossibilidade de justiciabilidade (tutela direta e objetiva) do “direito a um meio ambiente sadio” previsto no artigo 11 do Protocolo Adicional de San Salvador (1988), instrumento em que estão albergados os direitos econômicos, sociais e culturais<sup>298</sup>.

Sobre o papel fundamental desempenhado pelo SIDH na tutela internacional do meio ambiente e na definição de parâmetros mínimos de proteção em matéria ambiental através do diálogo entre as fontes<sup>299</sup> e entre os tribunais internacionais de direitos humanos, é preciso ressaltar que não se limita à solução de conflitos no âmbito internacional, mas contribui, em especial, às relações jurídicas de âmbito interno, haja vista que serve “de

incentivo aos Estados-partes da Convenção Americana na adoção em seus respectivos sistemas jurídicos de posturas mais eficazes à solução de conflitos e à proteção do meio ambiente e dos direitos humanos”<sup>300</sup>.

Contudo, Flavia Piovesan<sup>301</sup> alerta que as contribuições da Comissão e da Corte IDH poderiam ser ainda maiores com “a expansão do universo de Estados-partes da Convenção Americana (que contava com 24 Estados-partes em 2020) e sobretudo do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (que contava apenas com 16 Estados-partes em 2020)”. Quanto à jurisdição da Corte IDH, a autora critica o fato de apenas 21, dos 35 Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), a reconhecerem até a presente data.

Apesar do inegável protagonismo da Comissão e da Corte IDH na tutela do meio ambiente por intermédio dos mecanismos regionais de proteção aos direitos humanos, a necessidade de demonstração, até o advento da Opinião Consultiva 23/2017 sobre “Meio ambiente e Direitos Humanos”, de que a degradação ambiental havia decorrido de violações a dispositivos da CADH, acabava por constituir “um ônus à proteção internacional do meio ambiente”<sup>302</sup>, carente de foro específico na esfera internacional.

## **II. OPINIÃO CONSULTIVA 23/2017 E O GIRO HERMENÊUTICO NA INTERPRETAÇÃO DA CORTE IDH**

Embora haja certo consenso quanto ao fato de que, em geral, “os governos que desprezam os direitos básicos de seus cidadãos freqüentemente protegem precariamente o meio ambiente”<sup>303</sup> e vice-versa, a proteção apenas indireta do direito ao meio ambiente implicava, na prática, óbices à efetividade da tutela das questões ambientais pelo SIDH.

Ocorre que recentemente, no dia 15 de novembro de 2017, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu a Opinião Consultiva 23/2017 a respeito das obrigações estatais em relação ao meio ambiente no âmbito da proteção e garantia dos direitos à vida (artigo 4 da CADH) e à integridade pessoal (artigo 5 da CADH), passando a reconhecer o direito ao meio ambiente como um direito humano autônomo, que apresenta uma dimensão individual e outra coletiva.

A partir dessa guinada interpretativa, a Corte IDH passou a reconhecer que sua jurisdição sobre a violação dos Estados ao direito ao meio ambiente independe da demonstração de violação de outros direitos humanos conexos, admitindo a tutela direta e objetiva do meio ambiente a partir da interpretação alargada do disposto no artigo 26 (desenvolvimento progressivo), inserido no Capítulo III da CADH (Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)<sup>304</sup>, e avançando sobre a proteção dos direitos da natureza em si, conforme se infere do trecho extraído da supramencionada opinião consultiva:

62. Esta Corte considera importante ressaltar que o direito ao meio ambiente saudável como direito autônomo, à diferença de outros direitos, protege os componentes do meio ambiente, tais como bosques, rios, mares e outros, como interesses jurídicos em si mesmos, ainda que ausente certeza ou evidência sobre o risco às pessoas individuais. Trata-se de proteger a natureza e o meio ambiente não somente por sua conexão com uma utilidade para o ser humano ou pelos efeitos que a degradação poderia causar em outros direitos das pessoas, como a saúde, a vida ou a integridade, mas em razão da sua importância para os demais organismos vivos com quem compartilhamos o planeta, também merecedores de proteção em si mesmos [...].<sup>305</sup>

Em relação ao conteúdo do direito humano autônomo ao meio ambiente sadio, este impõe aos Estados não apenas o dever genérico de respeitar, mas também a obrigação de garantir, consistente no dever positivo de adotar medidas jurídicas, políticas ou administrativas para proteger o direito humano ao meio ambiente, bem como tomar as providências cabíveis para investigar e punir eventuais violações a este direito e aos que lhe sejam interdependentes, a



exemplo do direito humano de acesso à água, tenham sido cometidas pelo próprio Estado ou por particulares, nos termos do estipulado nos artigos 1.1 e 2 da CADH<sup>306</sup>.

Paula Monteiro Danese exalta a referida decisão, destacando que a visão da Corte IDH “vai além do antropocentrismo”, tratando-se de “um norte aos Estados membros da Organização<sup>307</sup>, pois ainda que tenha sido solicitada pelo Estado Colombiano, não fica adstrita a este país, entendendo que quando se fala de meio ambiente todos os Estados são afetados.”<sup>308</sup>

Acerca do alcance das opiniões consultivas emitidas pela Corte IDH e de seu valor como “res interpretata”, Siddharta Legale<sup>309</sup> leciona que:

[...] as decisões dos órgãos encarregados de aplicar a CADH devem se revestir de caráter obrigatório, especialmente quando têm caráter jurisdicional, como é o caso das opiniões consultivas.

Esta é a melhor interpretação da Convenção, considerando o princípio *pro persona*, positivado tanto no art. 29 da CADH<sup>310</sup>, quanto em diversas Constituições nacionais latino-americanas. Uma Corte com opiniões de caráter obrigatório é mais forte para proteger os direitos humanos do que uma Corte que emita opiniões meramente acadêmicas.

O referido pronunciamento da Corte IDH trouxe perspectivas importantes para a tutela da água enquanto direito humano autônomo, o que veio a ser reconhecido pela primeira vez no exercício da função contenciosa da Corte no Caso “Comunidades indígenas membros da associação Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina”, no dia 6 de fevereiro de 2020<sup>311</sup>.

## **V. DIREITO HUMANO À ÁGUA À LUZ DO CASO DO “COMUNIDADES INDÍGENAS MEMBROS DA ASSOCIAÇÃO LHAKA HONHAT (NUESTRA TIERRA) VS. ARGENTINA”**

Consoante examinado em linhas pretéritas, em 2017, a Corte IDH proferiu a Opinião Consultiva 23 (OC 23/17), por meio da qual assentou a existência de um direito humano ao meio ambiente (direito autônomo e sindicalizável) em abstrato, vindo a proferir sentença histórica no caso “Lhaka Honhat (Nossa Terra) vs. Argentina” (2020), ao aplicar os padrões interpretativos de proteção consubstanciados na referida OC 23/17.

Na oportunidade, as comunidades indígenas alegaram violação de seus direitos humanos ao meio ambiente saudável, à água, ao alimento e à participação na vida cultural, com fundamento na interpretação alargada do artigo 26 da CADH, em razão das atividades agropecuárias praticadas em seu território, as quais, segundo constou da denúncia apresentada, eram de conhecimento do Estado argentino<sup>312</sup>.

Em linhas gerais, para além de reafirmar seus precedentes sobre a propriedade indígena e as obrigações do Estado em relação à garantia do direito à propriedade comunitária, a Corte IDH, pela primeira vez, reconheceu expressamente em um caso concreto que a CADH compreende não apenas a proteção do direito ao meio ambiente sadio, como também do direito à alimentação adequada e do direito humano à água, entre outros, destacando a obrigação de desenvolvimento progressivo dos DESCAs (direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais) à luz do artigo 26 da CADH, bem como o princípio da interdependência<sup>313</sup> dos direitos humanos e seu caráter vinculante<sup>314</sup>.

Notadamente quanto ao direito humano à água, a Corte salientou que muito embora “não esteja reconhecido expressamente nos principais instrumentos de direitos humanos, é geralmente aceito que emana, *inter alia*, dos direitos à alimentação e ao meio ambiente”. Ademais, tal direito compreende “o acesso à água, livre de contaminação, para o consumo, o saneamento, a higiene pessoal e doméstica, a preparação de alimentos e o uso agrícola para a produção destes”<sup>315</sup>.

Em adição, a Corte IDH afirmou, por meio de interpretação evolutiva sustentada no diálogo entre as fontes, que o direito humano à água deriva das regras inseridas na Carta da OEA, das interpretações do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e das resoluções da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) e da OEA<sup>316</sup>.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se, do antes exposto, que a Corte IDH, influenciada pelas decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, passou, gradativamente, a atribuir uma dimensão ambiental aos direitos humanos sob sua jurisdição.

Ainda que inicialmente a proteção do meio ambiente no SIDH tenha se dado por via reflexa, ou seja, por meio da interpretação evolutiva e extensiva dos direitos civis e políticos tutelados pelo Pacto de San Jose da Costa Rica, a partir da emissão da Opinião Consultiva 23/2017, verifica-se um “giro hermenêutico” na interpretação promovida pela Corte IDH, que evoluiu no sentido de reconhecer um direito autônomo ao meio ambiente contemplado no artigo 26 da CADH e, portanto, passível de ser invocado de forma direta e exclusiva no âmbito da aludido tribunal.

Por fim, evidenciou-se que a Corte IDH, ao julgar o Caso “Comunidades indígenas membros da associação Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020), aplicou concretamente os padrões interpretativos de proteção ao direito humano ao meio ambiente consubstanciados na Opinião Consultiva 23/2017, a partir do diálogo entre as fontes, avançando no reconhecimento de um direito humano à água como parte integrante do “*corpus iuris interamericano*”.

## 7. REFERÊNCIAS

CAVEDON-CAPEDEVILLE, Fernanda Sales. Jurisprudência Ecologizada nas Cortes dos Direitos Humanos. In: LEITE, J. R. M. (coord.). A ecologização do direito ambiental vigente: rupturas necessárias. José Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 145-184.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução n. 04/2020 – Derechos Humanos de las personas com Covid-19. Disponível em: [www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-4-20-es.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-4-20-es.pdf) (oas.org). Acesso em: 10 dez. 2020.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Manual on Human Rights and The Environment. Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006. Disponível em: [https://echr.coe.int/LibraryDocs/DH\\_DEV\\_Manual\\_Environment\\_Eng.pdf](https://echr.coe.int/LibraryDocs/DH_DEV_Manual_Environment_Eng.pdf). Acesso em: 30 nov. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina” (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 6 de febrero de 2020.

DANESE, Paula Monteiro. Meio ambiente na contemporaneidade: de sua proteção à luz do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2019.

DANESE, Paula Monteiro. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e contribuições para superar o desafio da proteção ambiental. In: AMARAL JR., Alberto do; PIOVESAN, Flávia; DANESE, Paula Monteiro (coord.). 50 anos da Convenção Americana de Direitos Humanos: o Sistema Interamericano – legado, impactos e perspectivas. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 75-97.

LEGALE, Siddharta. A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal

Constitucional Transnacional. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. Tutela jurídica do meio ambiente na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 447-472.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. San Jose da Costa Rica, 1969. Disponível em: [www.cidh.oas.org/dil/esp/Tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.cidh.oas.org/dil/esp/Tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm). Acesso em: 25 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017. Solicitada por la República de Colombia – Medio Ambiente y Derechos Humanos. Washington, D.C., 2017. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf). Acesso em: 30 nov. 2019.

OSOFSKY, Hari M. Learning from Environmental Justice: A new model for international environmental rights. Contextualizing Environmental Human Rights: A Relativist Perspective. In: DINAH, Shelton. Human Rights and the Environment. vol. 1., 2010, p. 235.

PEÑAFIEL, Juan Jorge Faundes; CALDERA, Cristobal Carmona; SÁNCHEZ, Pedro Pablo Silva Sánchez. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “LhakaHonhat (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020).* Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 10, n. 2, pp. 643-674, 2020.

PIOVESAN, Flávia. Comissão Interamericana de Direitos Humanos e seu mandato transformador. In: PIOVESAN, Flávia; LEGALE, Siddharta (Orgs). Os casos do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: NIDH – UFRJ, 2020, p. 24-34.

---

<sup>285</sup> Doutoranda em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC/GO, Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde (na graduação e pós-graduação). Procuradora do Município de Rio Verde, Goiás

<sup>286</sup> De acordo com Mazzuoli e Teixeira definem o *greening* como “a técnica que permite tutelar o meio ambiente nos sistemas regionais de proteção, que, *a priori*, não contam com proteção específica sobre essa temática.” MAZZUOLI, Valério de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. Tutela jurídica do meio ambiente na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 448.

<sup>287</sup> Consoante assevera a Resolução 04/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: “*la falta de acceso a determinados DESCA, particularmente el acceso al agua, a la alimentación y a la vivienda adecuada aumenta el riesgo de contagio para las poblaciones en mayor situación de vulnerabilidad*”. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução n. 04/2020 – Derechos Humanos de las personas con Covid-19. Disponível em: [www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-4-20-es.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-4-20-es.pdf) (oas.org). Acesso em: 10 dez. 2020.

<sup>288</sup> Reconhecido pela Organização das Nações Unidas como essencial ao pleno gozo da vida e de outros direitos humanos (Resolução AGONU 64/292).

<sup>289</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017. Solicitada por la República de Colombia – Medio Ambiente y Derechos Humanos. Washington, D.C., 2017. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf) . Acesso em: 30 nov. 2019.

<sup>290</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina” (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 6 de febrero de 2020.

- 291 A evolução da jurisprudência da Corte Europeia culminou no Manual sobre Direitos Humanos e Meio Ambiente, adotado pelo Conselho da Europa em 2006, com o objetivo de aumentar a compreensão da relação entre a proteção dos direitos humanos ao abrigo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o meio ambiente e, assim, contribuir para o fortalecimento da proteção ambiental no nível nacional. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Manual on Human Rights and The Environment. Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006. Disponível em: [https://echr.coe.int/LibraryDocs/DH\\_DEV\\_Manual\\_Environment\\_Eng.pdf](https://echr.coe.int/LibraryDocs/DH_DEV_Manual_Environment_Eng.pdf). Acesso em: 30 nov. 2020.
- 292 Nesse sentido, a título de exemplo: Casos “Hatton e outros vs. Reino Unido”, “López Ostra v. Espanha (1994)” e “Anna Maria Guerra e outros vs. Itália (1998)”.
- 293 DANESE, Paula Monteiro. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e contribuições para superar o desafio da proteção ambiental. In: AMARAL JR., Alberto do; PIOVESAN, Flávia; DANESE, Paula Monteiro. (coord.) 50 anos da Convenção Americana de Direitos Humanos: o Sistema Interamericano – legado, impactos e perspectivas. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 91.
- 294 MAZZUOLI, Valério de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. Tutela jurídica do meio ambiente na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 451.
- 295 MAZZUOLI, Valério de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. Tutela jurídica do meio ambiente na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 455.
- 296 DANESE, Paula Monteiro. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e contribuições para superar o desafio da proteção ambiental. In: AMARAL JR., Alberto do; PIOVESAN, Flávia; DANESE, Paula Monteiro (coord.). 50 anos da Convenção Americana de Direitos Humanos: o Sistema Interamericano – legado, impactos e perspectivas. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 75-97.
- 297 CAVEDON-CAPEDEVILLE, Fernanda Sales. Jurisprudência Ecologizada nas Cortes dos Direitos Humanos. In: LEITE, José R. Morato (coord.). A ecologização do direito ambiental vigente: rupturas necessárias. José Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 145-184.
- 298 DANESE, Paula Monteiro. Meio ambiente na contemporaneidade: de sua proteção à luz do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2019.
- 299 De acordo com Mazzuoli e Teixeira: “O diálogo entre os artigos da Convenção Americana e normas de tratados internacionais e do direito interno, visando a aplicação da norma mais benéfica ao ser humano, é garantido pelo art. 29, alínea b, da Convenção Americana, que não permite qualquer interpretação tendente a limitar o alcance dos dispositivos não só da própria Constituição, como também de outros tratados internacionais de que seja parte o Estado.”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. Tutela jurídica do meio ambiente na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 467.
- 300 MAZZUOLI, Valério de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. Tutela jurídica do meio ambiente na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 468-469.
- 301 PIOVESAN, Flávia. Comissão Interamericana de Direitos Humanos e seu mandato transformador. In: PIOVESAN, Flávia; LEGALE, Siddharta (orgs). Os casos do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: NIDH – UFRJ, 2020, p. 32.
- 302 MAZZUOLI, Valério de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. Tutela jurídica do meio ambiente na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 464.
- 303 No original: “[...] governments that show disregard for their citizens’ basic rights often protect the environment poorly as well.”. OSOFSKY, Hari M. Learning from Environmental Justice: A new model for international environmental rights. Contextualizing Environmental Human Rights: A Relativist Perspective. In: DINAH, Shelton. Human Rights and the Environment. vol. 1., 2010, p. 235.
- 304 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. San José da Costa Rica, 1969. Disponível em: [www.cidh.oas.org/dil/esp/Tratados B-32 Convencion Americana sobre Derechos Humanos htm](http://www.cidh.oas.org/dil/esp/Tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm). Acesso em: 25 nov.

2020.

<sup>305</sup> No original: “62. Esta Corte considera importante resaltar que el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medioambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos [...]” ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17, de 5 de noviembre de 2017. Solicitada por la república de Colombia – Meio Ambiente y Derechos Humanos. Washington, D.C., 2017. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf). Acesso em: 30 nov. 2019.

<sup>306</sup> PEÑAFIEL, Juan Jorge Faundes; CALDERA, Cristobal Carmona; SÁNCHEZ, Pedro Pablo Silva Sánchez. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020). Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 10, n. 2, 2020, p. 650.

<sup>307</sup> Organização dos Estados Americanos (OEA).

<sup>308</sup> DANESE, Paula Monteiro. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e contribuições para superar o desafio da proteção ambiental. In: AMARAL JR., Alberto do; PIOVESAN, Flávia; DANESE, Paula Monteiro. (coord.) 50 anos da Convenção Americana de Direitos Humanos: o Sistema Interamericano – legado, impactos e perspectivas. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 95.

<sup>309</sup> LEGALE, Siddharta. A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 43.

<sup>310</sup> “Artigo 29. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; ed) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.” ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. San Jose da Costa Rica, 1969. Disponível em: [www.cidh.oas.org/dil/esp/Tratados B-32 Convencion Americana sobre Derechos Humanos.htm](http://www.cidh.oas.org/dil/esp/Tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm). Acesso em: 25 nov. 2020.

<sup>311</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina” (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 6 de febrero de 2020.

<sup>312</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina” (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 6 de febrero de 2020.

<sup>313</sup> Vide parágrafos 243, 244 e 245 da sentença do Caso “Lhaka Honhat (Nossa Terra) vs. Argentina”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina” (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 6 de febrero de 2020.

<sup>314</sup> PEÑAFIEL, Juan Jorge Faundes; CALDERA, Cristobal Carmona; SÁNCHEZ, Pedro Pablo Silva Sánchez. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020). Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 10, n. 2, 2020, p. 646.

<sup>315</sup> Tradução livre do original. PEÑAFIEL, Juan Jorge Faundes; CALDERA, Cristobal Carmona; SÁNCHEZ, Pedro Pablo Silva Sánchez. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020). Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 10, n. 2, 2020, p. 651.

<sup>316</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina” (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 6 de febrero de 2020.



24 JUN 2021

## Derecho Iberoamericano en análisis, 1ª ed., mayo 2021

Movimentos Sociais Brasileiros Nucleados Pela Questão Urbana

### Movimentos sociais brasileiros nucleados pela questão urbana

LEILA BIJOS<sup>317</sup>

GERONILSON DA SILVA SANTOS<sup>318</sup>

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO; 1. *Os Movimentos Sociais Como Construtores De Um Modelo De Status*; II. CONCLUSÕES; III. REFERÊNCIAS.

#### . INTRODUÇÃO

Os direitos humanos podem ser consequência dos movimentos sociais e “atuam a partir de uma instância de luta libertadora por uma dignidade que emancipa”, como também podem ser um instrumento de dominação que legitima distintas formas de exclusão e inferiorização humanas, e aí está o seu duplo efeito, “encantador e desencantador” (RÚBIO, 2014, p. 27). Nesse sentido, o trabalho partirá do paradigma dos movimentos sociais latino-americanos, em especial a farta literatura brasileira. A despeito das diferenças existentes nos processos históricos-culturais de outros países, não se poderia utilizar como ótica primordial modelos que teorizaram outros espaços. Mesmo ao nos referir de dependência e marginalidade teórica, não se pode olvidar dos elementos de construção teórica existentes sobre os movimentos latinoamericanos, especificamente o brasileiro, em torno da temática urbana, a cidade como palco de luta e conquista de direitos dos movimentos populares que lutam por necessidades sociais materiais básicas elementares à sobrevivência (GOHN, 2008, p. 214).

Destarte, afirma-se que a hegemonia dos movimentos populares, nucleados pela questão da precariedade dos espaços urbanos à subsistência, são lutas seculares dos socialmente excluídos (GOHN, 2008, p. 228). Por outra via, vê-se o surgimento de lutas da minoria por igualdade, e a dissolução da prática clientelista e autoritária, na busca de cessar as velhas e novas formas de dominação, notoriamente dos países latinoamericanos ao espírito de tradição ibérica, e de certo modo passivo, em que os assuntos do Estado não se confundem com os assuntos do povo.

O primeiro referencial teórico-epistemológico corresponde ao debate acerca da reinvenção da democracia, ao firmar o entendimento de que a luta social carece de um novo contrato, e redução do direito estatal visando a outras formas de expressões jurídicas. Como resultado, busca-se compreender a “absolutização da lei e do Estado, e como esse efeito é capaz de reduzir o saber jurídico à pura lógica analítica e normativa” (RÚBIO, 2014, p.14).

A reinvenção da democracia parte da ideia de que as estruturas formais existentes não dão conta da necessidade de união, posto que as estruturas que estão disponíveis, servem para práticas de separação, portanto, assevera Santos (2010, p. 83), que “carecemos de teorias para unir e esta carência torna-se grave num momento de perigo”. Na medida em que há o recrudescimento de políticas austeras em face de uma ideologia neoliberal, há ainda mais o enfraquecimento da já famigerada democracia representativa e a dificuldade de cura das relações sociais fragmentadas por um passado de violações e exclusões (PINTO, 2012).



O Direito dos Direitos Humanos de forma efetiva consagra o critério da primazia da norma mais favorável às vítimas. Atente-se para os mais fracos, os mais vulneráveis, aos dominados, excluídos e reprimidos (BIJOS, 2016). As denúncias internacionais de alegadas violações de direitos humanos, apontam para os direitos e deveres do reclamante e do reclamado. O elemento mais importante neste quesito é a reparação devida às vítimas. Exemplifica-se a prisão e morte de Amarildo de Souza, um pedreiro, morador de uma favela no Rio de Janeiro, que foi preso pela polícia numa operação de narcotraficantes em 2013. Ao reclamar da prisão do marido, sua esposa também foi encarcerada. Amarildo simplesmente desapareceu, e sua história só foi revelada pelos protestos da comunidade, que por sua vez também recebeu uma resposta policial implacável. Esta história teria terminado dessa forma, se não fosse pela mobilização popular, que levou a uma investigação de tortura e assassinato. A polícia no Brasil age de forma brutal, com execuções sumárias, e quando interrogados dizem que os suspeitos resistiram à prisão (POSNER, 214, p. 1). Como reparar a morte de um cidadão?

Há no mundo o fortalecimento de teorias em vários graus de separação, a partir de poderes hegemônicos que comandam a globalização mundial e infiltram a ameaça, o ódio na política, tornando-se o cerne da nova ideologia fascista vinculado à estrutura social de medo e temor ao outro (SANTOS, 2010, p. 84).

Dessa forma, a cidade vem sendo palco de desrespeitos aos direitos humanos e configuram-se na ingerência do Estado em dismantelar as configurações espaciais a partir do esquecimento, exclusão, que geram fímbrias periurbanas por toda a extensão urbana. A forma com que o Estado opera é a partir da gestão da vida, na dimensão do que propõe Foucault (2008), o poder moderno não é mais uma instância repressiva e transcendente, agora, fala-se em um poder como instância de controle, que envolve o indivíduo mais do que o domina (SOUZA, 2000, p. 4).

O segundo referencial teórico-epistemológico a nortear esta pesquisa coaduna-se com os esforços da teoria crítica do direito ao demonstrar que a institucionalização dos movimentos sociais possuem características encantadoras e desencantadoras, o que na teoria de David Sánchez Rubio, deve-se entender que a partir dos Direitos Humanos, enquanto consequência dos movimentos sociais, podem ser uma instância de luta libertadora por uma dignidade que emancipa, como também pode ser um instrumento de dominação, por meio de tramas sociais.

Os limites impostos para essas duas dinâmicas, o encanto e o desencanto, podem ser epistemológicos, axiológicos e culturais. E mediante a pesquisa bibliográfica do surgimento dos novos movimentos sociais, o trabalho demonstrará a relação dos direitos humanos com o caráter de luta dos sujeitos periféricos, nesse sentido, acresce-se as ideias das lutas urbanas pelo direito à cidade e a necessidade de resignificação dos espaços, visto que as instituições não dão conta aos proclames das ruas, e como assevera Santos (2003, p. 24), é necessário reformá-las ou criar outras, e, “[...] enquanto tal não ocorre, é legítimo e democrático atuar à margem delas, pacificamente, nas ruas e nas praças”. Fala-se a partir desse ponto, de novas arenas políticas, de debates e possibilidade real de emancipação.

A maioria da população brasileira pobre é erradicada para as periferias, fala-se também em direito ao entorno. Longe dos discursos oficiais, a lei existente, como afirma Santos (2014, p. 64) é a do processo produtivo, cujos resultados ofendem, expulsam e desenraizam as pessoas, e não a lei que assegure o direito à cidade, ou ao menos o direito ao entorno. A política até então produzida na cidade centra-se em mortes em larga escala, tanto do corpo político, quando da plena inexistência de espaços sem cidadão, como da fatídica exclusão social e “guilhotinamento” de corpos inúteis para o sistema capitalista.

A cidade é o mundo que o homem criou, doravante ela é o mundo onde está condenado a viver, sendo assim, ao construir a cidade, sem perceber, o homem reconstrói a si mesmo (HARVEY, 2012, p.73). Dito isso, o problema que direciona o presente trabalho gira em torno do seguinte questionamento: como os movimentos sociais interagem na construção de um direito à cidade dito como fundamental?

Nesta senda, entendemos como Neves (2015) que há no mínimo dois lugares: os chamados centrais e os periféricos, e que se opõe pelas relações de poder existentes. O lugar central é ocupado pelo modo burocrático das grandes cidades e encontra-se no topo da hierarquia dos recursos disponíveis. Já nos locais periféricos, os recursos disponíveis tanto para sociabilidade humana como para manutenção de direitos fundamentais estão abaixo na lógica hierárquica espacial. Percebe-se nos espaços segregados a configuração de situações práticas de exclusão, decorrentes da convergência de mecanismos discriminatórios, e que sufocam os movimentos sociais (MOREIRA, 2017, p.16). Desde já é necessário apresentar o conceito que adotaremos para o que vem a ser movimentos sociais, portanto, filiamo-nos ao que é definido por Gohn (2008, p. 20), da seguinte maneira;

Nós os encaramos como ações sociais coletivas de caráter sociopolítico e cultural que viabilizam formas distintas de a população se organizar e expressar suas demandas (cf. Gohn, 2008). Na ação concreta, essas formas adotam diferentes estratégias que variam da simples denúncia, passando pela pressão direta (mobilizações, marchas, concentrações, passeatas, distúrbios à ordem constituída, atos de desobediência civil, negociações etc.) até as pressões indiretas.

Questiona-se que, um dos esforços aqui empreendidos concentrar-se-à em demonstrar de que modo os movimentos sociais, como os definidos acima, podem ser construtores de direitos humanos, em que pese a previsibilidade de se permitir pluralismo jurídico (avançando nos absolutismos estatais), e em que medida podem coibir formas abstratas e falaciosas dos discursos oficiais e instituições formais que não são mais expressões puramente emanadas do povo?

Hodiernamente o planejamento urbano, a moradia digna, o acesso à justiça, disponibilidade de recursos tais como, lazer, comércio, infraestrutura, segurança pública, devem ser oferecidos independente do espaço. Com efeito, conceitos como territorialidade, cultura, identidades, ganham força quando da implementação e desenvolvimento de políticas urbanas. O nível das distâncias e reservas entre as pessoas como apontado por Bourdieu (2013), e os problemas sociais urbanos como denuncia Santos (2000), caminham *pari pasu* com a expansão das cidades.

## 1. OS MOVIMENTOS SOCIAIS COMO CONSTRUTORES DE UM MODELO DE STATUS

As lutas dos movimentos sociais, conforme aponta Fraser (2007, p.2), polarizou-se nos últimos anos em aqueles que buscam reconhecimento e os que buscam redistribuição, em geral o paradigma da justiça social *versus* reconhecimento da diferença. O antagonismo apontado pela autora é bastante tenso e se diversifica em posições contrárias de cada lado, em virtude de estarem alinhados por uma antítese falsamente construída, isso porque, afirma Fraser (2007, p.3) “Justiça, hoje, requer tanto redistribuição quanto reconhecimento; nenhum deles, sozinho, é suficiente. A partir do momento em que se adota essa tese, entretanto, a questão de como combiná-los torna-se urgente.”

A necessidade de integrá-los em um projeto único é difícil, e tem como esforços discutir tanto as questões morais (kantiana) como as questões éticas (hegeliana). Existe uma presunção de incompatibilidade entre as duas formas, e a expressão dos movimentos sociais estão dicotomizadas por perspectivas que em sua base teórica não se confundem. Nancy Fraser, traz uma proposta para avançar o modelo de reconhecimento que é o da identidade para abordar uma forma de status social, que em específico requer que os membros do grupo estejam unidos para remodelar sua identidade coletiva, através do surgimento de uma cultura própria auto-afirmativa, libertadora e que possa levar reconhecimento recíproco e superar a subordinação social (FRASER, 2007). O não reconhecimento e a subordinação de status são as formas propostas pela autora para encarar o modelo da identidade substituindo-o pelo modelo de status, por diversas razões, como assegura Fraser (2007, p. 9),

Esse modelo de status evita muitas das dificuldades apontadas no modelo da identidade.

Em primeiro lugar, ao rejeitar a visão de reconhecimento como valorização da identidade de grupo, ele evita essencializar tais identidades. Em segundo lugar, ao focar nos efeitos das normas institucionalizadas sobre as capacidades para a interação, ele resiste à tentação de substituir a mudança social pela reengenharia da consciência. Em terceiro lugar, ao enfatizar a igualdade de status no sentido da paridade de participação, ele valoriza a interação entre os grupos, em oposição ao separatismo e ao enclausuramento. Em quarto lugar, o modelo de status evita reificar a cultura –sem negar a sua importância política–.

Ora, coadunamos epistemologicamente com a autora, isso porque os padrões institucionalizados de valoração cultural transformam-se em um manto protetor da subordinação daqueles que historicamente foram expostos à sombra do esquecimento, e à exclusão, e por conta disso, estiveram alijados do processo de participação, ferindo de modo material a igualdade gerando impedimentos em construir justiça social.

Desse modo, as lutas sociais pelo reconhecimento, ou em outras palavras a condição integral na interação social, buscam atingir os padrões institucionalizados de valoração cultural, e que afastam a minoria. Digamos desde já que, os direitos humanos atuam como consequência dos movimentos sociais em busca dos direitos dos cidadãos, estão implicitamente ligados ao caráter político (diferente de partidário, como lembra Gohn (2008), e envolvidos em um ambiente em que a fluidez das informações impera e a cultura adotada é a de massa (ADORNO, 2002, p. 21).

Massacra-se a individualidade quando há o impedimento do reconhecimento do outro, e levanta-se muros como império do ilusório, afastando a condição de indivíduos e até mesmo de grupos inteiros a condição de parceiros integrais na comunidade política, e assim como afirma Adorno (2002, p. 33) ao observar que “a particularidade do Eu é um produto patenteado, que depende da situação social e que é apresentado como natural”, as interações sociais privilegiam o espírito da liberdade subjetiva, ponto culminante da modernidade e estabelece aos indivíduos e grupos a possibilidade de “definir para si próprios o que conta como boa vida e criar, para si próprios uma forma de alcançá-la, dentro dos limites que asseguram uma liberdade semelhante para os demais (FRASER, 2007, p.13).

O papel desse estado de coisas agora é fortificado, como lembra Santos (2014, p.23), pela “supressão da vida comunitária baseada na solidariedade social e sua superposição por sociedades competitivas que comandam a busca de status e não mais de valores”. E desse modo, determina um quadro comum de estratificação social, ou ainda de “atrofia da cidadania”.

Considera-se, no entanto, que são os movimentos sociais, os principais meios de alcançar a norma da “paridade participativa” (FRASER, 2007) de modo a afrontar o legalismo estatal e a tentativa da cultura implantada de esvaziar o indivíduo e grupos historicamente oprimidos. Os movimentos sociais dão a tônica para o comprometimento das conquistas cidadãs, cria-se uma espécie de aprendizado por meio da liberdade de reivindicar novas liberdades, incorporando ao social “homens ciosos dos seus direitos”, e prontos para terem em prisma comum a reprodução da estrutura, valores e os padrões de vida que se alastram por aqueles que lutam por direitos (SANTOS, 2014).

Compreende-se como norma da paridade participativa aquilo que é definido por Fraser como a possibilidade da justiça permitir que os arranjos sociais dotem todos os membros da sociedade de se enxergarem e interagirem como parceiros. Dentro de um grupo politicamente decidido, geralmente dos movimentos sociais, a possibilidade de gerar interação entre os participantes eleva o patamar de consciência por uma luta de direitos igualmente tolhidos à todos os que compõe o movimento. A análise dos direitos humanos nos remete às expectativas sociais futuras, uma vez que nossas experiências sociais tanto no que se refere ao passado, quanto ao presente são verdadeiramente negativas. A possibilidade de serem ouvidos ao terem vontade compartilhada perpassa por uma das regras da norma da paridade participativa, as condições objetivas e intersubjetivas, que para Fraser (2007, p. 119) significam,

Primeiro, a distribuição dos recursos materiais deve dar-se de modo que assegure a independência e voz dos participantes. Essa eu denomino a condição objetiva da paridade participativa. Ela exclui formas e níveis de desigualdade material e dependência econômica que impedem a paridade de participação. Desse modo, são excluídos os arranjos sociais que institucionalizam a privação, a exploração e as grandes disparidades de riqueza, renda e tempo livre, negando, assim, a algumas pessoas os meios e as oportunidades de interagir com outros como parceiros. Ao contrário, a segunda condição requer que os padrões institucionalizados de valoração cultural expressem igual respeito a todos os participantes e assegurem igual oportunidade para alcançar estima social. Essa eu denomino condição intersubjetiva de paridade participativa.

As regras da autora, embora dispostas ao nível do cidadão enquanto pessoa de direitos, é plenamente assimilável quando analisados a partir de grandes deliberações e movimentos sociais, posto serem a regra de intervenção, e de participação no Estado Democrático de Direito. O que se vê é subjugação de certos grupos, seja por uma perspectiva axiológica/valorativa da própria constituição de quem são os atores excluídos e inferiores, ou por aqueles que possam, de algum modo, afrontar os interesses de classes “superiores”, referindo-se a disponibilidade econômica, e poder de influência.

Ao se tratar da liberdade individual seja enquanto parte integrante da comunidade política ou membro em articulações sociais, Stuart Mill (1998, p. 14) defende o indivíduo como soberano, “na parte que meramente lhe concerne, a sua independência é, de direito, absoluta”. E com isso, a ideia da liberdade do indivíduo o confere a possibilidade de ter os seus direitos fundamentais respeitados, e atingir o princípio da interferência naquilo apenas considerado nocivo ao outro. Ao se tratar da norma da paridade participativa, a liberdade humana de poder faz frente aos dissabores de ordens injustas provenientes do Estado, e não pode esbarrar nas lógicas de dominação e imperialismo. Hoje percebem-se várias crises simbolizadas pela crise do Estado intervencionista e do Estado-Providência, e a crise da emancipação social, simbolizada pela crise da revolução, do reformismo social democrático e do socialismo enquanto paradigmas da transformação social, como a Primavera Árabe (BIJOS; SILVA, 2013, p.58), um fenômeno que eclodiu no Oriente Médio e Norte da África, nos anos 2010/2011.

Na perspectiva de Charles Taylor, o filósofo, acertadamente teoriza acerca da política do autogoverno participativo, trazendo a ideia de ser um instrumento valorizado por si e em si. Por isso sustenta que o autogoverno é componente da dignidade humana e toma a vida do cidadão. O protagonismo da liberdade do indivíduo toma espaço quando da clara evidência de que,

Para se ter uma sociedade livre, é preciso substituir a coerção por alguma outra coisa. Essa outra coisa só pode ser a identificação voluntária com a polis por parte dos cidadãos, um sentido de que as instituições políticas em que vivem são uma expressão deles mesmos. As “leis” têm de ser vistas como reflexo e defesa de sua dignidade como cidadãos, ser por conseguinte, num certo sentido, extensões deles mesmos. (TAYLOR, 2014, p. 203)

Ora, como o cidadão pode compreender-se extensão das leis se os reflexos das atividades legislativas são os reflexos das lógicas de dominação firmadas por outros seres humanos, através de uma série de mediações e instituições humanas sócio e historicamente produzidas? (RÚBIO, 2014, p. 67). Vale lembrar, que as leis dessas instituições, como lembra Rúbio (2014, p. 40) sofrem de coerência sistêmica, e sobretudo, em meio ao Big Bang Legislativo (expressão cunhada por Ricardo Lorenzetti), as normas soçobram em face do monismo jurídico insuficiente. O direito abre as portas para uma nova cultura dentro do positivismo, e entende, inclusive na produção da codificação material que adota o sistema de cláusulas gerais e o emprego do sistema aberto ou janelas abertas.

## **I. CONCLUSÕES**

A conquista do espaço e propriamente da possibilidade de insurreição através dos movimentos sociais, tem características de duas forças antagônicas, os colonos e colonizados, que no processo de descolonização acirram as lutas por liberdade frente as diversas formas de dominação, algumas, inclusive, ainda hoje existentes.

As formas acima destacadas, considera dualidades acolhidas por uma ordem globalizada, mercadológica, e outra contra-ordem na produção constante de pobres e excluídos, à margem do sistema social. Os moradores da periferia tem como condição viverem alijados das benesses do capitalismo, e por isso experimentam conjuntamente à luta pela sobrevivência, e por isso se entregam nas manifestações que são a contraface do pragmatismo, com isso, o trabalho demonstrou a plena possibilidade de surgimento de direitos humanos por meio da libertação empreendida em posições reveladoras, com a descoberta de que, a despeito de sermos o que somos, podemos também desejar ser outra coisa.

Os recursos, disponibilidades e oportunidades para quem mora na periferia são diferenciados dos centros urbanos, e com isso os movimentos sociais nucleados pela questão urbana na periferia são lutas e resistência. E para finalizar o presente trabalho, é necessário refletir o que significa estas periferias? Que implicações sociais elas têm? E como os movimentos sociais existentes nas periferias dialogam com o panorama de direitos humanos, tanto na luta por conquistas como por extirpar o mal do militarismo nos espaços de exceção?

São perguntas elementares, que ao longo do trabalho as respostas foram delineadas e que na presente conclusão sobressaem as perpetuações da escassez de oportunidades, vistas sob o prisma local, são exatamente o argumento contundente contra a infeliz defesa de uma sociedade meritocrática. A qualidade dos recursos disponíveis são distintos a depender do espaço que o cidadão ocupa, além de supor alienações irreversíveis, frente a uma dinâmica de trabalho que leva a condução dos corpos à nova escravidão moderna.

É muito importante salientar que o processo de periferização dá-se tanto na lógica interna como nas lógicas globais, inscrita na própria história do capitalismo central, agora, sob o manto da globalização novas ordens se estabelecem para forçar os Estados a assumirem a posição neoliberal, em um verdadeiro atraso retumbante.

Em função do considerado, a discussão que ganha fôlego está em compreender que esses processos de luta geradores de consciência podem ser adotados como formas garantidoras de direitos humanos sob o enfoque libertador e emancipador. As cidades periféricas, tidas como instâncias locais, são formas autoafirmativas, autoconscientes e possuem um poder de reivindicação à identidade.

O recorte das cidades brasileiras possuem em sua grande maioria uma questão racial explícita, em que os espaços são hierarquizados e defrontam com a desigualdade de oportunidades, como consequência vê-se uma crescente cooptação ao crime organizado. O processo escravocrata ainda possui chagas indeléveis no processo urbano. Diante de todo o exposto percebe-se a urgência de estabelecer outras fontes do direito, e reconhecer emancipações e libertações sociais por meio da consciência de luta.

## II. REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. São Paulo: Boitempo, 2004.

BATISTA, Nilo. Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990.

BIJOS, Leila. Concepções Filosóficas Acerca do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. Florianópolis: Revista Brasileira de Direito, 2016.

BIJOS, Leila & SILVA, Patrícia Almeida da. Um Estudo de Caso sobre a Revolução Jovem no

Egito. *Revista CEJ*, Brasília: Centro de Estudos Judiciários, Conselho da Justiça Federal, Ano XVII, Jan./abr. 2013, n.º. 59, pp. 58-71.

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. Remilitarização da segurança pública: A Operação Rio. In: CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. O futuro de uma ilusão. O sonho de uma nova polícia. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

CORRÊA, Roberto Lobato. A periferia Urbana. *GEOSUL –NP 2– 2P sern.* 1986.

DUBET, François. As desigualdades multiplicadas. *Revista Brasileira de Educação.* Maio/Jun/Jul/Ago Nº 17, 2001.

FOUCAULT, Michel. Segurança, território, população. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRANK, André Gunder; FUENTES, Marta. Dez teses acerca dos movimentos sociais. *Lua Nova*, São Paulo, n. 17, p. 19-48, June 1989. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451989000200003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451989000200003&lng=en&nrm=iso). Acesso: 14 Dezembro 2020.

FRASER, Nancy. Justiça Anormal. Abnormal Justice. São Paulo: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 108 p. 739-768, jan./dez. 2013.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? São Paulo: *Lua Nova*, 70: 101-138, 2007.

GOHN, Maria da Glória. *Movimentos Sociais e redes de mobilizações civis no Brasil Contemporâneo*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

GOHN, Maria da Glória. Teoria dos Movimentos Sociais. Paradigma Clássicos e Contemporâneos. 7ª Edição. São Paulo: Editora Loyola. 2008.

HARVEY, David. O Direito à Cidade (tradução Jair Pinheiro). São Paulo: *Lutas Sociais*, n.29, p.73-89, jul./dez. 2012.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Editorial Tecnos, 1999.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. São Paulo: Editora N-1 Edições, 2018.

MARICATO, Ermínia. Cortes no Minha Casa Minha Vida vão estimular precarização da moradia. (ENTREVISTA). Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/556107-cortes-no-minha-casa-minha-vida-va-estimular-precarizacao-da-moradia-x>. 2016 Acesso: 11/01/2020.

MARICATO, Ermínia. Para Entender a Crise Urbana. *CaderNAU-Cadernos do Núcleo de Análises Urbanas*, v.8, n. 1, p. 11-22, 2015.

MILL, John Stuart (1998), *On Liberty and Other Essays* (ed. John Gray). Oxford, Oxford University Press.

MOREIRA, Adilson José. O que é discriminação. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

NASCIMENTO, Abdias. O quilombismo. Petrópolis: Editora Vozes, 1980.

NEVES, Marcelo. Os Estados no centro e os Estados na periferia: alguns problemas com a concepção de Estados da sociedade mundial em Niklas Luhmann. Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, ano 52, n. 206, 2015.

OLSEN, Tricia D. Transitional justice in balance: comparing processes, weighing efficacy. Washington D.C., 2010.



- POSNER, Eric A. *The Twilight of Human Rights Law*. New York: Oxford University Press, 2014.
- PINTO, Rodrigues Simone. *Memória, Verdade e responsabilização. Uma perspectiva restaurativa da justiça transicional*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012.
- RUBIO, David Sánchez. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 3ª. Ed. São Paulo: Cortez, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SANTOS, Milton. *O Espaço do Cidadão*. 7ª. Edição, 2ª. reimpressão. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2014.
- SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- SOUZA, Luís Antônio Francisco. *Tendências atuais nas áreas de segurança pública e de polícia: Revisitar Foucault ou uma nova sociedade do controle?* São Paulo: Cadernos da FCC, v. 9, n.1, 2000.
- TANAKA, Giselle Megumi Martino. *Periferia: Conceito, práticas e discursos; práticas sociais e processos urbanos na metrópole de São Paulo*. (Dissertação de Mestrado). Universidade de São Paulo, 2006.
- TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*; tradução Adail Ubirajara Sobral. 2.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

---

<sup>317</sup> Estágio Pós-Doutora em Sociologia pela Saint Mary's University, Halifax, Nova Scotia, Canadá. Doutora em Sociologia pela Universidade de Brasília (UnB). Professora Visitante do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política e Relações Internacionais (PPGCPR), Universidade Federal da Paraíba (2020). Coordenadora de Pesquisa do Centro de Estudos Estratégicos (CEEEx), Núcleo de Estudos Prospectivos (NEP), Ministério do Exército (2019-2020). Aigner-Rollet-Guest Professor at **Karl-Franzens-University of Graz**, Áustria Centro Europeu de Formação e Investigação dos Direitos Humanos e Democracia, Uni-Graz (2018/2019). Pesquisadora Visitante no International Multiculturalism Centre, Baku, Azerbaijão (2018). Professora do Mestrado *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Católica de Brasília (2000-2017). Oficial de Programa do PNUD (1985-1999). Professora do Programa de Pós-Graduação em Propriedade Intelectual Transferência de Tecnologia para a Inovação –PROFNIT–, Universidade de Brasília (UnB), CDT, Brasília, DF desde 2016.

<sup>318</sup> Advogado – Membro da Comissão de Direitos Humanos e Regularização Fundiária da OAB-DF. Especialista em Direitos Humanos e Comunidades Tradicionais pela Universidade Federal da Bahia. Mestrando em Metafísica (Ontologias Contemporâneas) pela Universidade de Brasília (UnB).

24 JUN 2021

## Derecho Iberoamericano en análisis, 1ª ed., mayo 2021

Do Covid-19 Law Lab Ao Weblegis: Universidade, Acesso À Informação E Participação Social Em Tempos De Crise

### Do COVID-19 Law Lab ao Weblegis: Universidade, acesso à informação e participação social em tempos de crise

MÔNICA MOTA TASSIGNY<sup>319</sup>

LIANE MARIA SANTIAGO CAVALCANTE ARAUJO<sup>320</sup>

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO; 1. *A cooperação entre direito e tecnologia para a promoção do acesso a informação em tempos de crise*; 2. *Covid law lab, direito à informação e participação social*; 3. *A importância dos bancos de dados para a construção de um diálogo transdisciplinar no contexto universitário*; II. CONCLUSÃO; III. REFERÊNCIAS.

#### . INTRODUÇÃO

No século XXI, a crise ambiental ganha contornos de uma crise humanitária, diante da pandemia ocasionada pela rápida propagação da COVID-19. Caracterizada como uma zoonose, essa doença traz lições pedagógicas profundas, desde a etapa do contágio até a proibição da realização de ritos culturais que envolvem o luto e a morte, em cada sociedade. Nesse cenário pandêmico, surgem desafios no âmbito da aplicação da lei em diversos países, o que está diretamente associado à defesa do Estado de Direito.

Com efeito, as consequências complexas da crise de saúde pública impactam, de forma multidimensional, o cenário jurídico nacional e internacional, e devem ser contidas com foco na sua rápida recuperação, de modo a evitar um mal ainda maior, além de danos irreparáveis para a sociedade. Inobstante, a Organização das Nações Unidas (ONU) destaca que alguns países têm se utilizado de poderes emergenciais para firmar práticas que ameaçam órgãos e instituições democráticas, mesmo em face das severas restrições vivenciadas no contexto econômico, social, ambiental e cultural decorrentes da COVID-19.

Isto porque, em meio à distribuição de ajuda e suprimentos médicos, aos incentivos econômicos e a outras ações criadas emergencialmente para minimizar os impactos da pandemia, verifica-se a prática de atos de corrupção e fraude. Não bastasse o alto custo das iniciativas emergenciais aos cofres públicos e à própria sociedade, em uma economia global já debilitada, é preciso lidar com a falta de ética do ser humano, em meio a uma crise humanitária.

Outra preocupação da ONU diz respeito à ação de grupos armados e organizações terroristas que aproveitam o cenário de crise para exercer controle sobre a população vulnerável, em virtude da situação enfrentada. Diante de práticas como essas, que ameaçam as instituições e a legitimidade dos governos, as Nações Unidas e forças de paz têm contribuído consideravelmente para a proteção e assistência às instituições e ao Estado de Direito, o que demanda esforços de todos os líderes mundiais em ação conjunta buscando mitigar as tensões sociais.

Nesse sentido, o COVID-19 Law Lab surge como uma iniciativa que busca colaborar para a garantia de leis que cumpram padrões internacionais de direitos humanos, por meio de suportes legais e tecnológicos capazes de prover o gerenciamento legal em meio à pandemia. A iniciativa propõe uma ampliação do acesso à informação, da participação social e do controle feito por organismos internacionais frente a possíveis restrições e ofensas aos direitos humanos.

Por seus contornos, a iniciativa internacional ganhou espaço em Fortaleza, Ceará, por meio do weblegis, produto de pesquisa realizada por uma equipe interdisciplinar, que reúne profissionais do Direito e da Tecnologia, na Universidade de Fortaleza, em 2020. Nesse contexto, indaga-se: em que medida o esforço colaborativo entre Direito e Tecnologia, na Universidade, beneficia a manutenção dos direitos humanos, a partir do acesso à informação e do direito à participação social? Trata-se de pesquisa documental e bibliográfica, de abordagem qualitativa, transdisciplinar, realizada no campo teórico.

## 1. A IMPORTÂNCIA DA COOPERAÇÃO ENTRE DIREITO E TECNOLOGIA PARA O ESTADO DE DIREITO EM TEMPOS DE CRISE

A necessidade da interação entre Direito e Tecnologia para o gerenciamento de situações de crise ganhou especiais contornos diante da pandemia de COVID-19, resultado do surgimento e manutenção de uma racionalidade econômica, reducionista e fragmentada, restrita a aspectos meramente quantitativos e, por via de consequência, insustentável. Em meio a esse cenário pandêmico, surge na esfera internacional uma plataforma que se propõe a favorecer o processo de tomada de decisão e viabilizar a participação social no controle a possíveis ofensas não apenas aos direitos humanos em tempos de crise, mas a todos os seres vivos, que com o homem compartilham a condição de fazer parte da natureza.

Trata-se do COVID-19 Law Lab, um laboratório criado mediante projeto conjunto do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), da Organização Mundial da Saúde (OMS), do Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS (UNAIDS) e do Instituto O'Neill de Direito Nacional e Global de Saúde, ligado à Universidade de Georgetown ([www.COVIDLawLab.org](http://www.COVIDLawLab.org)). Ademais, os cidadãos também podem contribuir, após realizar cadastro no banco de dados, o que favorece o exercício da participação social.

A parceria com uma universidade se justifica porque, conforme afirma Luckesi<sup>321</sup>, essas instituições dão uma dimensão nova a tudo: a dimensão significativa da compreensão, capaz de suplantar os limites existentes entre as diversas áreas do conhecimento e caminhar para uma lógica transdisciplinar, em que esforços são reunidos para pensar o presente e o futuro, no interesse das atuais e futuras gerações. Nessa medida, destaca-se a relevância da retomada do conhecimento disponível no ambiente acadêmico, e sua ulterior ressignificação, com mão própria. Esse é um dos ideais da universidade corroborado por Morin<sup>322</sup>: o dever de ser um local da herança cultural de saberes e, ao mesmo tempo, de geração de novas ideias e visões de mundo.

Assim, as universidades destacam-se ao propiciar o diálogo de saberes entre as diferentes áreas do conhecimento, o que torna possível a interação entre princípios ecológicos, culturais e tecnológicos, com foco em uma nova racionalidade: a racionalidade ambiental<sup>323</sup>. Com isso, propõe-se uma educação para a sustentabilidade<sup>324</sup>, que reconhece a interdependência dinâmica entre Direito e Tecnologia e viabiliza a interação transformadora entre as IES e os outros setores da sociedade, mediante a produção, a aplicação e a transparência do conhecimento, em articulação permanente.

## 2. A IMPORTÂNCIA DOS BANCOS DE DADOS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM DIÁLOGO TRANSDISCIPLINAR NO CONTEXTO UNIVERSITÁRIO

A construção de bancos de dados de leis encontra, inicialmente, uma importante limitação: a

falta de diálogo entre as diferentes áreas do conhecimento. A interdisciplinaridade entre essas áreas do conhecimento, contudo, já se encontra positivada no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Resolução nº 7, de 18 de dezembro de 2018, do Ministério da Educação (MEC).

Com efeito, a extensão na Educação Superior Brasileira deve estar integrada à matriz curricular e à organização da pesquisa, por meio de processo interdisciplinar, político educacional, cultural, científico, tecnológico. Logo, as atividades de extensão não representam somente uma mera faculdade, mas sim uma obrigação dessas instituições, e devem somar, no mínimo, 10% (dez por cento) do total da carga horária curricular estudantil dos cursos de graduação, como parte da matriz curricular dos cursos<sup>325</sup>.

Para Tassigny e Araujo<sup>326</sup>, “As atividades extensionistas têm a potência de promover o desenvolvimento humano, a partir de uma formação voltada à preservação e promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado”. Diante disso, Capra e Luisi<sup>327</sup> alertam que é preciso investir em uma educação para a sustentabilidade, fundada na compreensão dos princípios de organização dos ecossistemas, que propiciam a capacidade de sustentação da teia da vida. Todavia, essa formação depende de uma gestão universitária capaz de contemplar a transdisciplinaridade, para além da interdisciplinaridade.

Em tempos de crise, a valorização das interações entre Direito e Tecnologias da Informação e Comunicação adequadas à realidade em apreço torna-se ainda mais urgente. Isto porque, é inegável a intensificação do uso de tecnologias digitais em tempos de isolamento social provocado pela pandemia da COVID-19, no mundo todo.

Redes sociais estão sendo utilizadas para integrar o governo, as empresas e a sociedade civil, além de amigos e familiares. As pessoas estão usando ferramentas móveis e interativas para determinar em quem confiar, onde ir e o que comprar. Ao mesmo tempo, as organizações estão realizando suas próprias transformações digitais, repensando o que tem mais valor e, nessa perspectiva, criando novas formas que inovam e entregam algo que satisfaz ou supera expectativas. O desafio para as organizações e seus negócios é a rapidez e até onde ir no caminho da transformação digital<sup>328</sup>.

Nessa linha, o ciberespaço surge como o “campo de imersão das mídias integradas”<sup>329</sup> que dá lugar ao movimento, à circularidade e à complexidade da execução de atividades outrora realizadas presencialmente, que, com a pandemia, tornaram-se virtuais. É nesse cenário integrador que a utilização de bancos de dados para o gerenciamento das normas jurídicas, em tempos de crise, ganha espaço.

Com isso, as rápidas transformações vivenciadas motivaram também a reunião de documentos legais para posterior disponibilização em plataforma online chamada *weblegis*, por meio da reunião de esforços de professores e alunos do Direito e da Tecnologia, na Universidade de Fortaleza. A proposta encontra-se alinhada ao modelo do COVID-19 Law Lab, de modo a ampliar o acesso à informação em meio à crise e oportunizar aos cidadãos uma atuação proativa no sentido de conferir maior visibilidade a leis federais, estaduais e municipais, no Estado do Ceará.

A iniciativa se destaca ao integrar Tecnologia e Direito à realidade local, em atenção à dimensão ecológica e cultural do Ceará. Assim, o *weblegis* assume o potencial de promover a transparência e o acesso à informação, que poderá ser atualizada não apenas pelo grupo de pesquisa, mas por iniciativa do próprio cidadão, diante do seu dever ativo de sustentabilidade<sup>330</sup>. Ademais, essas informações disponibilizadas no domínio *weblegis* poderão ser acessadas em qualquer lugar, nas diferentes esferas do Poder Público.

Trata-se, portanto, de um importante passo para a construção de um Campus Inteligente, que precisa reunir esforços para o aprimoramento da tecnologia educacional e da informatização dos recursos educacionais (BONFOUR, 2016; XU, LI, SUN, et al, 2019).

### 3. DO ACESSO À INFORMAÇÃO, POR MEIO DO GERENCIAMENTO DE DADOS LEGAIS, À

## PARTICIPAÇÃO SOCIAL

A comunicação mediada pela internet é um fenômeno social recente, sobre o qual a pesquisa científica ainda encontra vasto campo para trabalhar<sup>331</sup>. Nas Universidades, vislumbra-se uma transformação sem precedentes no que se refere ao ciberespaço, em tempos de crise, com destaque para o desenvolvimento e a utilização de recursos de aprendizagem dos alunos, por exemplo. A pandemia moveu os atores sociais envolvidos no ensino superior do ambiente físico para o virtual, o que inclui professores, colaboradores, sociedade civil, alunos e beneficiários das comunidades subjacentes.

Nessa perspectiva, vislumbra-se no weblegis o potencial de promover informação de qualidade e em quantidade, com amplo acesso, capaz de permitir a participação social em um Estado Democrático de Direito. Machado<sup>332</sup> alerta que “Em regimes políticos onde não se permita uma razoável participação dos cidadãos na vida política se irá procurar diminuir, impedir ou direcionar a informação”.

Nesse ponto, a estratégia de cooperação entre Direito e Tecnologia, tanto no COVID-19 Law Lab quanto no weblegis encontra-se alinhada com a premente necessidade de combater a desinformação e promover a participação social e os direitos humanos em tempos de crise, ao conferir maior visibilidade às transformações sofridas pelo Estado de Direito, nas esferas internacional e nacional. Em sentido contrário, cumpre destacar o flagrante retrocesso ocasionado pelo Decreto 9.784, de 7 de maio de 2019, do Governo Federal brasileiro, que veio extinguir estruturas de participação social, com prejuízo para o acesso à informação adequada e para a própria eficiência das políticas públicas existentes<sup>333</sup>, que merece análise aprofundada em outro estudo.

## I. CONCLUSÃO

Constata-se, inicialmente, que a criação de bancos de dados de leis, em tempos de crise, constitui uma ferramenta que viabiliza o direito de acesso à informação e à participação social, em cenários de rápidas mudanças normativas, que geram grande insegurança jurídica perante a sociedade. Nesse sentido, o COVID-19 Law Lab apresenta-se como uma ferramenta importante no combate à desinformação e às atitudes que atentam contra direitos humanos, em um contexto de crise humanitária.

Na esfera local, destacou-se a criação, em andamento, de banco de dados de leis criado na Universidade de Fortaleza, a partir dos esforços interdisciplinares do Direito e da Tecnologia, rumo à transdisciplinaridade inerente ao conhecimento. Com isso, constata-se a possibilidade de promover maior transparência, a partir da compreensão de que a Universidade é o local ideal, por excelência, para os debates públicos, realizados por atores sociais que compartilham, com o Poder Público, a responsabilidade pela construção do “novo normal”.

Em contrapartida, conclui-se que há, no Brasil, um flagrante retrocesso socioambiental, o que se verifica expressamente por meio da publicação do Decreto nº. 9.874/2019, que veio suplantar o poder de crítica, de influência e de controle exercido pela sociedade civil. Destarte, observou-se que é necessário investir na compreensão dos princípios de organização dos ecossistemas, que propiciam a capacidade de sustentação da teia da vida.

Assim, constata-se que as universidades assumem papel de destaque ao propiciar o diálogo de saberes entre as diferentes áreas do conhecimento, em prol da construção de pontes entre princípios ecológicos, cultura e tecnologia, no cenário de uma educação para a sustentabilidade, que legitima a interdependência dinâmica entre Direito, tecnologia e atividades extensionistas universitárias.

Por fim, verifica-se que o perfil da sociedade contemporânea, fruto da complexidade do mundo pós-moderno, muitas vezes, impede que haja essa retomada de conhecimento e sua



reformulação por mãos próprias. Nessa perspectiva, conclui-se que a criação do banco de dados de leis assume o propósito de ampliar a possibilidade de crítica, influência e controle dos atos dos governantes, mas também daqueles que, aproveitando-se da situação complexa vivenciada, ofendem os direitos humanos, em contexto de crise. Para tanto, as Universidades devem pensar o diálogos de saberes, dentro de uma racionalidade ambiental, capaz de contemplar os aspectos econômico, social, ambiental e cultural de uma sociedade.

## II. REFERÊNCIAS

- BONFOUR, Ahmed. *Digital futures, Digital Transformation: From Lean Production to Acceluction*. Springer International Publishing, 2016.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 22 maio 2018.
- BRASIL. Decreto nº. 9.784, de 7 de maio de 2019. Declara a revogação, para fins do disposto no art. 16 da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, e no art. 9º do Decreto nº 9.759, de 11 de abril de 2019, de decretos normativos. *Diário Oficial da União*, Brasília, 08 maio 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9784.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.
- BRASIL. Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. *Política Nacional de Educação Ambiental (PNEA)*. Brasília, DF, 27 abr. 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9795.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9795.htm). Acesso em: 29 nov. 2019.
- BRASIL. Ministério da Educação/Conselho Nacional de Educação. Resolução nº 7, de 18 de dezembro de 2018. Estabelece as Diretrizes para a Extensão na Educação Superior Brasileira e regimenta o disposto na Meta 12.7 da Lei nº 13.005/2014, que aprova o Plano Nacional de Educação –PNE 2014-2024– e dá outras providências. Resolução Nº 7, CNE/CES. Brasília, DF, 18 dez. 2018.
- CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. *A visão sistêmica da vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas*. Tradução de Mayra Teruya Eichenberg e Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2014.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- FALCÃO, José Alzir Bruno; QUEIROZ, Daiane de. Novos modelos organizacionais e de interação social que emergem com a transformação digital. In: *Direito, tecnologia, inovação e sustentabilidade no ensino superior*. Coordenação Mônica Mota Tassigny. Organização Daiane de Queiroz; Liane Maria Santiago Cavalcante Araujo. Curitiba: CRV, 2020, p. 121.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- LEFF, Enrique. *Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza*. Tradução de Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- LIMA, Liádina Camargo. O ciberespaço como instrumento para a democratização da educação. In: *Direito, tecnologia, inovação e sustentabilidade no ensino superior*. Coordenação Mônica Mota Tassigny. Organização Daiane de Queiroz; Liane Maria Santiago Cavalcante Araujo. Curitiba: CRV, 2020, p. 87.
- LUCKESI, Cipriano Carlos et al. *Fazer universidade: uma proposta metodológica*. 2.ed. São



Paulo: Cortez, 1985.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito à informação e meio ambiente. São Paulo: Malheiros, 2018.

MORIN, Edgar. Educação e complexidade: os sete saberes e outros ensaios. São Paulo: Cortez, 2005.

MUÑOZ, Rafael. Novos números mostram por que é crucial proteger os mais pobres na crise da COVID-19 – ONU Brasil. Notícias do Brasil. Categoria: Desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: 26 mar. 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/artigo-novos-numeros-mostram-por-que-e-crucial-protoger-os-mais-pobres-na-cri-se-da-covid-19/amp/1/5>. Acesso em: 12 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. COVID-19 e o Estado de Direito. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/artigo-covid-19-e-o-estado-dedireito/amp/>. Acesso em: 11 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Plataforma ajuda países a estabelecer estruturas legais para gerenciar pandemia – ONU Brasil. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/plataforma-ajuda-paises-a-estabelecer-estruturaslegais-para-gerenciar-pandemia/amp/>. Acesso em: 12 set. 2020a.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Plataforma ajuda países a estabelecer estruturas legais para gerenciar pandemia – ONU Brasil. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/plataforma-ajuda-paises-a-estabelecer-estruturaslegais-para-gerenciar-pandemia/amp/>. Acesso em: 12 set. 2020b.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). PNUD e Anvisa reprogramam atividades de projeto para responder à COVID-19 – ONU Brasil. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pnud-e-anvisa-reprogramam-atividades-de-projetopara-responder-a-covid-19/amp/>. Acesso em: 12 set. 2020c.

PRIEUR, Michel. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: BRASIL. Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. Colóquio sobre o princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 11-54.

PRIMAVESI, Ana. Manual do solo vivo: solo sadio, planta sadia, ser humano sadio. São Paulo: Expressão Popular, 2016.

TASSIGNY, Mônica Mota; ARAUJO, Liane Maria Santiago Cavalcante. Universidade inteligente e sustentável a partir de análise de atividade extensionista em conformidade com a Agenda 2030. In: El Derecho Público y Privado ante las nuevas tecnologías. Direção: Javier García González (Universidad Cardenal Herrera); Álvaro Alzina Lozano (Universidad Rey Juan Carlos); Gabriel Martín Rodríguez (Universidad Rey Juan Carlos). Coordenação: Rubén Miranda Gonçalves (Universidad Internacional de La Rioja); Fábio da Silva Veiga (Universidad de Almería). Madrid: Editorial DYKINSON, 2020, p. 483-491, ISBN: 978-84-1324-758-8.

XU, X.; LI, D.; SUN, M.; YANG, S.; YU, S.; MANOGARAN, G.; MASTORAKIS, G.; MAVROMOUSTAKIS, C. X. Research on key technologies of smart campus teaching platform based on 5G network. IEEE Access, vol. 7, pp. 20664-20675, 2019. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/stamamp.jsp?tp=&arnumber=8620955>. Acesso em: 28 nov. 2019.

---

<sup>319</sup> Doutora em Educação pela Universidade Federal do Ceará e em Sócio-Economie du Développement

Graduação em Direito Constitucional e no Programa de Pós-Graduação em Administração. Membro titular da Academia Metropolitana de Letras de Fortaleza. Coordenadora do Grupo de Estudos e Pesquisas no Ensino em Direito (GEPEDI/UNIFOR). Fortaleza, CE, Brasil.

<sup>320</sup> Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pós-doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Pesquisadora do Grupo de Estudos e Pesquisas no Ensino em Direito (GEPEDI/UNIFOR) e do Grupo de Pesquisa Relações Políticas, Jurídicas e Ambientais da América Latina (REPJAAL/UNIFOR). Fortaleza, CE, Brasil.

<sup>321</sup> LUCKESI, Cipriano Carlos et al. Fazer universidade: uma proposta metodológica. 2.ed. São Paulo: Cortez, 1985.

<sup>322</sup> MORIN, Edgar. Educação e complexidade: os sete saberes e outros ensaios. São Paulo: Cortez, 2005.

<sup>323</sup> LEFF, Enrique. Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza. Tradução de Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

<sup>324</sup> CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. A visão sistêmica da vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. Tradução de Mayra Teruya Eichenberg e Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2014.

<sup>325</sup> BRASIL. Ministério da Educação/Conselho Nacional de Educação. Resolução nº 7, de 18 de dezembro de 2018. Estabelece as Diretrizes para a Extensão na Educação Superior Brasileira e regimenta o disposto na Meta 12.7 da Lei nº 13.005/2014, que aprova o Plano Nacional de Educação – PNE 2014-2024 e dá outras providências. Resolução Nº 7, CNE/CES. Brasília, DF, 18 dez. 2018.

<sup>326</sup> TASSIGNY, Mônica Mota; ARAUJO, Liane Maria Santiago Cavalcante. Universidade inteligente e sustentável a partir de análise de atividade extensionista em conformidade com a Agenda 2030. In: El Derecho Público y Privado ante las nuevas tecnologías. Direção: Javier García González (Universidad Cardenal Herrera); Álvaro Alzina Lozano (Universidad Rey Juan Carlos); Gabriel Martín Rodríguez (Universidad Rey Juan Carlos). Coordenação: Rubén Miranda Gonçalves (Universidad Internacional de La Rioja); Fábio da Silva Veiga (Universidad de Almería). Madrid: Editorial DYKINSON, 2020, p. 483-491, ISBN: 978-84-1324-758-8, p. 490.

<sup>327</sup> CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. A visão sistêmica da vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. Tradução de Mayra Teruya Eichenberg e Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2014.

<sup>328</sup> FALCÃO, José Alzir Bruno; QUEIROZ, Daiane de. Novos modelos organizacionais e de interação social que emergem com a transformação digital. In: Direito, tecnologia, inovação e sustentabilidade no ensino superior. Coordenação Mônica Mota Tassigny. Organização Daiane de Queiroz; Liane Maria Santiago Cavalcante Araujo. Curitiba: CRV, 2020, p. 121.

<sup>329</sup> LIMA, Liádina Camargo. O ciberespaço como instrumento para a democratização da educação. In: Direito, tecnologia, inovação e sustentabilidade no ensino superior. Coordenação Mônica Mota Tassigny. Organização Daiane de Queiroz; Liane Maria Santiago Cavalcante Araujo. Curitiba: CRV, 2020, p. 87.

<sup>330</sup> FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

<sup>331</sup> CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. Tradução Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

<sup>332</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito à informação e meio ambiente. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 34.

<sup>333</sup> PRIEUR, Michel. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: BRASIL. Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. Colóquio sobre o princípio da proibição de retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 11-54.

24 JUN 2021

## Derecho Iberoamericano en análisis, 1ª ed., mayo 2021

Concretização Dos Direitos Fundamentais E Sustentabilidade Estatal Por Meio Da Educação Fiscal

### Concretização dos direitos fundamentais e sustentabilidade estatal por meio da educação fiscal

PAULO ROBERTO MEYER PINHEIRO<sup>334</sup>

MÔNICA MOTA TASSIGNY<sup>335</sup>

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO; II. RESULTADOS E DISCUSSÃO: EDUCAÇÃO FISCAL COMO MEIO DE MANUTENÇÃO DO ESTADO SOCIAL: 1. *Estratégias de educação fiscal no Brasil*, 2. *Estratégias de educação fiscal na Espanha*, 3. *Estratégias de educação fiscal em Portugal*; III. CONCLUSÃO; IV. REFERÊNCIAS.

#### . INTRODUÇÃO

A partir do início do século XX, as mudanças econômicas e tecnológicas têm atraído reflexões sobre o papel do Estado. No presente, o desafio é vincular um novo modelo de avanço que traga à sociedade concepções de convívio cidadão e de Estado mais estabilizado, administração pública menos burocrática, possuindo como finalidade conceitos de eficiência e descentralização, orientada para o controle dos resultados e mais próxima do cidadão. Para concorrer aos desafios intrínsecos a essa proposição, presume-se a renovação do Estado com a inserção de novos conhecimentos relativos à educação.

Por compreender que os impostos pagos não são utilizados satisfatoriamente e não regressam em forma de ganhos, para uma parcela da sociedade as obrigações tributárias são elementos de insatisfação e de conflito. Desse modo, o exposto artigo versa sobre a incessante e essencial procura por uma razoável compreensão fiscal proveniente da sociedade, afinal, são os tributos que propiciam que uma sociedade se preserve constituída, pois, mediante isso, são preservadas as estruturas que facilitam essa identidade. Não havendo contribuintes e tributos, não há como edificar um Estado, tampouco um Estado de Direito, acautelador dos direitos e dos deveres dos cidadãos.

Procurou-se realizar uma análise crítica doutrinária e jurisprudencial, bem como a utilização comparativa aplicada a três casos concretos envolvendo Brasil, Espanha e Portugal que serão explicitados adiante. Intenta-se agregar os ideais de justiça fiscal com os de um Estado organizado declarador dos direitos fundamentais, para que se consiga, por meio da Educação Fiscal, conduzir de forma justa, bem como elidir condutas que se façam ilegais ou, ainda que legais, desrespeitosas e nocivas a uma sociedade democrática.

Faz-se substancial, nas sociedades atuais, impactar os agentes privados e públicos para a essencialidade de modernas práticas educativas no que é relativo à fiscalidade e à sua compreensão. Percebe-se que é relevante iniciar e expandir a Educação Fiscal como meio de esclarecer toda a sociedade quanto à essência e à abrangência do sistema tributário, assim como as implicações da evasão fiscal e da fraude para a sociedade. Intenciona-se, portanto, ao longo desta pesquisa, investigar a função do mecanismo de Educação Fiscal no exercício

instável na participação do cidadão na sociedade e no seu convívio com o Estado, e, por conseguinte, na arrecadação dos impostos como relevante fonte de receitas públicas.

Portanto, a divisão sistemática do conteúdo deste trabalho investiga-se as atitudes de compreensão dos contribuintes em relação ao Sistema Fiscal, ou seja, a Educação Fiscal como um importante instrumento que visa facilitar a relação do contribuinte com o fisco através de políticas fiscais voltadas a uma maior conscientização.

## **I. RESULTADOS E DISCUSSÃO: EDUCAÇÃO FISCAL COMO MEIO DE MANUTENÇÃO DO ESTADO SOCIAL**

A educação é o recurso contínuo de avanço da capacidade moral, intelectual e física de todo ser humano, que tenciona atingir a sua máxima integração social e individual. É por ela que se induz a essência crítica, a capacidade de deliberação e de apreciação de cada cidadão. A educação é transformadora, uma vez que concede modificar atitudes e comportamentos em vínculo às permanentes modificações sociais.

Desse modo, a educação converte-se um dos sustentáculos fundamentais na sociedade, posto que, com indivíduos mais preparados, sucederão poucas desigualdades sociais e econômicas, igualmente terão uma atuação mais dinâmica na sociedade. Motivo pelo qual a educação social é tida como um forte dispositivo no progresso econômico e no sentido da mobilidade individual. Aprender é uma vasta habilidade de esboçar o respectivo destino, de idealizar um indivíduo criativo e crítico, entre as circunstâncias oferecidas e permanentemente com sentido solidário (DEMO, 2004, p.151)<sup>336</sup>.

Alega Casalta Nabais (2005b, p.34) que “no atual Estado Fiscal, implica uma cidadania de liberdade cujo preço reside em sermos todos destinatários do dever fundamental de pagar impostos”<sup>337</sup>. É nessa continuidade que desponta a Educação Fiscal como recurso educativo para a cidadania democrática e para os direitos humanos. Sendo assim, pretende o alcance da sociedade perante à função social dos impostos, igualmente do dever do contribuinte em ceder os tributos que lhe são próprios aos erários do Estado.

Nesta circunstância, assoma a educação fiscal, como uma política de Estado que dispõe como fim incentivar a efetivação consciente e voluntária dos deveres fiscais. O composto educativo terá de preparar os cidadãos para o instante em que devem desempenhar com as suas obrigações como contribuintes, propiciando uma sequência de conhecimentos básicos, que justifiquem a razão de ser dos impostos e exponham sinteticamente os capítulos do orçamento do Estado, também, os preceitos mais inteligíveis do sistema fiscal (DELGADO, 2013, p.222)<sup>338</sup>.

Usualmente, as informações quanto às obrigações fiscais, às alterações legislativas, ao orçamento do Estado para cada ano e demais relativas com as finanças públicas são conhecidas nas pelas redes sociais, contudo, constata-se que essa informação revelada é de cunho restrito e não bastante extensivo, das quais o fim é informar e não educar.

Na informação, concerne ao cidadão a apreciação da informação obtida pelas redes sociais, formando a sua opinião, frequentemente baseada nos seus particulares valores, atitudes e interesses (SOARES, 2004, p.207)<sup>339</sup>. A despeito de se encontrar diante uma sociedade crítica, a influência das inúmeras variáveis que contorna cada cidadão, a começar do meio social, profissional, cultural, familiar, religioso, consegue desvirtuar a informação em prol de quem a recebe. Como se cada um compusesse para si uma ideia de fiscalidade (RAMOS, 2011, p.44)<sup>340</sup>.

É nessa conjuntura que a Educação Fiscal se traduz num vasto programa educativo, com o intuito de oportunizar o bem-estar social, resultante da consciência cidadã e da edificação crítica do saber específico sobre os direitos e os deveres do cidadão, na busca do cumprimento do princípio constitucional da dignidade humana (PNEF, Caderno I, 2009a, p.9)<sup>341</sup>. Desse modo, a Educação Fiscal tem como desígnio conduzir atitudes, valores e ideias

pertinentes à responsabilidade fiscal e distintas às posturas fraudulentas. À vista disso, a sua utilidade é fortalecer conteúdos morais. Logo, a Educação Fiscal deve ser abordada na escola e nas universidades como um assunto de responsabilidade cívica (DELGADO, 2013, p. 67)<sup>342</sup>.

Por tudo que foi evidenciado neste ponto, avalia-se que a Educação Fiscal é uma praxe de relevante valor para todos os cidadãos-contribuintes, dado que os auxiliará a constatar e a entender a realidade fiscal, tais como quanto à função social dos impostos. Neste âmbito que a manifesta como procedimento educativo para a edificação e para o exercício da cidadania. Assim, nos pontos seguintes, fazer-se-á um diagnóstico comparativo entre países, quanto à Educação Fiscal como recurso no avanço de cidadania. Seguidamente, analisa-se algumas experiências comparadas nos programas de Educação Fiscal, fazendo para o efeito referência aos estudos e às metodologias desenvolvidos no âmbito da Educação Fiscal em Brasil, Espanha e Portugal. A escolha do assunto aqui tratado incidiu em virtude de terem desenvolvido práticas inovadoras no tema.

## 1. ESTRATÉGIAS DE EDUCAÇÃO FISCAL NO BRASIL

O Brasil tem disposto muito em procedimentos de Educação Fiscal. A começar do início da década de 60, a Secretaria da Receita Federal do Brasil efetiva intervenções de Educação Fiscal, na qual uma das predecessoras atividades data de 1969 e foi denominada de **Operação Bandeirante**, constituindo-se na atividade em que os agentes do fisco partiam com a função de nortear a população a não ter de pagar multas. O cerne dessa intervenção era o ensinamento a respeito da atribuição socioeconômica dos tributos e sua comparência nas políticas sociais e nas obras públicas.

Em meados dos anos 70, houve a implementação de intervenções intituladas como **Operação Brasil do Futuro**, a Educação Fiscal procurava atingir aos estabelecimentos de ensino. A publicação “Dona Formiga, Mestre Tatu e o Imposto de Renda”, assinada por Cecília Lopes da Rocha Bastos, foi largamente difundida nas escolas do hodierno ensino fundamental. Apesar disso, a intervenção foi interrompida em 1972. No ano de 1977, a Secretaria da Receita Federal veiculou o **Programa Contribuinte do Futuro**, por intermédio de trabalho próximo aos institutos de ensino e doações de cartilhas e livros a professores e alunos.

Com a redemocratização do país, entre os períodos de 1992-1994, alguns estados brasileiros, a exemplo de Ceará e Espírito Santo, iniciaram a fazer intervenções mais sólidas de Educação Tributária, que resultou em seguida com o registro de valia de um programa de consciência tributária para aguçar o hábito da cidadania, com a criação do Grupo de Trabalho para este fim, realizado pelo Conselho de Políticas Fazendária –CONFAZ–.

Defronte da primordialidade de se implantar uma factual conscientização fiscal na sociedade brasileira, foi firmado o Programa Nacional de Educação Fiscal –PNEF–, idealizado pelos Ministérios da Educação e da Fazenda mediante a Portaria Interministerial n.º 413, de 31 de dezembro de 2002 que instaura o **Grupo de Trabalho de Educação Fiscal –GEF–** e sua comissão, bem como o de delimitar as atribuições dos órgãos incumbidos pela efetuação do **Programa Nacional de Educação Fiscal –PNEF–**.

Versa-se de um recurso continuado de educação para a cidadania estruturado no Distrito Federal e nos 26 Estados Brasileiro, ante o comando da Escola de Administração Fazendária –ESAF–. Com propósito institucionalizar e promover a Educação Fiscal para a absoluta prática da cidadania, possibilitando a construção da conscientização sobre a precisão de participação do cidadão perante os controles fiscal e social do Estado (BRASIL, 2015, p.8)<sup>343</sup>.

A incumbência do Programa achou-se determinada e segmentada do modo em que a Educação Fiscal terá a função de estimular a transformação de culturas, crenças e valores do cidadão, na concepção do desenvolvimento de um ser humano integral, como meio de proporcionar a soberana prática de cidadania e possibilitar a transformação social. A



princípio, a Educação Fiscal destinava-se a professores e alunos das escolas privadas e públicas, especialmente de ensino médio e fundamental. Atualmente, destina-se a todos os níveis do sistema de ensino e variados segmentos da sociedade, fazendo-se diferenciado como significativo instrumento de qualificação dos agentes públicos e dos atores sociais (BRASIL, 2015, p.8)<sup>344</sup>.

Para cessar, as estratégias de Educação Fiscal praticadas no Brasil foram assistidas pela introdução de legislação de suporte. Em síntese, no Brasil a estratégia de Educação Fiscal põe-se na aplicação de um referencial teórico que dê destaque à esfera pedagógica da consciencialização da sociedade para a relevância dos impostos. Procura-se, por meio da educação, a formação de autonomia intelectual advinda do cidadão para interferir perante a realidade, isto é, para que a educação se faça um recurso de mudança de conduta da sociedade e uma mola propulsora de conscientização de cidadania. Para tanto, é relevante desenvolver uma ação educativa sistemática e permanente, voltada para os valores, atitudes e hábitos.

## 2. ESTRATÉGIAS DE EDUCAÇÃO FISCAL NA ESPANHA

O desafio da Agência Tributária Espanhola foi lograr um adequado emprego do sistema tributário estadual e aduaneiro. Para esse fim, foi estabelecido um plano de fomento ao desempenho voluntário das obrigações tributárias por parte dos contribuintes. Nessa sequência, foram definidas duas metas de operações essenciais: **A prestação de serviços de informação e assistência aos contribuintes**, da qual o intento é minorar os custos indiretos relacionados ao implemento das obrigações tributárias; e **A detecção e a prevenção dos incumprimentos fiscais mediante atuações de controlo**.

Dessa forma, segundo com as medidas dos contínuos **Planos de Prevenção de Fraude**, é valoroso disseminar a conduta fiscal dos cidadãos honrados, trazendo à tona planejamientos de comunicação corporativa para estimular a realização voluntária e desencorajar posturas fraudulentas. Isso abrange o avanço de práticas de comunicação que não se restringem a apregoar serviços fornecidos pela Administração Tributária, mas que se façam similarmente benéficas na precaução de fraudes. Igualmente, a Administração Fiscal descreve as estratégias da **Política de Comunicação** e as ações que deverão cooperar para fortificar a convivência dos cidadãos com o Estado, apresentando uma imagem de gestão eficiente, confiável e transparente, atribuída de profissionalismo a serviço da sociedade e dos cidadãos (YUBERO; LOBO; GARCIA, 2009, p.31-32)<sup>345</sup>.

A sua configuração vigente data de 2003, significando o efeito da cooperação entre a Administração Tributária e o Instituto de Estudos Fiscais, apoiando-se no **Programa de Educação Cívico-Tributária**, cuja vital ferramenta é o **Portal de Educação Cívico-Tributária**. Desse modo, a estratégia educacional espanhola tenciona assumir quatro objetivos centrais. Entusiasmar as crianças e os jovens a ser capazes de: a) Reconhecer os bens e os serviços públicos, e dominar o seu valor econômico e impacto social; b) Identificar as inúmeras origens de financiamento de bens e serviços públicos, em particular mediante os impostos; c) Absorver as condutas de estima pelo que é público e, deste modo, que foi custeado pelo trabalho de cada um e usado para o proveito de todos; d) Incorporar a incumbência fiscal como um dos valores acerbados nos quais a vida democrática é pautada, reconhecendo a efetivação das obrigações fiscais como um dever cívico.

Para o futuro, o **Programa de Educação Cívico-Tributária** Espanhol tem abundantes desafios, especialmente, o desenvolvimento de professores por meio da sistematização de cursos de formação, segundo demandará o preparo dos agentes da Administração Fiscal, mediante cursos de formação para formadores, de maneira a ceder retorno às necessidades dos professores; outro passo será a constituição de convenção com as entidades privadas e públicas envolvidas na área, especialmente entre a Administração Fiscal e o Ministério da Educação; e ainda o avanço com modernos recursos e materiais educativos apropriados às necessidades dos alunos e dos professores de outro sistema educativo. Finalmente, interessa



mencionar, que a Administração Fiscal Espanhola se apresenta consciente da relevância desta estratégia educativa, a médio e longo prazo, da qual originou a concepção de um ponto de encontro onde todos os profissionais empenhados em Educação Fiscal conseguissem se encontrar e permutar conhecimentos e experiências, que consistiu no desenvolvimento um site nominado por **EUROSOCIAL**<sup>346</sup>. Este sítio intenta induzir as políticas públicas e as práticas institucionais de gestão com efeito na coesão social. O escopo é favorecer o intercâmbio de experimentos entre instituições e organizações da União Europeia e da América Latina que atuam na estabilização da Educação Fiscal.

### 3. ESTRATÉGIAS DE EDUCAÇÃO FISCAL EM PORTUGAL

Por seu lado, Portugal igualmente desenvolve um programa de Educação Fiscal, que se constitui em preceitos democráticos, na cidadania e na solidariedade como princípios básicos. Ainda que o programa seja de competência exclusiva à Administração Tributária, presume-se também contar com o assentimento do Ministério da Educação.

Percebe-se que a atuação mais marcante se baseou numa mostra itinerante acerca dos impostos, ocorrida, em 2007, no Átrio do Ministério das Finanças, e, seguidamente, transitou por numerosas regiões do país. Concebida com texto e material gráfico, expostos por meio de painéis gigantes, totalizando-se com **panfletos e jogos educativos**, tendo sido este o fundamental projeto do **Grupo de Trabalho de Educação Fiscal –GTEF–**. O objetivo foi favorecer a Educação Fiscal, compreendendo, ao longo do tempo, uma série variada de intervenções reservadas a múltiplos públicos, mas sempre centradas nos decorrentes temas: a) A responsabilidade social do Estado; b) O sistema fiscal português, finalidade e origem das normas tributárias; c) A missão e natureza da Direção Geral dos Impostos –DGCI–; d) A relação entre os impostos e a capacidade contributiva dos distintos agentes econômicos; e) A relevância da efetivação das obrigações fiscais.

É de aludir, que afora da exposição da Educação Fiscal, autoria do GTEF, foi também elaborado **um jogo e alguns livros**, cujas peculiaridades são as seguintes: a) **Tax Bem!** Um Jogo da Educação Fiscal. b) **Os pesadelos fiscais** de Porfírio Zap, um livro sensibilizando para a relevância do cumprimento das obrigações fiscais. c) **Impostos: noções essenciais**, um livro com a introdução aos impostos e ao Sistema Fiscal Português. d) **Era uma vez no planeta do respeito por todos**, pequeno conto em ambiente de ficção-científica dirigido a um público infanto-juvenil, destacando a injustiça e as consequências negativas do não pagamento dos devidos impostos.

Recentemente foi divulgado um atual fomento da Administração Fiscal que se baseia no sorteio da **Fatura da Sorte**, o qual confere prêmios, de modo aleatório, às pessoas distintas que efetivaram aquisições de bens ou serviços em território nacional e requereram a emissão de fatura, a partir de 1 de janeiro de 2014, com o seu número de identificação fiscal –NIF–. O contribuinte ao requisitar a fatura na aquisição de bens ou serviços com o seu número de identificação fiscal fica de imediato habitado ao sorteio. Com este projeto consegue-se confirmar claramente uma estratégia da Administração Fiscal no confronto à economia paralela e à evasão fiscal.

Com o Decreto Lei n.º 198/2012, de 24 de agosto, que passou a vigorar no dia 1 de janeiro de 2013, foram formulados padrões de **controle de emissão de faturas**, assim como, a constituição de um estímulo de natureza fiscal. Por meio desta lei é mandatória a obrigação da emissão da fatura com o NIF do consumidor, ainda que não seja por ele requisitado. Na continuação daquele Decreto-Lei, o Estatuto dos Benefícios Fiscais, modificado pela Lei n.º 51/2013 de 24 de julho, determina uma dedução à coleta do IRS devido aos sujeitos passivos de um montante correspondente a 15% do IVA, suportado por qualquer agregado familiar, com o limite global de €250, em específicos setores de atividade.

Avistamos ainda que está a ser veiculado um **vídeo** nas mídias das Repartições de Finanças, que acautela para o que seria a sociedade sem impostos e concomitantemente é um meio de

atentar para a dificuldade da evasão fiscal. Enfim, provoca a seguinte mensagem de alerta: “Todos os dias, cerca de um quinto de todo o dinheiro público na Europa é perdido por fraude e evasão fiscal. Esse dinheiro é seu dinheiro”.

Compreende-se que em Portugal há um extenso caminho a cruzar nesta área e uma das indicações referidas no Relatório do Grupo para o Estudo da Política Fiscal, dentre outras, é o contato com países que tem conseguido avançar em suas políticas de educação fiscal.

A Educação Fiscal deve formar bases para que o contribuinte acate espontaneamente as suas obrigações tributárias, assim como, assimile que, se todos cumprirem com os impostos que lhe são acertados, pagaremos todos menos. No **Brasil** o desenvolvimento do Programa Nacional de Educação Fiscal foi uma das estratégias mais relevantes na esfera das práticas de Educação Fiscal. Por sua vez, a **Espanha** elegeu como planejamento o incentivo de palestras nas escolas, igualmente, a visitação de agentes da Administração Fiscal a institutos educativos. Por fim, **Portugal** adotou pela edição de um jogo e alguns livros educativos a respeito da questão tributária, tendo conjuntamente fomentado a produção de uma mostra de sensibilização. Benefícios para o contribuinte solicitar a fatura igualmente foram com frequência aplicados pela Administração Tributária de Portugal. Assim como Brasil, Espanha e Portugal, atualmente mais de 30 países aplicam programas de Educação Fiscal. Do continente europeu ao americano, existem países que têm apostado em diferentes programas de Educação Fiscal com o intuito único de elevar o cumprimento voluntário das obrigações fiscais e favorecer a relação conflituosa do contribuinte com a Administração Fiscal.

## II. CONCLUSÃO

Num melhor contexto, os cidadãos necessitariam entender a essência do Estado, o seu paradigma de governo e a política tributária, igualmente perceber a infraestrutura de arrecadação e a destinação que os administradores públicos dão aos recursos apurados. Os desfechos da pesquisa comprovam falta de equilíbrio entre o que o cidadão aguarda e está afeito a assistir e o que o governo fornece e pressupõe em tributos, e que consegue ser provido por programas de Educação Fiscal. Encontrase lugar para práticas de alcance social da atribuição do Estado, da finalidade socioeconômica do tributo e da precisão de realizar o domínio social dos gastos públicos. Uma atitude essencial está na inserção do assunto Educação Fiscal no fundamento dos ensinamentos escolar e universitário, com perspectivas a compor especialistas capacitados a apreciar o exercício dos gestores públicos perante a propriedade e a pertinência das aplicabilidades dos recursos públicos.

Este artigo, ao declarar a omissão de compromisso dos cidadãos com o vencimento dos tributos, provê recursos de ações sociais que preconizam mudança cultural. É imperativo idealizar nos tributos um dispositivo de expansão econômica e social. A Educação Fiscal é um fundamento para conceber uma sociedade mais justa, desta maneira diversos países manifestam uma robusta afeição na permuta de experimentos neste sentido, uma vez que se observa que estas propostas são até então bastante recentes na União Europeia, bem como na América Latina, e até então pouco reputado no domínio das instituições que os implementam, fazendo-se, deste modo, relevante propiciá-los e compartilhar os saberes colhidos. Na circunstância **brasileira** há uma especificidade, que não há na **Espanha** nem em **Portugal**, que perturba a anunciada equação, em razão da corruptela que alcança padrões inquietantes no país e do descaminho de dinheiro público que é sabido frequentemente nas mais diversas mídias, o que faz com que a sociedade renegue a fiel atribuição do tributo. Enfim, torna-se vital a admissão de responsabilidades advindo dos cidadãos, buscando sobrepujar, ao menos relativamente, sua passionalidade e mirar na sociedade, com o fim de que seja exequível edificar um genuíno Estado Democrático de Direito.

## V. REFERÊNCIAS

ÁREA DE SOCIOLOGIA TRIBUTÁRIA: La Educación Fiscal en el marco de la Educación Moral

y Cívica, en Aspectos educativos sociales y comunicativos del cumplimiento fiscal, Documentos del Instituto de Estudios Fiscales 7/96. Madrid: [s.n.], 1996.

BRASIL. Escola de Administração Fazendária – Esaf. Diagnóstico do PNEF de 2015. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/educacao-fiscal/pnef/pasta-sobre-o-programa/documento-base-pnef>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

DELGADO, Maria Luísa. La educación fiscal como instrumento de lucha contra el fraude y la evasión fiscal. In: Fiscalidade – Outros Olhares, 1. Ed., Vida Económica, Porto, 2013.

DEMO, Pedro. Política Social, Educação e Cidadania. 7.ed. São Paulo: Papirus, 2004.

NABAIS, José Casalta. Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Coords.). Solidariedade Social e Tributação. São Paulo: Dialética, 2005b.

PROGRAMA NACIONAL DE EDUCAÇÃO FISCAL. Relação Estado e Sociedade – Caderno II, Escola de Administração Fazendária, Brasília/DF, 2009b.

RAMOS, Joana de Sousa Pereira. Educação Fiscal como Ferramenta – Impacto da ausência da Educação Fiscal. 2011. 122f. Dissertação (Mestrado em Contabilidade–Fiscalidade) – Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Aveiro, Aveiro, 2011.

SOARES, Domitília Diogo. Percepção Social da Fiscalidade em Portugal – Um Estudo Exploratório. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2004.

YUBERO, F.D.; LOBO, M.L.D.; GARCIA, M.L.V. Los impuestos, instrumentos de solidaridad El Programa de Educación Cívico – Tributaria de la Agencia Tributaria española. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2009.

---

<sup>334</sup> Professor Coordenador da Universidade de Fortaleza –UNIFOR– e Doutorando em Direito Público – Desafios sociais, incerteza e direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC).

<sup>335</sup> Professora Doutora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza –UNIFOR

<sup>336</sup> DEMO, Pedro. 2004. p.151.

<sup>337</sup> NABAIS, José Casalta. 2005b. p.34.

<sup>338</sup> DELGADO, Maria Luísa. 2013. p.222.

<sup>339</sup> SOARES, Domitília Diogo. 2004. p.107.

<sup>340</sup> RAMOS, Joana de Sousa Pereira. 2011. p.44.

<sup>341</sup> PNEF, Caderno II. 2009. p.9.

<sup>342</sup> DELGADO, Maria Luísa. 2013. p.67.

<sup>343</sup> BRASIL. 2015. p.8.

<sup>344</sup> *Ibid.* , p.8.

<sup>345</sup> YUBERO; LOBO; GARCIA. 2009. p.32.

<sup>346</sup> EUROSOCIAL. Disponível em: <[www.programaeurossocial.eu/](http://www.programaeurossocial.eu/)>. Acesso em: 18 jan. 2017.

24 JUN 2021

## Derecho Iberoamericano en análisis, 1ª ed., mayo 2021

Direito Sistêmico: O Que Não Está Nos Autos, Está No Campo Morfogenético

### Direito Sistêmico: o que não está nos autos, está no campo morfogenético

MEILYNG LEONE OLIVEIRA<sup>347</sup>

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO; 1. *Quem é Bert Hellinger e o que é constelação sistêmica?*; 2. *Direito Sistêmico*; II. BREVES CONCLUSÕES; III. REFERÊNCIAS.

#### . INTRODUÇÃO

De acordo com análise realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, chegou-se à marca de 114,5 milhões o número de processos em tramitação na Justiça brasileira em 2020, sendo que em 2019, 3,9 milhões de sentenças homologatórias de acordos foram proferidas pela Justiça, o que representa 12,5% de processos solucionados pela via da conciliação<sup>348</sup>.

É nesse sentido que o Direito Sistêmico ganha relevância, por se tratar de uma nova abordagem jurídica-pacificadora na resolução de conflitos, que tem como efeito colateral o descongestionamento do Poder Judiciário, mas que sua principal função é o restabelecimento da qualidade de vida dos litigantes.

O Direito Sistêmico não é um novo ramo do Direito, como alguns podem imaginar. Embora existam cursos de pós-graduação com reconhecimento pelo MEC (Ministério da Educação e Cultura), ainda não se trata de uma disciplina autônoma lecionada nos cursos de graduação, tais como Direito Penal, Empresarial e outros.

Mas o que é, então, o Direito Sistêmico? Trata-se de um novo enfoque para as relações humanas que muitas vezes deságuam em uma ação judicial. Aprende-se na faculdade que processo judicial é o instrumento posto à disposição dos cidadãos para levar sua questão à apreciação pelo Poder Judiciário, visando a obter deste uma resposta sobre o assunto. O processo é o conjunto de documentos e peças processuais que, seguindo um rito jurídico previamente estabelecido e a uma burocracia predeterminada, possibilitam ao juízo competente prolatar uma sentença.

O processo tramita sob a forma de autos, que informalmente, por vezes, também são referidos como “processo”. Os autos são o conjunto de documentos que se ordenam cronologicamente, seguindo a legislação, para materializar os atos do procedimento. O processo, por sua vez, se caracteriza pela sua finalidade, qual seja, a jurisdição; é o “instrumento para o legítimo exercício de poder”<sup>349</sup>. O objetivo principal, portanto, é a obtenção de uma decisão judicial, com força vinculante, que obriga as partes envolvidas no litígio a obedecer ao que foi decidido.

Ocorre que muitas vezes a sentença não põe fim ao conflito. Ao menos não verdadeiramente. Explica-se: a decisão final pode terminar com a ação judicial, após o trânsito em julgado da sentença. Pronuncia-se quem tinha razão, determina-se como, ou com quem, ficarão os objetos da lide, às vezes condena-se à pena de prisão ou define a partilha dos bens e a guarda dos filhos.

Mas isso significa que o conflito foi efetivamente resolvido? Não. Pois não basta uma sentença para resolver o conflito, mas é necessária uma sentença pacificadora. Nesse esteio que se tem a atuação do Direito Sistêmico. Passa-se a analisar as bases teóricas do Direito Sistêmico, que é uma nova forma do campo jurídico olhar para as relações humanas, iniciando-se pela breve análise do pensamento de Bert Hellinger.

## 1. QUEM É BERT HELLINGER E O QUE É CONSTELAÇÃO SISTÊMICA?

Anton Suitbert Hellinger, nasceu na Alemanha, em 18 de dezembro de 1925, ex sacerdote e missionário dos Zulus, que colaborou na África do Sul durante 16 anos, lugar que exerceu as funções de psicanalista, educador, terapeuta de dinâmica familiar e de grupo, terapeuta corporal, escreveu mais de 84 livros. cursou Pedagogia, Teologia, Filosofia, Psicanálise<sup>350</sup>. O método que desenvolveu é resultado de sua sabedoria que conquistou na realização de seus trabalhos e da sua vida.

O criador da constelação sistêmica trouxe a visão de que todos os seres e relações se submetem às ordens sistêmicas, quais sejam: do Pertencimento, da Hierarquia e do Equilíbrio. E quando essas leis estão fora de ordem, os problemas acontecem. Estas não foram criadas, foram descobertas, são “Leis Naturais”, pois são leis intrínsecas que estabelece a ordem do sistema e devem ser respeitadas para que haja paz e que o amor possa florescer e fluir. Estão em plena atividade, alcança todos, são básicas, mas, de difícil compreensão, pois sendo desrespeitadas o sistema fica em desordem, ocorrem os chamados “emaranhados”<sup>351</sup>.

O pressuposto da ordem indica que os primeiros a chegarem numa família têm preferência perante os outros: os mais velhos em relação aos mais jovens, a primeira esposa, os filhos do primeiro casamento e assim por diante. O pressuposto do pertencimento abrange que todos têm o direito de pertencer à família, estejam vivos ou não, tendo realizado atos positivos ou não. O equilíbrio é outro princípio importante e sugere que o sistema familiar impulsionará as pessoas a agirem de maneira tal para reequilibrar o sistema diante de qualquer ameaça ou problema<sup>352</sup>.

Segundo o dicionário Houaiss, a palavra “constelação” na língua portuguesa pode ter o significado de um grupo de estrelas próximas, de um grupo de pessoas brilhantes, ou, ainda, “um conjunto de elementos que formam um todo coerente, ligados por algo em comum”<sup>353</sup>. Ou seja, um grupo de elementos ou pessoas que fazem parte de um mesmo sistema.

Quanto ao uso do termo Constelação Familiar, é importante salientar que a tradução do alemão *familienstellen* é “colocar a família”. Ela é ensinada como uma técnica sistêmica fenomenológica e tem como objetivo a solução de conflitos<sup>354</sup>.

Na prática, a constelação (em grupo) ocorre em 8 (oito) etapas: 1ª. Define-se o problema a ser constelado. Uma ação que verse sobre um inventário, por exemplo. 2ª. Verifica-se quais membros familiares podem fazer parte desse emaranhado. 3ª. Escolha dos representantes de cada um dos membros definidos. Na prática, apenas o terapeuta e o constelado sabem quem representa quem. Os movimentos e desenrolar ocorrem em decorrência do acesso ao campo morfogenético das partes envolvidas. 4ª. Montagem da constelação com o posicionamento inicial sendo definido pelo constelado. 5ª. Inicia-se a busca da solução, que se dá por movimentos físicos dos representantes, sensações e sentimentos experimentados pelos mesmos. 6ª. A solução é alcançada (chamada de despertar). 7ª. Fechamento do campo e encerramento da sessão. 8ª. Ocorre a resolução, na qual se compromete com a interpretação que teve ali e, dependendo do caso, terá atitudes a tomar daquele momento em diante. Assim, ele poderá solucionar sua dor ou problema familiar, e os emaranhados familiares poderão ser resolvidos.

Conforme se desenvolvem os movimentos dos participantes, nas 4ª e 5ª etapas, os emaranhados vão aparecendo, ficando claro o que precisa ser colocado em ordem. Esses emaranhados têm relação com algum tipo de exclusão, injustiça, luto, doença grave,



rompimento de vínculos, adoção, suicídio e até brigas por herança. O papel do constelador será identificar o emaranhado e restabelecer a ordem no sistema familiar do constelante.

O despertar é quando se chega à imagem da solução. Estágio em que todos os integrantes se sentem aliviados, satisfeitos e em paz. Momento em que se encontra o equilíbrio, ultrapassando a dinâmica dos destinos, os membros se reencontram com amor e respeito, e aqueles que foram excluídos são reintegrados e cada um se posiciona no seu determinado local dentro do sistema no qual pertence. Tendo assim uma imagem de família mais completa<sup>355</sup>.

Atente-se que constelação sistêmica não é o mesmo que a técnica de psicodrama, pois na Constelação familiar o terapeuta tem um papel neutro. Ele não interfere diretamente na terapia, dizendo o que o paciente deve fazer ou sentir, sendo o campo morfogenético que guia os movimentos, vide nota de rodapé número 12. Já no psicodrama os envolvidos encarnam personagens escritos com base em sua vivência e experiência de vida. O terapeuta assume aqui a função de diretor, conduzindo todo o trabalho individual ou em grupo em cima de um palco da ação dramática.

Com relação aos ensinamentos de Hellinger, tem-se que:

“Enquanto ciência a HellingerSciencia está em movimento. Isto significa que se encontra em constante desenvolvimento, também através das compreensões e experiências de muitos outros que se abriram para ela –e também para as suas consequências–. Enquanto ciência viva, a HellingerSciencia não é uma “escola” como se já estivesse sido concluída e pudesse ser transmitida e ensinada como algo definitivo. Assim sendo, também não existe controle de seu sucesso, de maneira que pudesse ser avaliada através de parâmetros externos e como se tivesse que se justificar através deles e, sim, através de seus efeitos e do seu sucesso. Trata-se de uma ciência aberta em todos os sentidos”<sup>356</sup>.

Importantíssimo realizar um esclarecimento nesse ponto: quando se refere em “imagem de família mais completa” não se deseja indicar que toda e qualquer situação deve ser aceita pelos participantes da constelação, mas que devem ser tomadas como aconteceram, reorganizando o sistema e seguindo as ordens, olhando para frente, para o futuro. Ou seja, em um caso de grave abuso, por exemplo, não se deseja que o abusado ame incondicionalmente o abusador, mas que o reconheça como integrante do sistema, o tome como em seu papel original e siga olhando para a frente, pois esse é o sentido normal, regular e esperado da vida: para frente. E quando existem esses emaranhados, a pessoa fica presa, olhando para trás e não segue o fluxo da vida.

No Brasil a Constelação Familiar tem grande repercussão em contextos terapêuticos privados, e mais recentemente na saúde pública (SUS) e no sistema judiciário.

No SUS a Portaria nº 702 de 21 de março de 2018 do Ministério da Saúde na Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares –PNPIC1– incluiu novas técnicas de atenção à saúde, entre elas a Constelação Familiar.

Como se pode observar na própria Portaria do SUS, 702/2018<sup>357</sup>:

“Desenvolvida nos anos 80 pelo psicoterapeuta alemão Bert Hellinger, que defende a existência de um inconsciente familiar –além do inconsciente individual e do inconsciente coletivo– atuando em cada membro de uma família. Hellinger denomina “ordens do amor” as leis básicas do relacionamento humano –a do pertencimento ou vínculo, a da ordem de chegada ou hierarquia, e a do equilíbrio– que atuam ao mesmo tempo, onde houver pessoas convivendo. A constelação familiar é uma abordagem capaz de mostrar com simplicidade, profundidade e praticidade onde está a raiz, a origem, de um distúrbio de relacionamento, psicológico, psiquiátrico, financeiro e físico, levando o indivíduo a um outro nível de consciência em relação ao problema e mostrando uma solução prática e amorosa de pertencimento, respeito e equilíbrio. A constelação familiar é indicada para



todas as idades, classes sociais, e sem qualquer vínculo ou abordagem religiosa, podendo ser indicada para qualquer pessoa doente, em qualquer nível e qualquer idade, como por exemplo, bebês doentes são constelados através dos pais” (Portaria SUS nº 702/2018).

A este ponto da leitura, pode-se perceber a íntima relação entre constelações sistêmicas e o Direito, pois este é um dos principais reguladores da vida em sociedade, tendo o principal objetivo de resolver as lides, os problemas e os emaranhados humanos, tal qual as constelações sistêmicas. Uma nova era nasce com o Direito Sistêmico, muito porque nem o Contrato Social de Rousseau seria capaz de explicar os fatores de Campos Morfogenéticos<sup>358</sup> assim como Rupert Sheldrake<sup>359</sup>. Replicando a sábia frase de Marcele Barach Ferreira de Lima: “O que não está nos autos, está no campo morfogenético”.

## 2. DIREITO SISTÊMICO

Surge no Brasil em 2012, pelo juiz Sami Storch<sup>360</sup>, do Tribunal de Justiça da Bahia, o conceito de Direito Sistêmico. Intimamente conectado às ideias de resoluções alternativas de conflitos, amplamente previsto em nosso Código de Processo Civil e legislações correlatas, tem como objetivo ligar a ciência fenomenológica das constelações sistêmicas com o Direito.

Em algumas áreas existem temas que se apresentam com maior frequência relacionados à constelação sistêmica, exemplificando: como lidar com os filhos durante o processo de separação, as causas e possíveis soluções para a violência doméstica, questões relativas à guarda e alienação parental, situações decorrentes de vícios, litígios em inventários nos quais se observa alguém que foi excluído ou desconsiderado no passado familiar, entre outros.

O movimento vem ganhando força no território brasileiro. Os primeiros magistrados –no mundo– a obterem formação em Constelação Familiar foram os 28 (vinte e oito) membros do Tribunal de Justiça de Rondônia, em 2018<sup>361</sup>. A utilização da ferramenta, que trabalha o sistema familiar e suas leis sistêmicas, tem foco na solução de conflitos por meio de consenso entre as partes e respaldo no novo Código de Processo Civil e em Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Atualmente diversos tribunais no Brasil utilizam a Constelação Familiar como técnica para promover acordos judiciais. O uso é pautado pela Resolução 125/2010 do CNJ, no entanto, até a presente data não se tem nenhuma menção específica à Constelação Familiar, o que leva à reflexão sobre a possibilidade de que sua utilização ocorra pela analogia ao foco “solução de conflitos” como a prática é apresentada.

A Resolução 125/2010, Capítulo II no art. 6º declara sobre a atribuição do CNJ:

I. estabelecer diretrizes para implementação da política pública de tratamento adequado de conflitos a serem observadas pelos Tribunais; II. desenvolver conteúdo programático mínimo e ações voltadas à capacitação em métodos consensuais de solução de conflitos, para servidores, mediadores, conciliadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias; (grifo nosso); III. providenciar que as atividades relacionadas à conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos sejam consideradas nas promoções e remoções de magistrados pelo critério do merecimento; IV. regulamentar, em código de ética, a atuação dos conciliadores, mediadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias. (Resolução nº 125/2010)

Há, ainda, o Projeto de Lei número 4.887/2020 em tramitação na Câmara dos Deputados pretende regulamentar a profissão de constelador familiar sistêmico no Brasil.

No sentido da sentença pacificadora, pode-se tomar as palavras de Norberto Bobbio como referência ao pensamento e movimento sistêmico no Direito:

“[...] uma coisa é proclamar esse direito (direito dos indivíduos), outra é desfrutá-lo

efetivamente. A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido<sup>362</sup>”.

Ponto relevante é sobre a existência inúmeras semelhanças entre Direito Sistêmico e Direito Natural que ficou evidenciada na palestra proferida em 19 de outubro de 2020, com a participação de Ives Gandra e Sami Storch, no I Encontro Virtual da Academia Brasileira de Direito Sistêmico<sup>363</sup>.

Com relação aos resultados obtidos, durante e após o trabalho com constelações, os participantes têm demonstrado boa absorção dos assuntos tratados, um maior respeito e consideração em relação à outra parte envolvida, além da vontade de conciliar –o que se comprova também com os resultados das audiências realizadas semanas depois e com os relatos das partes e dos advogados da comarca–.

Têm-se os seguintes dados que demonstram o resultado das constelações sistêmicas. Tais informações foram obtidas em artigo escrito por Sami Storch, no qual descreve que por meio de questionários respondidos após a audiência de conciliação pelas pessoas que participaram das vivências de constelações, obteve as seguintes respostas<sup>364</sup>:

- 59% das pessoas disseram ter percebido, desde a vivência, mudança de comportamento do pai/mãe de seu filho que melhorou o relacionamento entre as partes. Para 28,9%, a mudança foi considerável ou muita; 59% afirmaram que a vivência ajudou ou facilitou a obtenção do acordo para conciliação durante a audiência. Para 27%, ajudou consideravelmente. Para 20,9%, ajudou muito; 77% disseram que a vivência ajudou a melhorar as conversas entre os pais quanto à guarda, visitas, dinheiro e outras decisões em relação ao filho das partes. Para 41%, a ajuda foi considerável; para outros 15,5%, ajudou muito; 71% disseram ter havido melhora no relacionamento com o pai/mãe de seu(s) filho(s) após a vivência. Melhorou consideravelmente para 26,8% e muito para 12,2%; 94,5% relataram melhora no seu relacionamento com o filho. Melhorou muito para 48,8%, e consideravelmente para outras 30,4%. Somente 4 pessoas (4,8%) não notaram tal melhora; 76,8% notaram melhora no relacionamento do pai/mãe de seu(ua) filho(a) com ele(a). Essa melhora foi considerável em 41,5% dos casos e muita para 9,8% dos casos; 55% das pessoas afirmaram que desde a vivência de constelações familiares se sentiram mais calmas para tratar do assunto; 45% disseram que diminuíram as mágoas; 33% disseram que ficou mais fácil o diálogo com a outra pessoa; 36% disseram que passaram a respeitar mais a outra pessoa e compreender suas dificuldades; e 24% disseram que a outra pessoa envolvida passou a lhe respeitar mais.

Tornam-se bastante impactantes os resultados obtidos com a aplicação da constelação na seara jurídica, embora ainda se careça de dados mais efetivos para uma análise profunda da sua aplicabilidade e efeitos.

## **I. BREVES CONCLUSÕES**

Após a realização da análise de importantes conceitos da constelação sistêmica, tais como Campo Morfogenético, as três Ordens Sistêmicas: lei do pertencimento, lei da hierarquia e lei do equilíbrio, bem como se explicitou as diferenças existentes com a técnica do psicodrama e da íntima ligação com o Direito, pode-se verificar que cada vez mais se faz necessária essa nova forma do campo jurídico olhar para as relações humanas, pois uma sentença não basta para a solução efetiva do conflito, precisando ser uma sentença pacificadora. E para alcançar esse objetivo, as constelações sistêmicas se mostram como instrumental importante, se a constelação sistêmica pode ser considerada ciência, ainda é uma questão polêmica, mas seguramente se encaixa no modelo fenomenológico. Ainda são necessários alguns passos a mais do que aqueles que são dados atualmente para assegurar sua efetiva aplicação pelo Poder Judiciário. Mesmo com o SUS prevendo a constelação como prática integrativa

complementar, o CNJ editando resolução sobre a resolução alternativa de conflitos, tramitando projeto de lei que pretende normatizar a função de constelador, pós-graduação reconhecida pelo MEC e algumas práticas constantes nos tribunais de todo o Brasil, ainda se faz necessário uma maior clareza nos resultados que são obtidos, com a finalidade de tabulação e análise para que se identifiquem quais os efeitos reais do Direito Sistêmico.

## II. REFERÊNCIAS

- BENVINDO, Batista Iolanda. Direito Sistêmico: uma Nova Consciência Jurídica. Em Conteúdo Jurídico. 2020.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Márcio Pugliesi. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 10.
- CARIONI, Carla. As três fases da Constelação Familiar. Psicologia Quântica. Disponível em: <<https://carlacarioni.com.br/blog/17/as-tres-fases-da-constelacao-familiar>>. Acesso em 12 out. 2020.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 296.
- CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Constelação Familiar: 28 Juízes De RO Concluem 1º Curso Sobre Método. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/constelacao-familiar-ro-conclui-1-curso-para-juizes-sobre-a-tecnica>>. Acesso em 11 de out. 2020.
- CNJ. Conselho Nacional de Justiça. A Justiça em Números. Sumário Executivo. 2020. Disponível em <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB\\_V2\\_CNJ\\_JN2020.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_CNJ_JN2020.pdf)>. Acesso em 10 de out. de 2020.
- GANDRA, Ives e STORCH, Sami. I Encontro Virtual da Academia Brasileira de Direito Sistêmico. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=f4k7i4L10JE>>. Acesso em 30 de out. 2020.
- HELLINGER, B. (2008). Viagens Interiores. Patos de Minas, MG: Atman. p. 40.
- HELLINGER, B. (2010). Ordens do amor: um guia para o trabalho com Constelações Familiares. São Paulo: Pensamento-Cultrix.
- HELLINGER, Bert. O Amor do Espírito na HellingerSciencia. Tradução: Filipa Richter, Lorena Richter, TsuyukoJinno-Spelter. Patos de Minas: Atman, 2009. p.8.
- HOUAISS, A. (2009). Houaiss Dicionário da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva. p. 531.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 702, de 21 de março de 2018. Disponível em <[https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2018/prt0702\\_22\\_03\\_2018.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2018/prt0702_22_03_2018.html)>. Acesso em 10 de out. 2020.
- OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. Direitos Sistêmico: Aplicação das Leis Sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e a Direito Penal. 2ª. ed. Joinville: Manuscritos Editora, 2018.
- SHELDRAKE, Rupert. A Ressonância Mórfica & a Presença do Passado. Os Hábitos da Natureza. Coleção crença e razão. Lisboa: Instituto Piaget; 1995.
- STORCH, Sami. Direito Sistêmico é uma Luz no Campo dos Meios Adequados de Solução de Conflitos. 2018.

STORCH, Sami. **Direito Sistêmico: Primeiras Experiências com Constelações no Judiciário**. In Filosofia, Pensamento e Prática das constelações sistêmicas – nº 4. São Paulo: Conexão Sistêmica, 2015. Disponível em <[www.direitosistemico.wordpress.com](http://www.direitosistemico.wordpress.com)>. Acesso em 11 de out. 2020.

---

<sup>347</sup> Doutora (com bolsa CAPES) e Mestre em Direito pela Universidade Católica de Santos. Advogada. Pedagoga. Professora Universitária e de Pós-graduação. ThetaHealer e entusiasta das constelações sistêmicas.

<sup>348</sup> CNJ. Conselho Nacional de Justiça. A Justiça em Números. Sumário Executivo. 2020. Disponível em <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB\\_V2\\_SUMARIO\\_CNJ\\_JN2020.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_CNJ_JN2020.pdf)>. Acesso em 10 de out. de 2020.

<sup>349</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 296.

<sup>350</sup> BENVINDO, Batista Iolanda. **Direito Sistêmico: uma Nova Consciência Jurídica**. Em Conteúdo Jurídico. 2020.

<sup>351</sup> OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. **Direitos Sistêmico: Aplicação das Leis Sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal**. 2ª. ed. Joinville: Manuscritos Editora, 2018.

<sup>352</sup> HELLINGER, B. (2010). **Ordens do amor: um guia para o trabalho com Constelações Familiares**. São Paulo: Pensamento-Cultrix.

<sup>353</sup> HOUAISS, A. (2009). **Houaiss Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva. p. 531.

<sup>354</sup> HELLINGER, B. (2008). **Viagens Interiores**. Patos de Minas, MG: Atman. p. 40.

<sup>355</sup> CARIONI, Carla. **As três fases da Constelação Familiar**. Psicologia Quântica. Disponível em: <<https://carlacarioni.com.br/blog/17/as-tres-fases-da-constelacao-familiar>>. Acesso em 12 out. 2020.

<sup>356</sup> HELLINGER, Bert. **O Amor do Espírito na Hellinger Ciencia**. Tradução: Filipa Richter, Lorena Richter, Tsuyuko Jinno-Spelter. Patos de Minas: Atman, 2009. p.8.

<sup>357</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria nº 702, de 21 de março de 2018. Disponível em <[https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2018/prt0702\\_22\\_03\\_2018.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2018/prt0702_22_03_2018.html)>. Acesso em 10 de out. 2020.

<sup>358</sup> O que são os Campos Morfogênicos? Conceito desenvolvido por Rupert Sheldrake. Morfo (ou *morfho*) é um termo grego que quer dizer forma e genético é oriunda da palavra gênese, que por sua vez significa origem. Sendo assim, é possível entender campos morfogenéticos como campos ou sistemas que organizam seres na natureza, determinando padrões ou formas de comportamento, pensamento. No livro “Uma nova ciência da vida – A hipótese da causação formativa e os problemas não resolvidos da biologia” que existem campos de informações não materiais que são transmitidos por ressonância. Essa ressonância mórfica é o processo no qual acontecimentos e comportamentos de organismos no passado influenciam organismos no presente. É a ressonância no campo morfogenético que permite que durante a sessão de constelação sistêmica os participantes sintam o que está se passando, mesmo sem saber qual é o “papel” que está desenvolvendo.

<sup>359</sup> SHELDRAKE, Rupert. **A Ressonância Mórfica & a Presença do Passado. Os Hábitos da Natureza**. Coleção crença e razão. Lisboa: Instituto Piaget; 1995.

<sup>360</sup> STORCH, Sami. **Direito Sistêmico: Primeiras Experiências com Constelações no Judiciário**. In Filosofia, Pensamento e Prática das constelações sistêmicas – nº 4. São Paulo: Conexão Sistêmica, 2015. Disponível em <[www.direitosistemico.wordpress.com](http://www.direitosistemico.wordpress.com)>. Acesso em 11 de out. 2020.

<sup>361</sup> CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Constelação Familiar: 28 Juízes De RO Concluem 1º Curso Sobre Método**. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/constelacao-familiar-ro-conclui-1-curso-para-juizes-sobre-a-tecnica>>. Acesso em 11 de out. 2020.

<sup>362</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Márcio Pugliesi. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 10.

<sup>363</sup> GANDRA, Ives e STORCH, Sami. **I Encontro Virtual da Academia Brasileira de Direito Sistêmico**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=f4k7i4L10JE>>. Acesso em 30 de out. 2020.

<sup>364</sup> STORCH, Sami. **Direito Sistêmico é uma Luz no Campo dos Meios Adequados de Solução de Conflitos**. 2018.

No copyright found.

24 JUN 2021

## Derecho Iberoamericano en análisis, 1ª ed., mayo 2021

O Futuro Do Direito Tributário

### O futuro do Direito Tributário

EDUARDO MARCIAL FERREIRA JARDIM<sup>365</sup>

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO; II. BUROCRACIA E INSEGURANÇA JURÍDICA; III. CONCEITO DE RENDA LÍQUIDA NA LEGISLAÇÃO EM CONTRASTE COM O ASPECTO SEMÂNTICO DA LINGUAGEM E COM O FIGURINO CONSTITUCIONAL; IV. PRIVILÉGIOS E DESIGUALDADES; V. SUBSTITUIÇÃO DO IMPOSTO SOBRE A RENDA POR UM IMPOSTO SOBRE TRANSAÇÕES FINANCEIRAS –ITF–; VI. SUBSTITUIÇÃO DA TRIBUTAÇÃO DA FOLHA DE SALÁRIOS PELO ITS; VII. CONSIDERAÇÕES FINAIS; VIII. REFERÊNCIAS.

#### . INTRODUÇÃO

O presente Estudo preordena-se a refletir sobre um aspecto pontual no Direito Tributário brasileiro, o qual abriga traços comuns no cenário internacional. Com efeito, quer-se demonstrar a existência de descompassos e anacronismos do imposto sobre a renda no Brasil em relação às pessoas físicas, a exemplo da deformação do conceito de renda líquida, agravado, entre outras adversidades, por isenções que ultrajam o primado da igualdade, tudo permeado por uma burocracia incompatível com os avanços da tecnologia dos tempos modernos.

Deveras, como será demonstrado, a legislação do referido gravame destoa do figurino constitucional na dimensão em que atrita uma série de colunas mestras do Texto Magno, culminando, por consequência, por afrontar a própria segurança jurídica.

Ademais, ao lado dos comentários críticos e das objurgatórias a serem suscitadas, cumpre esclarecer que serão ofertadas as propostas pertinentes com o desígnio de extinguir o referido imposto no âmbito do regime de apuração anual das pessoas físicas, incluindo o regime de fonte, tudo mediante a substituição por um imposto incidente sobre transações financeiras, tributo, diga-se, *à vol d'oiseau*, idealizado pelo Professor Marcos Cintra.

Nas dobras dessa concepção, será sugerido, também, substituir a tributação da Folha de Salários pelo mesmo imposto, uma vez que o imposto *in casu* poderia gerar uma arrecadação suficiente para dar mais essa contribuição para o Direito pátrio. Com isso, consoante noção cediça e acalentada por muitos, estar-se-ia também resolvendo um problema acalentado por empregados e empregadores.

Por derradeiro, é de mister esclarecer que, ao contrário de uma visão tradicional daqueles que se opõem à visão metajurídica consubstanciada em proposta de *lege ferenda*, o autor deste texto está em crer que tal postura metodológica é voltada a dar completude aos trabalhos inspirados e fulcrados na ciência do Direito.

#### I. BUROCRACIA E INSEGURANÇA JURÍDICA

Segundo o Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT)<sup>366</sup>, o Brasil produz algo



em torno de 30 normas por dia sobre tributação, ou seja, mais de uma norma por hora. Além do mais, a legislação tributária é nimamente contraditória, confusa e obscura, merecendo a adjetivação de manicômio tributário, a qual foi empregada por LelloGangemi, eminente Professor Catedrático da Universidade de Nápoles. Ouçamo-lo, pois: “A infelicíssima situação do nosso ordenamento tributário: um caos de leis contraditórias e em antítese aos mais elementares princípios de racionalidade, justiça e socialidade”<sup>367</sup>.

Não é diferente no Direito pátrio, tanto no âmbito da tributação em geral quanto em relação ao imposto sobre a renda especificamente. Deveras, a burocracia é demasiada e inútil, sobretudo se considerarmos os avanços da tecnologia que poderia simplificar o cumprimento da obrigação nesse campo normativo.

Verdade seja, a elaboração da Declaração de Rendimentos representa um desafio de Hércules, pois durante todo o ano e, por vezes todo o dia, conforme o caso, o contribuinte é obrigado a guardar toda sorte de documentos comprobatórios de pagamentos efetuados, incluindo aqueles referentes a despesas não dedutíveis, o que é decididamente complexo sob o ponto de vista organizacional.

Se não o fizer, estará sujeito à chamada malha fina, que é um controle realizado internamente pela Receita Federal, o que pode ensejar desde uma intimação até uma autuação com a cobrança de imposto suplementar e multa, se assim entender a autoridade competente pela gestão do referido imposto.

Essa burocracia gera uma insegurança jurídica permanente pois, a cada cinco anos após a entrega da declaração anual de ajuste, o contribuinte corre o risco de ter alguma dedução impugnada, sujeito, também, a eventual lançamento suplementar por parte da Receita, quer procedente, quer equivocado.

Ora, como tal fato se repete *ad eternum* a cada quinquênio que sucede a entrega da declaração, o contribuinte estará sempre sob a mira das autoridades fazendárias, sem ter meios de desfrutar do merecido sono dos justos, que seria a segurança jurídica em decorrência do cumprimento da obrigação.

Por conseguinte, a extinção da obrigação somente ocorre com a chamada homologação tácita que se dá após o decurso de cinco anos a contar da entrega da Declaração Anual do Imposto Sobre a Renda, o que redimensiona os matizes da insegurança jurídica.

O asserto não escapou do crivo de Canotilho, para quem essa eternização que se repete sucessivamente contraria a rigorosa delimitação temporal de qualquer medida coativa do Poder Público, a qual representa um dos desdobramentos do postulado da segurança que o Direito haveria de proporcionar<sup>368</sup>.

## **II. CONCEITO DE RENDA LÍQUIDA NA LEGISLAÇÃO EM CONTRASTE COM O ASPECTO SEMÂNTICO DA LINGUAGEM E COM O FIGURINO CONSTITUCIONAL**

O conceito terminológico de renda líquida da pessoa física consiste no resultado da renda bruta menos as despesas necessárias à manutenção de uma vida rotineira e normal, entre as quais aquelas como aluguel, medicamentos, educação e seus desdobres, tais como as havidas com entidades educacionais em todos os níveis e de qualquer área, bem como os dispêndios com dependentes, afora outras hipóteses.

Entrementes, a legislação brasileira proíbe a dedução de despesas com aluguel, bem assim com medicamentos, senão também com livros, dentre outras, sem contar que o valor dedutível com educação e com dependentes não traduz minimamente o verdadeiro custo dessas despesas. O absurdo é de tamanha proporção que há universidades nas quais o preço de uma única mensalidade é superior ao limite da dedução anual com educação por dependente.

Sob o prisma constitucional, não restam dúvidas que o conceito legal de renda líquida não resiste a um contraste de validade, pois o artigo 6º do Texto Supremo contempla como valores sociais o direito à educação, à saúde, à alimentação, à moradia, ao transporte e ao lazer, pelo que ressalta à evidência que, além da incorreção terminológica, o conceito inserto na lei de regência afigura-se manifestamente inconstitucional.

Por óbvio, a vedação de descontar a despesa com medicamento da renda líquida tributável traduz ofensa ao direito à saúde e, na mesma trilha, a proibição da dedutibilidade do aluguel despreza o direito à moradia e assim avante. Com relação ao aluguel, a inconstitucionalidade falece de padrão ético e reveste cores escarlates, porquanto ao vetar esse desconto, a União acaba tributando a despesa e não a renda do contribuinte locatário e, além de tudo cobra do locador o mesmo imposto em virtude do rendimento proveniente do aluguel do mesmo imóvel. Ao cabo de contas, um único fato jurídico tributário é objeto de duas incidências, o que, para dizer o mínimo, configura um rematado dislate

Ao propósito, José Artur Lima Gonçalves publicou um clássico sobre o assunto, no qual, segundo sua percepção, o conceito constitucional de renda consiste no acréscimo decorrente do confronto de entradas e saídas relevantes num dado lapso temporal. Noutro excerto, o renomado autor adverte que o referido conceito não se encontra à disposição do legislador, o qual pode e deve garantir a dedutibilidade das despesas constitucionalmente asseguradas, consoante, aliás, os argumentos pugnados e veementizados neste tópico<sup>369</sup>.

## V. PRIVILÉGIOS E DESIGUALDADES

Ao lume da legislação brasileira, existem desconcertos e contradições realmente incríveis, tanto sob o ponto de vista geral em que a tributação preponderante incide sobre o consumo, quanto sob o prisma do imposto sobre a renda em particular, no qual, por exemplo, um cidadão com ganhos de R\$ 5.000,00 ao mês é tributado com a alíquota mais elevada de 27,5% como se fosse um valor expressivo, o que, sabidamente não o é. Ademais, aquele que ganha R\$ 50.000,00 se assujeita à mesma percentagem de tributação.

E, para piorar, aquele que ganha R\$ 50.000,00 por mês a título de distribuição de lucros e não de salário, está isento e, claro, não paga nada! *Oh myGod!*, diriam os ingleses. Deveras, a distribuição de lucros e dividendos desfruta de isenção à luz da legislação do imposto sobre a renda, na contramão do primado da igualdade, da razoabilidade e da justiça fiscal.

Realmente, a apontada desequiparação se ressentir de qualquer justificativa e, por isso mesmo, descumprir o primado da igualdade, porquanto inexistir relação de pertinência lógica entre o *discrimen* contido no binômio lucro e salário em relação à finalidade, consoante averbado com pena de ouro por Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>370</sup>. *Quid juris?*

Outrossim, não condiz com o princípio da igualdade a isenção do imposto sobre a renda em prol de Magistrados, Procuradores e Promotores que, no ano de 2017, totalizou o valor médio para cada um no importe de R\$ 191.400,00 (cento e noventa e um mil e quatrocentos reais), os quais são qualificados como auxílios dos mais variados e, por isso, não estão sujeitos ao IRPF, quando os demais cidadãos, por outro lado, pagam sobre tudo e mais um pouco, sem poder deduzir do imposto devido nem mesmo os direitos assegurados pela *Lex Legum*, consoante já comentado neste Estudo.

Sobremais, não se pode olvidar que isso ocorre num país com dezenas de milhões de desempregados e com muitas dezenas de trabalhadores que ganham em torno de 10% desses adicionais de carreiras de Estado<sup>371</sup>.

Por sem dúvida, é sobremodo desigual e injusto dar conta que ganhos próximos a duzentos mil reais por ano são isentos para uns enquanto valores modestíssimos são gravados com a alíquota máxima de 27,5%! Deveras, esses verdadeiros *fringebenefits* são inadequados no serviço público e menoscabam o postulado da capacidade contributiva exemplarmente

ressaltada no conceito de imposto prelecionado por Louis Trotabas e Jean-Marie Cotteret, senão vejamos: “L’impôt est le procédé de répartition des charges budgétaires entre les individus d’après leurs facultés contributives”<sup>372</sup>.

No mesmo sentido e com a mestria de sempre, Roque Carrazza sublinha que

“o princípio da capacidade contributiva é um dos mecanismos mais eficazes para que se alcance a tão almejada justiça fiscal. É imperioso que a pessoa que revela possuir maior riqueza pague mais imposto em termos proporcionais que aquela que a exterioriza em menor intensidade”<sup>373</sup>.

Outro absurdo com referência ao tributo *sub examen* foi objeto da Emenda Constitucional de nº 20, de 15 de dezembro de 1998, a qual revogou o irrevogável, ou seja, a imunidade do IRPF de aposentados com idade igual ou superior a 65 anos. A aludida Emenda é verdadeiramente inconstitucional e teratológica, pois revogou dispositivo categorizado como pétreo pela Carta da República, além de revestir traços detrimntosos concernentes às pessoas idosas. Tal entendimento é esposado pelo abalizado magistério de Regina Helena Costa em sua monografia sobre Imunidades Tributárias<sup>374</sup>.

Como visto, as discrepâncias anotadas merecem incisivas objurgatórias, bem como jamais poderiam existir, sem contar que há outros com a mesma sorte, a exemplo das verbas milionárias de deputados e senadores, as quais se propagam nos demais parlamentos dos 26 Estados, mais o Distrito Federal, o mesmo ocorrendo nos 6.570 municípios.

## **7. SUBSTITUIÇÃO DO IMPOSTO SOBRE A RENDA POR UM IMPOSTO SOBRE TRANSAÇÕES FINANCEIRAS –ITF–**

Colocadas em curso as vicissitudes do imposto sobre a renda das pessoas físicas, passemos ao momento de propostas tencionadas a aprimorar a tributação, fazendo-o por meio da extinção do referido tributo no tocante ao regime de Declaração e de Fonte, o qual seria substituído por um imposto sobre transações financeiras. O aludido gravame seria cobrado de todas as pessoas físicas e jurídicas, exceptuadas, é claro, aquelas que gozam de imunidade, a exemplo das pessoas jurídicas de direito público interno.

Primeiramente, é necessário obtemperar que a tributação ora cogitada encampa a concepção do Professor Marcos Cintra no sentido de instituir uma nova modalidade de imposto com esse perfil, o qual, avançado embora e pleno de pontos positivos, tem sido indevidamente rejeitado, fato inexplicável e destituído de qualquer fundamento lógico, a exemplo da extinta CPMF, cuja alíquota era de 0,38% em sua fase derradeira.

Nesse sentido, é paradoxal o contribuinte não se insurgir contra a alíquota de 27,5% do IRPF no tocante à renda superior a cinco mil reais e demonizar o percentual de 0,38% da extinta CPMF, que não impõe nenhuma providência formal e oferece uma plena segurança jurídica em virtude da própria natureza do aludido tributo.

Em face do desconhecimento da carga tributária em geral, o contribuinte não sabe que paga 73% de tributação na gasolina, o que repercute e encarece toda a cadeia produtiva. Esse mesmo contribuinte não assumiria tal postura se soubesse que a tributação de telefone celular importa em 49%, bem como a de televisor monta em 69%, senão também os vestuários em geral são gravados em 53%, lembrando que a cerveja em lata paga 122%! Em suma, a carga tributária em geral representa algo em torno de 50% da mercadoria ou do serviço, o que é decididamente um absurdo.

Cabe esclarecer que o percentual da tributação supratranscrito traduz o peso dos tributos em relação à mercadoria e não quanto aos preços como sói acontecer, razão porque essa é a verdadeira forma de dimensionar a quantificação dos tributos na composição dos preços.

A propósito, caso uma mercadoria custe R\$ 100,00 no varejo e a tributação respectiva importe em R\$ 50,00, os adeptos da noção comum diriam que os gravames exprimem 50%, o que é equivocado, uma vez que esse resultado exprime a percentagem dos tributos com referência ao preço final e não a sua conexão com a coisa tributada.

Realmente, no caso tematizado os tributos importam em R\$ 50,00 e a mercadoria também R\$ 50,00, donde os gravames representam 100% do valor da mercadoria. Logicamente, igual critério haverá de ser aplicado na apuração do percentual dos tributos em relação ao PIB de um dado país.

Outro fato censurável no Direito brasileiro é que a tributação do consumo exprime aproximadamente 70% da arrecadação nacional, ao contrário da média dos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)<sup>375</sup>,

em que no máximo é de 35%, sendo 17% no Japão e 18% nos Estados Unidos. Esse modelo obsoleto e perverso de tributar intensamente o consumo é que mereceria ser criticado, não só pelo elevado patamar de incidência, mas também porque o referido sistema faz com que a população carente sustente em grande parte o Estado brasileiro.

O imposto sobre a renda das pessoas físicas apurado na declaração anual de ajuste do ano de 2019 representou 37 bilhões de reais, ou seja, 0,52% do PIB, enquanto o IR na Fonte perfez 292 bilhões de reais, que correspondeu a 4,03% do PIB. A somatória de ambos totalizou 329 bilhões de reais<sup>376</sup>.

Destarte, se considerarmos que a CPMF de 0,38% cobrada uma única vez em cada operação gerava uma arrecadação de 70 bilhões de reais, força é reconhecer que um imposto incidente sobre a movimentação da conta corrente, a exemplo do ITF com alíquota de 1% e cobrado no crédito e no débito, teria potencial de produzir uma receita de 385 bilhões de reais num ano, valor superior aos 329 bilhões de reais do imposto sobre a renda apurado na declaração anual de ajuste em conjunto com o imposto sobre a renda na fonte, gerando um superávit de 56 bilhões de reais.

## **VI. SUBSTITUIÇÃO DA TRIBUTAÇÃO DA FOLHA DE SALÁRIOS PELO ITS**

Demais disso, o apontado resultado superavitário de 56 bilhões de reais seria o suficiente também para substituir a questionada Folha de Salários, a qual importou em 44 bilhões de reais no mesmo período de apuração, o que revela por todas as luzes a inegável conveniência da adoção do tributo alvitado no presente Estudo. É dizer, todos pagam e pagam menos, produzindo o milagre de elevar a arrecadação, sem custo, sem sonegação e sobretudo com plenitude de segurança jurídica.

## **VII. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Consoante demonstrado, força é dessumir que o imposto sobre transações financeiras ora proposto teria o condão de gerar recursos num patamar equivalente à atual arrecadação do imposto sobre a renda das pessoas físicas no regime de Declaração e de Fonte, incluindo aquelas produzidas pela tributação da Folha de Salários, modernizando, assim, a tributação entre nós.

Ao demais, o novel tributo não estaria sujeito ao preenchimento de Declarações, bem como não exigiria a comprovação de receitas e despesas, livrando o contribuinte da árdua incumbência de arquivar guias e documentos de pagamentos, além de afugentar a incerteza do sistema tradicional em que a Receita dispõe de cinco anos para rever a Declaração, confirmando ou infirmo o seu conteúdo, vulnerando, assim, a segurança jurídica.

## **VIII. REFERÊNCIAS**

- ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. 23. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Imposto sobre a Renda*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- CINTRA, Marcos. *Bank transactions: pathway to the single tax ideal*. São Paulo: Edição do autor (Câmara Brasileira do Livro), 2009.
- COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias*. São Paulo. Malheiros Editores, 2001.
- GANGEMI, Lello. Manicômio tributário italiano. *In Studi in memoria di Benvenuto Griziotti*. Milano: Giuffrè, 1959.
- GONÇALVES, José Artur Lima. *Imposto de Renda: pressupostos constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- INSTITUTO Brasileiro de Planejamento e Tributação. IBPT. *Homepage*. Disponível em: <https://ibpt.com.br/>. Acesso em: 28 dez. 2020.
- JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de direito financeiro e tributário*. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.
- ORGANIZAÇÃO para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. OCDE. *Homepage*. Disponível em: <https://www.oecd.org/latin-america/>. Acesso em: 28 dez. 2020.
- QUIROGA MOSQUERA, Roberto. *Renda e proventos de qualquer natureza*. São Paulo: Dialética, 1996.
- TOMAZELLI, Idiana; FERNANDES, Adriana. Juiz, procurador e promotor têm um terço da renda isenta. *O Estado de S. Paulo*, 18 de agosto de 2019, *on-line*. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,juiz-procurador-epromotor-tem-um-terco-da-renda-isenta,70002971979.com.br/>. Acesso em: 28 dez. 2020.
- TESOURO Nacional. Ministério da Economia. *Homepage*. Disponível em: <https://www.gov.br/tesouronacional/pt-br>. Acesso em: 28 dez. 2020.
- TROTABAS, Louis; COTTERET, Jean-Marie. *Droit fiscal*. Paris: Dalloz, 1985.

---

<sup>365</sup> Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor Titular aposentado de Finanças Públicas e Tributação no Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Professor no Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Professor no Curso de Especialização em Direito Tributário na Academia Brasileira de Direito Constitucional em Curitiba (PR) e Professor no Curso de Especialização Damásio, sob a coordenação da Professora Regina Helena Costa e do Professor Rodrigo Frota. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas, Cadeira n. 62. Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário (IBEDAFT). Autor de obras jurídicas pelas Editoras Mackenzie, Noeses e Saraiva. Sócio de Eduardo Jardim e Advogados Associados.

<sup>366</sup> INSTITUTO Brasileiro de Planejamento e Tributação. *Homepage*. Disponível em: <https://ibpt.com.br/>. Acesso em: 28 dez. 2020.

<sup>367</sup> GANGEMI, Lello. Manicômio tributário italiano. *In Studi in memoria di Benvenuto Griziotti*. Milano: Giuffrè, 1959, p. 127-194.

- <sup>368</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987, p. 316.
- <sup>369</sup> GONÇALVES, José Artur Lima. *Imposto de Renda: pressupostos constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 215.
- <sup>370</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. 23. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 18, p. 47.
- <sup>371</sup> TOMAZELLI, Idiana; FERNANDES, Adriana. Juiz, procurador e promotor têm um terço da renda isenta. *O Estado de S. Paulo*, 18 de agosto de 2019, *on-line*. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral/juiz-procurador-e-promotor-tem-um-terco-da-rendaisenta,70002971979.com.br/>. Acesso em: 28 dez. 2020.
- <sup>372</sup> TROTABAS, Louis; COTTERET, Jean-Marie. *Droit fiscal*. Paris: Dalloz, 1985, p. 11.
- <sup>373</sup> CARRAZZA, Roque Antônio. *Imposto sobre a Renda*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 103.
- <sup>374</sup> COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias*. São Paulo. Malheiros Editores, 2001, p. 193.
- <sup>375</sup> ORGANIZAÇÃO para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. OCDE. *Homepage*. Disponível em: <https://www.oecd.org/latin-america/>. Acesso em: 28 dez. 2020.
- <sup>376</sup> TESOURO Nacional. Ministério da Economia. *Homepage*. Disponível em: <https://www.gov.br/tesouronacional/pt-br>. Acesso em: 28 dez. 2020.

No copyright found.



## **Compliance e ética empresarial**

FABRIZIO BON VECCHIO<sup>377</sup>

LEANDRO VILLELA CEZIMBRA<sup>378</sup>

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO; 1. *O liame indissociável entre Compliance e Ética Empresarial*; II. CONSIDERAÇÕES FINAIS; III. BIBLIOGRAFIA.

### **. INTRODUÇÃO**

Palavra nova no vocabulário empresarial nacional o *Compliance* surgiu nos Estados Unidos da América, em meados dos anos 60, a partir de problemas corporativos verificados em empresas daquele país e fruto do desenvolvimento de uma cultura de regulamentação estatal com fim de combater monopólios e abusos por parte de empresas<sup>379</sup>.

No Brasil, o *Compliance* iniciou sua difusão com o estabelecimento, por parte de empresas de grande porte, de regras de Governança Corporativa<sup>380</sup>, sendo uma ferramenta essencial na busca da transparência<sup>381</sup>. Escândalos corporativos, em especial os relacionados à Operação Lava a Jato, foram fundamentais para a profusão e divulgação da cultura do *Compliance*, em que pese muito ainda ser necessário para que os efeitos dessa cultura sejam verificados no ambiente empresarial brasileiro, que carece de relações mais transparentes do que as experimentadas historicamente.

A lei Anticorrupção, a Lei Geral de Proteção de Dados e outras normas legais e regulamentares melhoraram o ambiente de negócios, mas muito ainda deve ser feito em busca da transparência e da ética nas operações empresariais.

Sob o ponto de vista prático, há que se considerar que, atualmente, a sociedade exige relações mais transparentes e claras entre empresas, consumidores, empregados, sócios e demais stakeholders.

Neste diapasão, não há como criar transparência sem respeitar princípios éticos nas relações empresariais, assim como não há maneira de desenvolver transparência sem uma ação efetiva de *Compliance*, por meio de controles internos e externos da atividade empresarial.

É neste sentido que se busca um equilíbrio nas relações empresariais, equilíbrio este pautado na ética e operacionalizado por meio da existência efetiva do *Compliance*, cujo fim deverá ser a transparência como pilar fundamental destas relações.

### **1. O LIAME INDISSOCIÁVEL ENTRE COMPLIANCE E ÉTICA EMPRESARIAL**

Ética e *Compliance* caminham sempre juntos, lado a lado, sendo a ética de suma importância para construir qualquer modelo efetivo de *Compliance* que traga – não só às entidades privadas, mas também às públicas– a segurança necessária para que suas atividades se desenvolvam e permaneçam sempre dentro do que é esperado de organizações que privilegiam a conformidade e pretendam se manter por longo tempo.

O *Compliance* inicia sua caminhada na Ética, perpassando várias situações, entre elas a segurança das informações, das pessoas, de produtos e serviços, de forma bastante abrangente. A criação de diretrizes nas organizações faz com que se aumente a confiança das entidades e, conseqüentemente, ocorra um incremento bastante positivo na sua reputação, como a ocorrência inegável do aumento das vendas de produtos e serviços<sup>382</sup>.

Almeida define que avanço tecnológico facilitou o aumento do fluxo internacional de comércio em virtude de novas fontes de processamento de informações e comunicação, transformando a ética empresarial em uma das principais preocupações dos gestores das empresas<sup>383</sup>.

Para Reale Jr., *as normas éticas, não envolvem apenas um juízo de valor sobre comportamentos humanos, mas culminam na escolha de uma diretriz considerada obrigatória numa coletividade* (REALE JR., 1999)<sup>384</sup>.

Nesse sentido, para o referido autor, a partir da definição de uma *posição axiológica* é que advirá a *imperatividade da via escolhida*, e não o contrário. Será a partir de um processo de escolha de opções valorativas que se alcançará a ética e esta terá a imperatividade que o Direito detém<sup>385</sup>. No caso das instituições privadas, a situação é mais latente, pois uma vez estabelecidas regras internas de atuação (além das leis), a atitude de burla destas viola preceitos fixados pela alta administração. Por isto é que o envolvimento de toda a alta direção é pressuposto básico para o sucesso da implementação e da manutenção de qualquer programa de *Compliance*.

D'Andrea define a ética não apenas como uma virtude, mas como uma verdadeira questão de sobrevivência mercadológica, pois todos os setores empresariais exigem o cumprimento, por parte de seus parceiros, de códigos de ética e de conduta, bem como a criação e regras de *Compliance* empresarial<sup>386</sup>. Porém, não basta apenas ter tais mecanismos de controle, mas que sejam efetivos e que sejam priorizados pelos responsáveis pelas empresas.

Mas como garantir que as empresas sejam éticas? Basta apenas que sejam ordenadas diretrizes neste sentido pela alta administração? Somente a determinação e a vontade da alta direção bastam?

A resposta é que somente um programa de *Compliance* pode melhorar o ambiente interno e facilitar a atuação dos controles na busca da ética. Sem controles internos e externos, não há como garantir ações éticas, não há como punir desvios de conduta que poderão arruinar a imagem da instituição, ou, em alguns casos, levar a sua total impermanência.

Acerca da imagem, importante referir que escândalos de desvios éticos são capazes de arruinar empresas e de abalar suas estruturas, como no caso de empresa SIEMENS AG da Alemanha, que segundo investigações realizadas em diversos países, restou constatado que ela pagava propina a agentes públicos em troca de favorecimento em compras estatais, tendo de pagar uma das mais altas multas já estipuladas a uma empresa no mundo<sup>387</sup>.

Também não podemos deixar de citar a desvalorização relacionada à perda de credibilidade como esta ocorrência. Estes episódios têm o condão de uma hora para outra inverterem o sentimento de orgulho e valorização que os nacionais sempre nutrem por suas empresas.

Destaque-se que a ética, ainda mais a empresarial, não possui regras estanques. À medida em que a sociedade altera suas concepções, a ética a acompanha, ocorrendo o mesmo em relação à ética empresarial. Para isto é de suma importância que as organizações fiquem atentas para as mudanças morais e comportamentais ocorridas nas sociedades através dos tempos.

Importante destacar que a Governança Corporativa, outro conceito relativamente recente no Brasil e bastante difundido nos países de origem anglo-saxônica, deriva da ética empresarial e consiste em traduzir os reflexos sociais dos produtos e serviços que a entidade vende ou produz<sup>388</sup>. Ética, portanto, é dinâmica e muda conforme a sociedade, trazendo em seu bojo o ambiente institucional que a entidade pratica internamente e nas suas relações com terceiros.

Para Parra, em todas as organizações, diariamente, as pessoas emitem juízos de valor ético sobre comportamentos humanos, dados de uma experiência comum. Assevera referido autor que *a ética faz referência à qualidade humana das pessoas e de suas ações e o comportamento se qualifica como ético quando contribui para o desenvolvimento das qualidades do ser humano, quando seus atributos positivos aumentam*<sup>389</sup>.

Neste contexto, a ética é a base da Governança Corporativa, sendo a última um sistema de gestão que estabelece regras e poderes para diversos órgãos internos da empresa com o fim de prevenir abusos de poder, por meio da criação de instrumentos de fiscalização, princípios e regras que possibilitem uma administração eficiente da entidade<sup>390</sup>.

Para o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, *é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas*<sup>391</sup>. Segundo o Instituto, a Governança Corporativa converte *princípios básicos em recomendações objetivas, estabelecendo interesses para preservar negócios e empresas no longo prazo*<sup>392</sup>.

No que tange ao ambiente empresarial, as diretrizes claras da alta administração reverberam em todas as áreas de negócios. Se ações éticas são promovidas pelos controladores, por certo que os demais *players* agirão de forma ética, até mesmo por uma questão de manutenção de emprego, afinal, empresas éticas não toleram atitudes antiéticas!

Assim, o *Compliance* se torna uma ferramenta de grande valia para a consecução de um ambiente ético empresarial, pois conforme o art. 41 do Decreto Federal n.º 8.420/15 da República Federativa do Brasil, programa de *Compliance é o conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados(...)*.

Tratado o liame entre ética e *Compliance*, cabe abordar a questão da transparência nas relações empresariais, tema em voga na atualidade –haja vista que empresas mais transparentes se tornam preferidas da grande

maioria dos consumidores–.

Há diversas pesquisas no âmbito do Marketing que comprovam que empresas transparentes e que possuem responsabilidade social acabam por obter maior volume de vendas ou contratações. A confiança nas entidades faz com que o consumidor/contratante se sinta seguro em realizar negócios, criando, assim, um círculo virtuoso que melhora sobremaneira os resultados das empresas.

O contrário também é verdadeiro, pois empresas com problemas de corrupção, ou com abalo na confiança por parte de seus parceiros comerciais ou consumidores, são alijadas do mercado por todos os atores que ali interagem, justamente por não transmitirem a segurança necessária que o contratante deseja.

Este fenômeno mercadológico se deve a uma nova postura do consumidor, em especial, ao fato de este não mais buscar apenas mais um produto ou serviço, e sim uma experiência de consumo.

Atualmente, com os novos conceitos de marketing, conforme ensina Kotler, já não basta simplesmente satisfazer clientes. É preciso encantá-los(...) e esse encantamento só vem por meio de transparência e honestidade nas relações, sendo a ética o rumo a seguir<sup>393</sup>.

Ademais, segundo pesquisa realizada pela Consultoria Deloitte, programas de *Compliance* têm sido reconhecidos como fatores de melhoria no resultado financeiro das empresas para 84% dos entrevistados<sup>394</sup>.

## I. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o já discorrido, conclui-se que as relações éticas geram resultados, e mais, evitam perdas financeiras para as empresas, constituindo importante norteador para os programas de *Compliance* empresarial.

No mesmo sentido, os programas de *Compliance* só podem ser alicerçados por meio de princípios éticos e que traduzam ideias oriundas e difundidas a partir da alta administração das empresas, sob pena de serem mais um meio de esconder a real situação da entidade –ou de se transformarem nos tão temidos *Compliance* de papel–.

Por fim, a cada ação em prol da ética, desenvolvida através do *Compliance*, a transparência se torna foco e a empresa ganha com maiores volumes de transações e negociações, perpetuando-se o negócio.

As perpetuações das organizações através dos tempos exigem compromissos claros relacionados a ética negocial, além de uma percepção de correção e moral atinente a toda cadeia empresarial envolvida. Portanto, qualquer organização, seja ela pública ou privada, que pretenda se manter através dos anos, deverá dar a atenção necessária à difusão e à manutenção de valores que estejam diretamente relacionados a esta nova forma de pensar as organizações.

## II. BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Filipe Jorge Ribeiro de. Ética e desempenho social das organizações: um modelo teórico de análise dos fatores culturais e contextuais. Revista de Administração Contemporânea [Em linha]. vol.11 no.3 (2007), P. 105-125. [Consult. 20/11/2020]. Disponível na internet: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1415-65552007000300006>>. ISSN. 1982-7849.
- CHAGAS, José Ferreira. Governança corporativa: aplicabilidade do conceito, dos princípios e indicadores à gestão de pequenas e médias organizações(2008),P. 1/12. [Consult. 20/11/2020]. Disponível na internet: <<http://eco.unne.edu.ar/contabilidad/costos/VIIIcongreso/085.doc>. ISSN. Não informado.
- D'ANDREA, Mário. Diretrizes de Compliance. Associação Brasileira de Agências de Publicidade. [Em linha]. (2019). P. 1-56. [Consult. 15/11/2020]. Disponível na internet: <<http://www.abap.com.br/diretrizes/abap%20diretrizes%20de%20compliance.pdf>> ISSN. Não informado.
- DELOITTE. Integridade corporativa no Brasil Evolução do compliance e das boas práticas empresariais nos últimos anos. [Em linha]. 2018. P. 1-22. [Consult. 20/11/2020]. Disponível na internet: <[https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/br/Documents/risk/DL\\_ICC\\_Publica%C3%A7%C3%A3o\\_v09.pdf](https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/br/Documents/risk/DL_ICC_Publica%C3%A7%C3%A3o_v09.pdf)>. ISSN Não informado.
- GALLAS, Daniel. Escândalo da Siemens 'ensinou empresários alemães a não pagar propina. [Em linha]. Londres: BBC News Brasil. Consult. 12/11/2020. Disponível em [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/08/130812\\_siemens\\_escandalo\\_dg](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/08/130812_siemens_escandalo_dg)
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Código das melhores práticas de governança corporativa. 5ª Edição. São Paulo: IBGC, 2015. ISBN 978-85-99645-38-3.
- KOTLER, Philip. Administração de Marketing. 10ª Edição. São Paulo: Prentice Hall. 2000. ISBN 978-9702625940.
- PARRA, Manuel Guillén. Ética en las organizaciones. Construyendo confianza. Madrid: Pearson Educación.

2006. ISBN 97-84-205-4622-3.

PORTO, Éderson Garin. Compliance & Governança Corporativa – Uma abordagem prática e objetiva. Porto Alegre: Lawboratory, 2020. ISBN 650000333.

REALE JÚNIOR, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Editora Saraiva. 1996. ISBN 8502003461.

SANTOS, Fábio de Almeida. Ética Empresarial – Políticas de Responsabilidade Social em 5 dimensões. São Paulo. Editora Atlas. 2015. ISBN 9788522494538.

XAVIER, F.S. COSTA, D.P. ALMEIDA, L.O. V & SOARES, L.B. (2019). Compliance uma ferramenta estratégica para a segurança das informações nas organizações [Em linha]. Publicação do VI Simpósio Internacional de Gestão de Projetos, Inovação e Sustentabilidade. P. 1-17. [Consult. 20/11/2020 Disponível na internet: <<https://singep.org.br/6singep/resultado/429.pdf>> ISBN: Não informado.

---

<sup>377</sup> Mestrando em Direito da Empresa e dos Negócios pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).

<sup>378</sup> Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).

<sup>379</sup> PORTO, Éderson Garin. Compliance & Governança Corporativa – Uma abordagem prática e objetiva. Porto Alegre: Lawboratory, 2020. P. 41.

<sup>380</sup> *op. cit.*

<sup>381</sup> *Idem.*

<sup>382</sup> XAVIER, F.S. COSTA, D.P. ALMEIDA, L.O. V & SOARES, L.B. Compliance uma ferramenta estratégica para a segurança das informações nas organizações. Publicação do VI Simpósio Internacional de Gestão de Projetos, Inovação e Sustentabilidade. (2019) De <https://singep.org.br/6singep/resultado/429.pdf>, resgate em 20/08/2020.

<sup>383</sup> ALMEIDA, F.J. R. Ética e desempenho social das organizações: um modelo teórico de análise dos fatores culturais e contextuais. Rev. adm. contemp. vol.11 no.3 Curitiba July/Sept. (2007). resgate em 20/11/2020.

<sup>384</sup> REALE JÚNIOR, M. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Editora Saraiva. 1999. P. 33.

<sup>385</sup> *op. cit.*

<sup>386</sup> D'ANDREA, M. Diretrizes de Compliance – Associação Brasileira de Agências de Publicidade. De <http://www.abap.com.br/diretrizes/abap%20diretrizes%20de%20compliance.pdf>. Resgate em 20/11/2020

<sup>387</sup> GALLAS D. Escândalo da Siemens 'ensinou' empresários alemães a não pagar propina. De [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/08/130812\\_siemens\\_escandalo\\_dg](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/08/130812_siemens_escandalo_dg). Resgate em 20/11/2020.

<sup>388</sup> SANTOS, F. A.. Ética Empresarial – Políticas de Responsabilidade Social em 5 dimensões. São Paulo. Editora Atlas. 2015. P. 4

<sup>389</sup> PARRA, Manuel Guillén. Ética en las organizaciones. Construyendo confianza. Madrid: Pearson Educación. 2006. P. 29.

<sup>390</sup> CHAGAS, J. F. Governança corporativa: aplicabilidade do conceito, dos princípios e indicadores à gestão de pequenas e médias organizações. 2008 De: <http://eco.unne.edu.ar/contabilidad/costos/VIIIcongreso/085.doc>. Resgate em 20/11/2020

<sup>391</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Guia de Orientação e Gerenciamento de Riscos Corporativos. São Paulo. IBGC. 2007. P. 18/19.

<sup>392</sup> *Op. cit*

<sup>393</sup> KOTLER, P. Administração de Marketing – 10ª Edição, 7ª reimpressão – Tradução Bazán Tecnologia e Linguística; revisão técnica Arão Sapiro. São Paulo: Prentice Hall. 2000. P. 55.

<sup>394</sup> DELOITTE. Integridade corporativa no Brasil Evolução do compliance e das boas práticas empresariais nos últimos anos Pesquisa. De: [https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/br/Documents/risk/DL\\_ICC\\_Publica%C3%A7%C3%A3o\\_v09.pdf](https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/br/Documents/risk/DL_ICC_Publica%C3%A7%C3%A3o_v09.pdf). Resgate em 20/11/2020.

24 JUN 2021

## Derecho Iberoamericano en análisis, 1ª ed., mayo 2021

Trabalho Doméstico Feminino No Brasil: A “Vulnerabilidade Qualificada” De Uma Classe Já Vulnerável

### Trabalho doméstico feminino no Brasil: A “vulnerabilidade qualificada” de uma classe já vulnerável

MÔNICA MOTA TASSIGNY<sup>395</sup>

CAROLINA TORQUATO MAIA GOMES<sup>396</sup>

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO; 1. *O tratamento jurídico do trabalho doméstico no brasil*; 2. *A proteção do trabalho doméstico no cenário internacional*; 3. *O trabalho doméstico feminino em destaque: a “vulnerabilidade qualificada” de uma classe já vulnerável*; II. CONCLUSÃO; III. REFERÊNCIAS.

#### . INTRODUÇÃO

O emprego doméstico ocupa uma posição bastante singular no sistema capitalista, em especial em países em desenvolvimento, como o Brasil. As trabalhadoras domésticas, majoritariamente pobres e pretas, compõem o terceiro segmento ocupacional mais importante do trabalho feminino no país.

Ainda, percebe-se que essa modalidade de ocupação é tema interseccional<sup>397</sup>,

portanto, diretamente relacionada ao eixo estrutural marcado pela escravidão, segregação racial e dicotomias de gênero. Qualquer análise sobre o emprego doméstico no Brasil deve tratar aspectos de gênero e raça, tendo em vista as raízes de formação econômica e social do referido labor.

O Brasil é o país com o maior número absoluto de trabalhadoras domésticas no mundo. O emprego doméstico ilustra variados aspectos da formação da classe trabalhadora e da realidade socioeconômica, complexidades e perpetuação de preconceitos de diversas ordens. Trata-se de trabalho geralmente exercido em condições precárias associadas a fatores como menor remuneração, longas jornadas, legislação trabalhista diferenciada, baixa formalização, dentre outros.

A Constituição Federal brasileira de 1988 prevê, com base no disposto nos artigos 1º, 3º e 5º, *caput*, princípios estruturadores do ordenamento jurídico pátrio, tais como os fundamentos da dignidade da pessoa humana, cidadania, igualdade, valores sociais do trabalho, dentre outros. Nesse cenário, destaca-se a importância da análise da não equiparação do emprego doméstico às demais categorias, bem como dos seus reflexos para a efetivação dos direitos humanos, da dignidade da pessoa humana e do próprio conceito de justiça.

De outro giro, estima-se que há, no universo feminino, uma espécie de “vulnerabilidade qualificada”, frente ao contexto vulnerável experimentado pelos trabalhadores domésticos masculinos. Nesse ponto, propõe-se, por meio da presente pesquisa o seguinte questionamento: em que medida é possível atribuir, ao trabalho doméstico feminino no

Brasil, uma situação de “vulnerabilidade qualificada”? Trata-se de pesquisa bibliográfica e documental, com abordagem qualitativa, realizada no campo teórico.

## 1. O TRATAMENTO JURÍDICO DO TRABALHO DOMÉSTICO NO BRASIL

As trabalhadoras domésticas já exigiam o pleno reconhecimento no Brasil, como trabalhadoras, desde 1930. Ideias de direitos e cidadania foram paulatinamente construídas em oposição à condição de escravo e inseridas nas estruturas jurídicas e políticas brasileiras. A primeira norma jurídica de abrangência nacional que abordou o assunto foi o Decreto-lei nº 3.078, de 27 de fevereiro de 1941<sup>398</sup>, seguido da Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972<sup>399</sup>, mais de trinta anos depois. Posteriormente, essa lei, de abrangência nacional, foi substituída pela Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015 (LC nº 150/2015)<sup>400</sup>, mais conhecida como “Lei das Domésticas”.

Os direitos inerentes ao emprego doméstico foram conquistados lentamente, a “conta gotas” e de forma restrita. Tanto é que a própria Consolidação das Leis do Trabalho –CLT–, de 1943<sup>401</sup>, excluiu expressamente o emprego doméstico, como também a Constituição Federal de 1988<sup>402</sup>, assegurando somente alguns direitos garantidos às demais categorias de trabalho.

Na ausência de proteção da regulamentação trabalhista, a normatização aplicada ao assunto constava no Código Civil de 1916<sup>403</sup>, ou seja, tratava partes desiguais como iguais, independentemente de situações de hipossuficiência e vulnerabilidade do referido labor. Na década de 1960, contudo, houve intenso movimento para a inclusão do trabalho doméstico no rol dos assistidos pela CLT<sup>404</sup> e demais leis trabalhistas.

Em 2020, o trabalho doméstico segue tutelado pela LC nº 150/2015. Ocorre que, apesar de a referida lei ter sido considerada um avanço, ao ser analisada, principalmente sob a ótica da hermenêutica constitucional, é possível perceber um conflito dessa norma com os direitos fundamentais hierarquicamente superiores correspondentes.

Além disso, verifica-se que a racionalidade jurídica dessa lei reforça a (re)produção de efeitos materiais negativos, como também, legitima a discriminação social que recai sobre tal labor. Por outro lado, verificam-se, no século XXI, esforços científicos e culturais no intuito de compreender as inúmeras facetas do trabalho doméstico no país e no mundo.

## 2. A PROTEÇÃO DO TRABALHO DOMÉSTICO NO CENÁRIO INTERNACIONAL

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) promove, na esfera internacional, a elaboração de relatórios e análises acerca dos direitos trabalhistas. Assim surgiu a Convenção nº 189, ratificada pelo Brasil em 31 de dezembro de 2018, que dispõe acerca do trabalho decente para os trabalhadores e trabalhadoras domésticas, bem como o pleno exercício de direitos, dentre outros pontos.

No mesmo raciocínio, a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, da Organização das Nações Unidas (ONU), estabelece indicadores para a promoção do desenvolvimento sustentável nos próximos 15 anos, e possui dentre seus pilares a promoção do crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, aliado ao emprego pleno e produtivo e ao trabalho decente para todos.

A complexidade do emprego doméstico associa-se também a fatores estruturais da economia no Brasil e à dinâmica mercadológica. Nessa linha, dados revelam que quanto menor o Produto Interno Bruto –PIB–, *per capita* de um país, maior é a participação do emprego doméstico em sua estrutura ocupacional<sup>405</sup>. Esse setor laboral, cuja presença feminina é predominante, reverbera, sobremaneira, o fenômeno da feminização da pobreza<sup>406</sup> no mundo e dos ciclos econômicos de vulnerabilidade, principalmente em tempos de recessão, como o atual momento pandêmico enfrentado não somente no Brasil, mas em todo mundo<sup>407</sup>.



A suposta igualdade formal se distancia muito da igualdade substantiva, e, para se alcançar essa, é necessário desconstruir qualquer justificativa que tente legitimar o injustificável. Todavia, quando desiguais oportunidades são distribuídas aos seres humanos, interligadas a fatores que esses indivíduos não podem controlar, há um bloqueio de possibilidades de realizações da democracia social, política e econômica, bem como do desenvolvimento do próprio indivíduo em sua potencialidade<sup>408</sup>.

É necessário o reconhecimento da fragilidade dessa classe trabalhadora, tanto pela sociedade, como por ela própria, a qual muitas vezes não detém “mecanismos” suficientes para lutar por condições melhores ou no mínimo equânimes a demais categorias. Assim, é essencial seu próprio fortalecimento, seja através da afiliação ao sindicato, encarregado de acionar legislações e demandas específicas, seja por intermédio de políticas voltadas para a classe.

Para tanto, há que se observar, como ressalta Menezes<sup>409</sup>, o papel da educação na formação do caráter existencial dos indivíduos pós-modernos, relacionado à formação da “personalidade social”, essa em constante movimento plural de reconhecimento e exercício dos próprios direitos. Na mesma linha, Nussbaum<sup>410</sup> reafirma que a educação não é útil somente para a cidadania, ela prepara as pessoas para o trabalho e construção de uma vida com “sentido”, na qual os indivíduos possam refletir adequadamente sobre questões da própria sociedade. Por outro lado, é indispensável enfrentar o caráter problemático da mulher na dinâmica do mercado de trabalho, em específico no que concerne ao trabalho doméstico.

### 3. O TRABALHO DOMÉSTICO FEMININO EM DESTAQUE: A “VULNERABILIDADE QUALIFICADA” DE UMA CLASSE JÁ VULNERÁVEL

A vulnerabilidade configurada pela desigualdade apontada anteriormente, no Brasil, torna-se ainda mais grave quanto os atores sociais envolvidos são mulheres. Longe de ser algo transitório, qualquer tentativa de solução desse impasse enfrentará discussões relacionadas à condição das mulheres como agentes de mudanças sociais.

Nessa linha, Trata-se de uma questão de justiça. Por essa ótica, e sob o enfoque das capacidades, é preciso considerar o controle do ser humano sobre o próprio ambiente material, que deve permitir um trabalho compatível com a figura humana, caracterizada por sua razão prática e capacidade de reconhecimento mútuo perante os demais trabalhadores.

Assim, o emprego doméstico no Brasil, apesar dos avanços dos últimos anos, continua como atividade desvalorizada e a precarizada, com reflexos nos níveis de formalização, renda, etc. É preciso o (re)exercício e o fortalecimento dos direitos inerentes ao trabalho doméstico, como instrumento de emancipação ou mesmo suprimento das lacunas deixadas pela ausência de um Estado efetivamente democrático, alinhado com um mercado voltado para o desenvolvimento de ações e de políticas efetivas para todas as classes. Para Bucci<sup>411</sup>, uma das maiores fragilidades do direito é justamente o grau de efetividade das normas jurídicas, isto é, a grande quantidade de leis “que não pegam”.

Com efeito, quando Ulrich Beck<sup>412</sup> cunhou a expressão “brasilianização”<sup>413</sup>, se referia não somente à crise do Estado social, mas também ao notável crescimento do trabalho informal e à desvalorização da mão de obra feminina como organização produtiva. Desde então, a dualização das sociedades<sup>414</sup> só cresceu, e, conseqüentemente do próprio mercado de trabalho.

E, sendo o trabalho o momento privilegiado da práxis, por sintetizar o momento dos homens entre si, ele representa o “espelho” revelador da forma pela qual se processam as verdadeiras posições de categorias históricas, na dialética das hierarquias e conveniências estruturadas historicamente na sociedade<sup>415</sup>. Logo, apesar de o Brasil apresentar “aparato” legal sobre o

tema evidenciado, a vulnerabilidade inerente ao trabalho doméstico apresenta caráter estrutural na sociedade brasileira.

Isto porque, segundo dados recentes da OIT, referido labor é uma das ocupações com níveis de remuneração mais baixos no mundo, com médias de salário abaixo da metade do salário médio no mercado de trabalho. Entrementes, cerca de 90% das(os) trabalhadoras(es) domésticas(os) não têm acesso à seguridade social. Em 2016, o Brasil tinha 6,158 milhões de trabalhadoras(es) domésticas(os), dos quais 92% eram mulheres<sup>416</sup>, fato que por si só, acentua o fenômeno da feminização da pobreza, dentre outras disfuncionalidades.

Diante deste cenário, é preciso reconhecer tal vulnerabilidade para que se possa enfrentar e problematizar a desigualdade do rol de direitos dedicado ao trabalho doméstico, na CF/88, em relação aos demais trabalhadores. Ademais, é visível a ocorrência de inconstitucionalidade *interna corporis*, ou seja, dentro da própria Constituição Federal, ao estabelecer uma discriminação negativa, lesando uma única categoria<sup>417</sup>. O tema, portanto, seja sob a ótica constitucional da desigualdade, isonomia ou equidade, seja pelo viés da vulnerabilidade, desperta questionamentos não somente de ordem jurídica, como também política, sociológica, antropológica, histórica e ideológica.

Assim, faz-se necessário analisar ciclos permanentes de desigualdades ignorados, os quais validam práticas que equiparam todos os indivíduos como iguais em suas capacidades de trabalho, recursos, oportunidades e construção da própria vida, em detrimento dos ideais democráticos. Neste sentido, como pontua Mészáros (2011) qualquer preocupação com igualdade perpassa por transformações e/ou questionamentos da ordem estabelecida, como também (re)definições estratégicas utilizadas em favor de justificar um passado ou presente de questões jurídicas, assim como de outras ordens.

A distribuição desigual de oportunidades como base sustentável de uma “lógica mercadológica” político-econômica-social confronta direitos inerentes ao completo exercício da dignidade humana. Nesse sentido, como pontua Nussbaum<sup>418</sup> uma sociedade que não garanta para os cidadãos algum nível mínimo apropriado para se alcançar uma sociedade plenamente justa, falha na aplicabilidade da própria “justiça”, nível mínimo de dignidade para o exercício das capacidades.

Nessa perspectiva, Nussbaum<sup>419</sup> elenca dez supostas capacidades –rol permanentemente aberto e mutável, indispensáveis ao desenvolvimento humano digno e justo, no qual cidadãos possam exercer suas capacidades, fundadas em escolhas democráticas e de pleno gozo da liberdade pessoal–. Entre elas, figura a afiliação ou *affiliare*, que inclui tratamento digno, diante da igualdade do valor de todos os indivíduos; e a detenção de controle por parte dos indivíduos sobre o próprio ambiente material, ou seja, a capacidade de exercer trabalho como ser humano, calcado no reconhecimento mútuo com os demais trabalhadores.

Por esses prismas, observa-se que há, no universo feminino, uma espécie de vulnerabilidade “qualificada” dessas trabalhadoras, diante do contexto vulnerável experimentado pelos homens da mesma categoria profissional, justamente por se tratar de labor fundamentado no viés gênero-raça-classe. Aliás, simbioticamente, conforme ressalta Nussbaum<sup>420</sup>, frequentemente as mulheres exibem “preferências adaptativas”, formadas sob condições injustas de vida, e, essas preferências validam os *status quo*<sup>421</sup> de todo o sistema, no qual se inclui, também, o trabalho doméstico.

A ideia por trás do enfoque das capacidades, relaciona-se a direitos humanos básicos, os quais têm sido associados de modo similar à ideia de dignidade humana. Assim, as capacidades são importantes para todo e qualquer cidadão, e, cada pessoa deve ser tratada como um fim. E nesse sentido, as mulheres por vezes têm sido tratadas como protetoras dos fins dos outros, em vez de fins em si próprias<sup>422</sup>. E, como aduz Sen<sup>423</sup> há indícios muito difusos de necessidades femininas culturalmente negligenciadas, e, existem razões excelentes para trazer à luz essas privações e manter firmemente a eliminação dessas iniquidades na ordem do dia.

Logo, é preciso entender a desigualdade não como um elemento individual, mas como um efeito coletivo, que permite aos grupos favorecidos uma coesão caracterizada por pontos de vista compartilhados, segundo Carastathis<sup>424</sup>; Chun, Lipsitz, & Shin<sup>425</sup>; e Cole<sup>426</sup>. De outro giro, é essa mesma desigualdade que, relacionada ao fator gênero, reproduz condições de precariedade e informalidade para milhões de trabalhadoras domésticas, com prejuízo para os direitos humanos e em desrespeito ao próprio conceito de trabalho decente<sup>427</sup>.

No caso do trabalho doméstico feminino, essa desigualdade resulta em um “vulnerabilidade qualificada” haja vista a situação de exploração e/ou precariedade vivida pelas mulheres, quando comparadas aos homens da mesma categoria. Contudo, essa vulnerabilidade, que conduz a uma condição de subalternidade, não se trata de uma condição fixa ou imutável. Cabe aos atores sociais, ao perceberem as formas específicas de opressão que enfrentam, transformá-las em instrumentos para a ação coletiva<sup>428</sup>, para além da individual<sup>429</sup>, em prol da efetivação dos direitos humanos, da dignidade da pessoa humana e, em última *ratio*, da própria justiça.

## I. CONCLUSÃO

Em atenção às considerações apresentadas, conclui-se que o cenário do trabalho doméstico pós “Lei das Domésticas” demanda um aprofundamento acerca das percepções presentes na sociedade brasileira, especialmente no que concerne à valorização do trabalho doméstico remunerado e ao seu impacto para a economia brasileira. Ressalta-se que aliado a essas questões, vislumbra-se um quadro que remete à profunda desigualdade relacionada ao fator gênero que mantém milhões de trabalhadoras domésticas remuneradas em condições de precariedade e informalidade, com prejuízo para a efetivação dos direitos humanos e do próprio conceito de trabalho decente, estabelecido pela OIT.

Ademais, constata-se que a vulnerabilidade experimentado pelos trabalhadores domésticos origina uma condição de subalternidade, que necessita ser ressignificada. Para tanto, não se pode pensar estratégias de mudanças sem prévia análise da realidade funcional do Estado e de suas respectivas estruturas. Esse desafio se impõe a todos os partícipes sociais, como também mudanças de paradigmas no papel do próprio Estado, suas articulações jurídicas, políticas e de configurações sociais.

Conclui-se, portanto, que o trabalho doméstico enfrenta desigualdades frente aos demais trabalhadores na esfera da própria Constituição Federal de 1988, o que enseja o debate acerca de uma inconstitucionalidade *interna corporis*, no âmbito da própria Constituição. Trata-se de uma discriminação negativa que vulnerabiliza e lesa uma única categoria: a dos trabalhadores domésticos. Ainda, sob a ótica constitucional da desigualdade, isonomia ou equidade, verifica-se que o tema em questão se insere não somente no contexto da ordem jurídica, mas também também política, sociológica, antropológica, histórica e ideológica. Por fim, vislumbra-se que é possível trilhar outros caminhos possíveis para a valorização do trabalho doméstico, a partir do enfoque das capacidades, como possível “guia” jurídico ou sociopolítico, invocando, sobremaneira, questões de justiça social –obviamente, abordando aspectos relacionados a condição de agente da mulher na contemporaneidade–.

## II. REFERÊNCIAS

- ACCIARI, Louisa. Decolonising Labour, Reclaiming Subaltern Epistemologies: Brazilian Domestic Workers and the International Struggle for Labour Rights. *Contexto int.*, Rio de Janeiro, v. 41, n. 1, p. 39-64, Apr. 2019. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-85292019000100039&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-85292019000100039&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 28 out. 2020. <https://doi.org/10.1590/s0102-8529.2019410100003>
- ALINIA, M. On Black Feminist Thought: thinking oppression and resistance through intersectional paradigm. *Ethnic and Racial Studies*, v.38, n.13, p.2334-2340, 2015.

- BECK, Ulrich. Que és la globalización. Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Buenos Aires: Paidós, 2004.
- BERNARDINO-COSTA, J. Controle de vida, interseccionalidade e políticas de empoderamento: as organizações políticas das trabalhadoras domésticas no Brasil. Estado e História, v. 26, n.25, p. 471-489, 2013.
- BERNARDINO-COSTA, J. Intersectionality and female domestic workers' unions in Brazil. Women'sStudiesInternationalForum. v.46, p.72-80, 2014.
- BIROLI, Flávia. Gênero e desigualdades: os limites na democracia no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2018.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 20. dez. 2020.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicaoconstituicaocompiladohtm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicaoconstituicaocompiladohtm). Acesso em: 20 dez. 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei nº. 3.078, de 27 de fevereiro de 1941. Dispõe sobre a lotação dos empregados em serviço doméstico. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d3708.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d3708.htm). Acesso em: 20 dez. 2020.
- BRASIL. Lei nº. 5.859, de 11 de dezembro de 1972. Dispõe sobre a profissão do empregado doméstico e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5859.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5859.htm). Acesso em: 20 dez. 2020
- BRASIL. Lei Complementar nº. 150, de 1º. de junho de 2015. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis no 8.212, de 24 de julho de 1991, no 8.213, de 24 de julho de 1991, e no 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º da Lei no 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei no 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei no 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp\\_150.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp_150.htm). Acesso em: 20 dez. 2020.
- BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del5452.htm). Acesso em: 20 dez. 2020.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CARASTATHIS, A. Identity Categories as Potential Coalitions. Signs, v.38, n.4, p.941-965,2013.
- CHUN, J. J.; LIPSITZ, G.; SHIN, Y. Intersectionality as a Social Movement Strategy: Asian Immigrant Women Advocates. Signs,v. 38, n.4, p. 917-940, 2013.
- COELHO, Ingrid. CE: a cada 5 demissões na pandemia, uma foi do serviço doméstico. Diário do Nordeste. 25 set. 2020. Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/negocios/ce-a-cada-5-demissoes-na-pandemia-uma-foi-do-servico-domestico-1.2993087>. Acesso em: 30 dez. 2020.
- COLE, E. Coalitions as a Model for Intersectionality: From Practice to Theory. Sex Roles,v. 59, n. 5/6, p. 443-453, 2008.
- MELLO, C. A.B de. O conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENEZES, Gleides Medins de. Diversidade cultural e educação popular. In: CASTRO, Amanda Motta; MACHADO, Rita de Cássia. Estudos Feministas, mulheres e educação popular. São Paulo: LiberArs, 2018, v.2.

NUSSBAUM, Martha. Fronteiras da justiça. Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NUSSBAUM, Martha. Sem fins lucrativos. Porque a democracia precisa de humanidades. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

SAFFIOTI, Heleieth. A mulher na sociedade de classes. Mito e realidade. São Paulo: Expressão Popular, 2013.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2010.

---

<sup>395</sup> Doutora em Educação pela Universidade Federal do Ceará e em Sócio-Economie du Développement – Ecole des Hautes Études en Sciences Sociales. Professora titular da Universidade de Fortaleza no Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional e no Programa de Pós-Graduação em Administração. Membro titular da Academia Metropolitana de Letras de Fortaleza. Coordenadora do Grupo de Estudos e Pesquisas no Ensino em Direito (GEPEDI/UNIFOR). Fortaleza, CE, Brasil.

<sup>396</sup> Doutoranda e Mestra em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pesquisadora do Grupo de Estudos e Pesquisas no Ensino em Direito (GEPEDI/UNIFOR). Fortaleza, CE, Brasil

<sup>397</sup> A partir da noção de interseccionalidade, a divisão do trabalho é (re)qualificada com articulações entre sexo, raça, classe de mais fatores segregacionistas.

<sup>398</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº. 3.078, de 27 de fevereiro de 1941. Dispõe sobre a lotação dos empregados em serviço doméstico. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d3708.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d3708.htm). Acesso em: 20 dez. 2020.

<sup>399</sup> BRASIL. Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972. Dispõe sobre a profissão de emprego doméstico e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5859.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5859.htm). Acesso em: 05 dez. 2020.

<sup>400</sup> BRASIL. Lei Complementar nº. 150, de 1º de junho de 2015. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis no 8.212, de 24 de julho de 1991, no 8.213, de 24 de julho de 1991, e no 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º da Lei no 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei no 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei no 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp150.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp150.htm). Acesso em: 20 dez. 2020.

<sup>401</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 20 dez. 2020.

<sup>402</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao/compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao/compilado.htm). Acesso em: 22 dez. 2020.

<sup>403</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 20 dez. 2020.

<sup>404</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 20 dez. 2020.

<sup>405</sup> Conforme dados do DIEESE – PIB.

<sup>406</sup> Levantamentos oficiais e estudos acadêmicos têm revelado que as mulheres apresentam taxas mais elevadas nos termos da pobreza ora absoluta, ora relativa, seja primária, seja secundária. Um dos enfoques deste registro está ligado à discriminação legal e cultural que impera sobre as mulheres impedindo-as de ter acesso à propriedade e ao controle de bens, pleno emprego e ao crédito ou remuneração equivalente à do sexo oposto. Como também, traduz-se no baixo status conferido a mulher, no conformismo social no que concerne à distribuição desigual de poder, de oportunidades e de prestígio e a ausência de direitos de promoção da igualdade no incongruente binómio “homem-mulher”.

<sup>407</sup> COELHO, Ingrid. CE: a cada 5 demissões na pandemia, uma foi do serviço doméstico. Diário do nordeste. 25 set. 2020. Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/negocios/ce-acada-5-demissoes-na-pandemia-uma-foi-do-servico-domestico-1.2993087>. Acesso em: 30 dez. 2020.



- 408 Aqui, “potencialidade” é utilizada como poder de esforço para tornar algo efetivo, se manifestar. A potencialidade humana, na visão aristotélica, relaciona-se a “efetividade”, advinda do poder interior de “esforço”.
- 409 MENEZES, Gleides Medins de. Diversidade cultural e educação popular. In: CASTRO, Amanda Motta; MACHADO, Rita de Cássia. Estudos Feministas, mulheres e educação popular. São Paulo: LiberArs, 2018, v.2.
- 410 NUSSBAUM, Martha. Sem fins lucrativos. Porque a democracia precisa de humanidades. São Paulo: Martins Fontes, 2015.
- 411 BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2013.
- 412 BECK, Ulrich. Que és la globalización. Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Buenos Aires: Paidós, 2004.
- 413 Ao tratar da precarização da mão de obra na Europa o sociólogo Ulrich BECK usou o termo “brasilianização”, no sentido de tornar-se semelhante ao Brasil (BECK, 2004).
- 414 Ao lado de um grupo de assalariados estável e bem-remunerado, encontramos um número crescente de desempregados e de pessoas que ocupam empregos precários, contratados ou temporários.
- 415 SAFFIOTI, Heleieth. A mulher na sociedade de classes. Mito e realidade. São Paulo: Expressão Popular, 2013.
- 416 Dados disponíveis em: <https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-domestico/lang-pt/index.htm>
- 417 MELLO, C. A. B. de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo: Malheiros, 2014.
- 418 NUSSBAUM, Martha. Fronteiras da justiça. Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- 419 NUSSBAUM, Martha. Fronteiras da justiça. 2013.
- 420 NUSSBAUM, Martha. Fronteiras da justiça. Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- 421 Termo utilizado pela autora no sentido de “como as coisas se encontram”.
- 422 NUSSBAUM, Martha. Fronteiras da justiça. 2013.
- 423 SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2010.
- 424 CARASTATHIS, A. Identity Categories as Potential Coalitions. *Signs*, v.38, n.4, p.941-965, 2013.
- 425 CHUN, J. J.; LIPSITZ, G.; SHIN, Y. Intersectionality as a Social Movement Strategy: Asian Immigrant Women Advocates. *Signs*, v. 38, n.4, p. 917-940, 2013.
- 426 COLE, E. Coalitions as a Model for Intersectionality: From Practice to Theory. *Sex Roles*, v. 59, n. 5/6, p. 443-453, 2008.
- 427 ACCIARI, Louisa. Decolonising Labour, Reclaiming Subaltern Epistemologies: Brazilian Domestic Workers and the International Struggle for Labour Rights. *Contexto int.*, Rio de Janeiro, v. 41, n. 1, p. 39-64, Apr. 2019. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-85292019000100039&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-85292019000100039&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 28 out. 2020. <https://doi.org/10.1590/s0102-8529.2019410100003>
- 428 ALINIA, M. On Black Feminist Thought: thinking oppression and resistance through intersectional paradigm. *Ethnic and Racial Studies*, v.38, n.13, p.2334-2340, 2015.
- 429 BERNARDINO-COSTA, J. Controle de vida, interseccionalidade e políticas de empoderamento: as organizações políticas das trabalhadoras domésticas no Brasil. *Estado e História*, v. 26, n.25, p. 471-489, 2013.
- BERNARDINO-COSTA, J. Intersectionality and female domestic workers' unions in Brazil. *Women's Studies International Forum*. v.46, p.72-80, 2014.
- BIROLI, Flávia. Gênero e desigualdades: os limites na democracia no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2018.



24 JUN 2021

## Derecho Iberoamericano en análisis, 1ª ed., mayo 2021

Jurisdictional Immunities Of The State: The Evolution Of International Law And The Impact Of The Judgment Of The International Court Of Justice On Brazilian Courts

### *Jurisdictional immunities of the State: The evolution of international law and the impact of the judgment of the international court of justice on brazilian courts*

LUCAS MOREIRA ALCIC<sup>430</sup>

SUMMARY: I. INTRODUCTION. II. THE EVOLUTION OF THE LAW OF STATE IMMUNITY: FROM ABSOLUTE IMMUNITY TO THE RESTRICTIVE DOCTRINE. III. A GENERAL RULE OF STATE IMMUNITY AND THE DISTINCTION BETWEEN ACTS JURE IMPERII AND ACTS JURE GESTIONIS. IV. THE JUDGMENT OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE IN JURISDICTIONAL IMMUNITIES OF THE STATE (GERMANY V. ITALY: GREECE INTERVENING).V. THE IMPACT OF THE JUDGMENT OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE ON BRAZILIAN COURTS. VI. CONCLUDING REMARKS. VII. BIBLIOGRAPHY

#### . INTRODUCTION

The law of State immunity from jurisdiction, which is of paramount importance to the international legal order, has evolved significantly throughout the centuries. Such as every norm of international law, its evolution has been closely linked to that of the international community itself. The enlargement of the role of the State, the development of international commerce, the emergence and collapse of the Soviet Union, the evolution of the concept of sovereignty, the Second World War, the multiplication of diplomatic relations, the recognition of the individual as subject of international law, among other significant events that took place in the 20th century, had a major impact on the law of State immunity.

While some developments have already crystallized in customary international law, such as the application of a restrictive doctrine where a distinction is made between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis*, with immunity only being upheld to the former, others are still to be consolidated in State practice.

The landmark judgment rendered by the International Court of Justice in *Jurisdictional Immunities of the State*, between Germany and Italy, drew important conclusions concerning the scope of the law of immunity, particularly in cases of serious violations of international humanitarian law and human rights committed by the armed forces of a State in the territory of another during a war.

The judgment of the International Court of Justice not only had a direct impact on the Italian legal order, as Italy was a party in the proceedings and had a legal obligation to enforce the judgment, but also had an impact in other legal orders. In Brazil, where similar proceedings against Germany have been instituted by private persons claiming reparation for damages suffered during World War II, the judgment of the International Court of Justice had a limited impact on decisions rendered by the Brazilian Superior Court of Justice. This is because, even before that judgment, Brazilian courts were already granting immunity to Germany in those proceedings. However, recent decisions referred to that judgment to reinforce the

jurisprudence adopted by Brazilian courts on the matter.

The judgment of the International Court of Justice is expected to have a greater impact on the long-expected judgment of the Brazilian Federal Supreme Court in the case against Germany regarding violations of international humanitarian law perpetrated by German armed forces during the Second World War in Brazilian territory, as the Brazilian Supreme Court is set to follow the decision of the International Court of Justice.

## **I. THE EVOLUTION OF THE LAW OF STATE IMMUNITY: FROM ABSOLUTE IMMUNITY TO THE RESTRICTIVE DOCTRINE**

Until the end of the 19<sup>th</sup> century, the doctrine of absolute State immunity from jurisdiction of foreign courts prevailed in international law<sup>431</sup>. Italy, Belgium and Egypt were among the first States to apply a restrictive doctrine, which might be seen in decisions rendered by their national courts at the end of the 19<sup>th</sup> century and beginning of the 20<sup>th</sup> century<sup>432</sup>. However, it was not until the second half of the 20<sup>th</sup> century that a great number of countries started to apply a restrictive doctrine to State immunity<sup>433</sup>.

The 20<sup>th</sup> century saw the enlargement on the role of States<sup>434</sup>. The State decided it should not only be regulating the economy, but it should actively participate as an economic actor. Therefore, the State started to intervene in domains previously reserved to private persons, which could be seen mainly in socialist and developing countries. This resulted in a multiplication of contacts between States and foreign private persons, which consequently rose the number of disputes between them<sup>435</sup>.

The increasing participation of the State in the commercial sphere in the 20<sup>th</sup> century certainly had a major impact in the law of State immunity<sup>436</sup>. When the State exercises commercial activities, it is constantly engaging in transactions with private persons and, from those transactions, disputes may arise. The more the State engages in those private transactions, the more likely the disputes concerning those transactions are to multiply<sup>437</sup>. This increasing involvement of States in commercial activities demanded the abandonment of the absolute immunity<sup>438</sup>.

Developed countries adopted a restrictive doctrine of immunity much earlier than developing and socialist countries<sup>439</sup>. Even though in the early 1950s Lauterpacht stated that the great majority of countries already declined to grant immunity to foreign States for acts *jure gestionis*<sup>440</sup>, it was not until the 1970s that the restrictive doctrine had been consolidated as a norm of customary international law<sup>441</sup>. Not only is this due to a great number of domestic courts decisions denying immunity in particular cases, but also to the adoption of national legislation<sup>442</sup> and international conventions<sup>443</sup> expressly establishing exceptions to the general rule of State immunity<sup>444</sup>.

## **II. A GENERAL RULE OF STATE IMMUNITY AND THE DISTINCTION BETWEEN ACTS *JURE IMPERII* AND ACTS *JURE GESTIONIS***

State immunity from jurisdiction is part of customary international law<sup>445</sup>, as the International Court of Justice recognized in *Jurisdictional Immunities of the State*<sup>446</sup>.

State immunity is not absolute, and even though there is a lack of uniformity in State practice, the restrictive doctrine clearly prevails in international law<sup>447</sup>. Domestic courts recognize as exceptions situations in which the State acts beyond its sovereign prerogatives<sup>448</sup>, such as when the State takes part in commercial activities. That is why States shall not be granted immunity from jurisdiction in claims regarding commercial transactions<sup>449</sup>.

During the work on State immunity of the International Law Commission, a question arose whether immunity was a general rule of international law, to which exceptions might apply, or the territorial jurisdiction over foreign States was the rule, to which immunity as an exception might apply<sup>450</sup>. The way the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property was written, with article 5 as a general rule and article 12, among others, as an exception, shows that the International Law Commission concluded that State immunity is the rule, to which some exceptions might apply<sup>451</sup>.

Immunity relies on the principles of sovereignty and independence of States<sup>452</sup>. It is ultimately based on the principle of sovereign equality between States<sup>453</sup>. Thus, as immunity is closely linked to the exercise by States of their sovereign powers, only sovereign acts, or acts *jure imperii*, could be exempted from the jurisdiction of a foreign court<sup>454</sup>.

Immunity shall not be granted in certain circumstances, based on the nature of the acts performed by the State. Thus, a distinction could be made between acts *jure imperii*, to which State immunity, in general, shall be granted, and acts *jure gestionis*, to which State immunity shall not be granted<sup>455</sup>. Therefore, when the State practices commercial acts, concluding contracts for the purchase of goods or loans, for example, immunity shall not be upheld before foreign courts<sup>456</sup>.

## **V. THE JUDGMENT OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE IN *JURISDICTIONAL IMMUNITIES OF THE STATE (GERMANY V. ITALY: GREECE INTERVENING)***

From October 1943 to the end of World War II, German armed forces perpetrated many atrocities against the Italian population, including the killing of civilians and deportation of large number of civilians and members of the Italian army for use as forced labor in Germany and in German-occupied territories<sup>457</sup>.

In September 1998, Luigi Ferrini instituted proceedings against Germany before an Italian court claiming compensation for the injuries and damages suffered from his arrest and deportation to Germany, where he was detained and forced to work in a munition's factory until the end of the war. In November 2000, the Court of Arezzo granted immunity from jurisdiction to Germany. He appealed from this decision, but the Court of Appeal of Florence also upheld immunity to Germany. Nevertheless, in March 2004, the Italian Court of Cassation denied immunity to Germany, on the basis that immunity should not be upheld when the act of the State constitutes an international crime, deciding that Italian courts had jurisdiction to rule on the claims of Ferrini<sup>458</sup>. The case was referred back to the Court of Arezzo and, finally, to the Court of Appeal of Florence which, in February 2011, condemned Germany to pay damages to Ferrini<sup>459</sup>.

Germany instituted proceedings against Italy before the International Court of Justice, in 2008, claiming that Italy violated its obligations under international law for failing to grant immunity to which Germany was entitled in the proceedings before Italian courts<sup>460</sup>.

At the time of the judgment, as neither Italy nor Germany were parties to the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, and Italy was not a party to the European Convention on State Immunity, the International Court of Justice noted that between them "any entitlement to immunity can be derived only from customary international law, rather than treaty"<sup>461</sup>.

Firstly, the International Court of Justice acknowledged that there was a right to immunity under customary international law, which raises an obligation on the part of other States to respect this right<sup>462</sup>.

Noticing the distinction made in State practice between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis*, the International Court of Justice concluded that: "The acts of the German armed forces and other State organs which were the subject of the proceedings in the Italian courts clearly constituted *acta jure imperii*"<sup>463</sup>.

While Germany argued that immunity should be upheld in respect of all acts *jure imperii*, Italy claimed immunity should be denied to acts *jure imperii* in case of acts occasioning death, injuries to persons or damage to properties when they are committed on the territory of the forum State and acts constituting the most serious violations of peremptory norms of international law, for which no alternative means of redress is available<sup>464</sup>.

Italy's first argument was based on the existence of a territorial tort exception to State immunity in customary international law<sup>465</sup>. This would justify the denial by Italian courts of Germany's immunity in cases regarding wrongful acts committed in Italy, such as the massacre perpetrated in Civitella and cases regarding the deportation of Italian nationals from Italian territory to Germany or to German occupied territories in order to be submitted to forced labor<sup>466</sup>.

The International Court of Justice decided not to rule on whether there was a territorial tort exception in customary international law applicable to acts *jure imperii* in general, limiting its judgment to ruling whether States should be granted immunity for acts committed by their armed forces on the territory of the forum State during an armed conflict<sup>467</sup>.

According to the International Court of Justice: "(...) State immunity for *acta jure imperii* continues to extend to civil proceedings for acts occasioning death, personal injury or damage to property committed by the armed forces and other organs of a State in the conduct of armed conflict, even if the relevant acts take place on the territory of the forum State"<sup>468</sup>. Thus, the International Court of Justice concluded that decisions of Italian courts which denied immunity from jurisdiction to Germany could not be justified under a territorial tort exception<sup>469</sup>.

Italy's second argument was based on the existence of a *jus cogens* exception to State immunity. Italy claimed that, according to international law, a State was not entitled to immunity when it had committed serious violations of international humanitarian law<sup>470</sup>. Italy argued that there was a conflict between the norms of *jus cogens* violated by Germany and Germany's immunity from jurisdiction. According to Italy, this conflict would be resolved by denying immunity to Germany as the norms of *jus cogens* are hierarchically superior than other norms, including the law of State immunity<sup>471</sup>.

The International Court of Justice declared that no conflict exists between *jus cogens* and State immunity, because they address different matters<sup>472</sup>. According to the International Court of Justice, norms of State immunity are procedural in character and the *jus cogens* norms violated are substantial in nature. Therefore, there was no conflict between the two set of norms<sup>473</sup>. As the International Court of Justice stated: "The rules of immunity are procedural in character and are confined to determining whether or not the courts of one State may exercise jurisdiction in respect of another State"<sup>474</sup>.

The International Court of Justice also concluded that: "under customary international law as it presently stands, a State is not deprived of immunity by reason of the fact that it is accused of serious violations of international human rights law or the international law of armed conflict"<sup>475</sup>.

Finally, the International Court of Justice concluded that Italy breached its international obligations when its national courts denied immunity to Germany. For that reason, the International Court of Justice found that Italy was bound to ensure that the decisions of Italian courts in violation of Germany's immunity ceased to have effect, which could be done by the enactment of appropriate legislation or by any other means<sup>476</sup>.

## **7. THE IMPACT OF THE JUDGMENT OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE ON BRAZILIAN COURTS**

Brazilian courts had been granting immunity to Germany in proceedings initiated by individuals seeking reparations for damages caused by German armed forces during World War II in Brazilian territorial waters even before the judgment of the International Court of Justice<sup>477</sup>.

The proceedings before Brazilian courts concerned claims for compensation for damages caused by a German submarine that sank a fishing boat near the Brazilian coast, during World War II, killing Brazilian civilians. In all proceedings, the Brazilian Superior Court of Justice held that the acts perpetrated by German armed forces were to be classified as acts *jure imperii*, to which immunity was absolute and no exception applied<sup>478</sup>. Therefore, Brazilian courts have granted immunity to Germany for those “acts of war”<sup>479</sup>.

The German act of sinking the fishing boat during the Second World War killing civilians has been classified as a sovereign act. According to Brazilian courts, immunity regarding acts *jure imperii* is absolute, to which no exception applies, not even when those acts are committed on the territory of the forum State<sup>480</sup>.

For this reason, the judgment of the International Court of Justice has not had a major impact on the Brazilian jurisprudence on State immunity. However, it did not stay unnoticed by Brazilian courts either. In recent decisions, the Superior Court of Justice made reference to the World Court’s judgment in order to show that the national jurisprudence was aligned with that of the International Court of Justice<sup>481</sup>.

The case between the successors of the Brazilian victims and Germany is pending before the Brazilian Federal Supreme Court, whose decision is expected to settle the matter once and for all. The long-awaited judgment was expected to take place in 2020 but has been postponed indefinitely<sup>482</sup>.

In his legal opinion, the Attorney-General argued that the Brazilian Federal Supreme Court should follow the conclusions of the International Court of Justice in *Jurisdictional Immunities of the State* and uphold immunity to Germany. The Attorney-General also proposed that the Brazilian Supreme Court adopted the thesis according to which State immunity from jurisdiction is absolute for sovereign acts which cause injury or damage, when they have been committed by the foreign State on the exercise of its sovereign power in the context of a war, even if those acts violate international human rights law<sup>483</sup>.

## **VI. CONCLUDING REMARKS**

The long-awaited judgment of the Brazilian Federal Supreme Court on the matter of State immunity regarding acts *jure imperii* amounting to violations of international humanitarian law committed by Germany on Brazilian territory during the Second World War should take place any time soon. The Brazilian Federal Supreme court is expected to follow the conclusions reached by the International Court of Justice in *Jurisdictional Immunities of the State* and uphold Germany’s immunity from jurisdiction.

## **VII. BIBLIOGRAPHY**

- ALEBEEK, Rosanne Van. *The immunity of states and their officials in international criminal law and international human rights law*, New York, Oxford University Press, 2008.
- BARRIE, George N. *Sovereign immunity of states: Acts iureimperii and acts iuregestionis – what is the distinction*, South African Year Book of International Law, vol. 26, 2001.
- COSNARD, Michel. *La soumission des États aux tribunaux internes: face à la théorie des immunités des États*, Paris, Éditions A. Pedone, 1996.



- COSTI, Alberto. L'arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire des Immunités Juridictionnelles de L'État, *Revue québécoise de droit international*, Juin 2015.
- EL SAWAH, Sally. *Les immunités des États et des Organisations Internationales*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012.
- FOX, Hazel; WEBB, Philippa. *The Law of State Immunity*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- JUDT, Clemens. *Les immunités de l'État: ratione personae ou ratione materiae*, *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1989.
- KALDUNSKI, Marcin. *State Immunity and War Crimes: The Polish Supreme Court on the Nationiewski Case*, *Polish Yearbook of International Law*, vol. 30, 2010.
- LAUTERPACHT, H. *The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States*, *British Year Book of International Law*, vol. 28, 1951.
- LAVAL, Pierre-François. L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des Immunités Juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce intervenant), *Annuaire français de droit international*, vol. 58, 2012.
- PINGEL-LENUZZA, Isabelle. *Les immunités des Etats en droit international*, Bruxelles, Editions Bruylant, 1997.
- POIRAT, Florence. *Les immunités des sujets du droit international*, in VERHOEVEN, Joe (dir.), *Droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2004.
- SINGER, Michael. *Abandoning Restrictive Sovereign Immunity: An Analysis in Terms of Jurisdiction to Prescribe*, *Harvard International Law Journal*, vol. 26, number 1, 1985.
- VENTURA, Daniel. *La cristallisation de l'« exception jus cogens » a l'immunité de juridiction de l'État étranger retour sur une dissonance jurisprudentielle*, in SIMON, Denys, *Le Droit international des immunités: constantes et ruptures*, Paris, Editions A. Pedone, 2015.

---

<sup>430</sup> Master's degree in International Law from the University of Lisbon School of Law. Former visiting researcher at the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law.

<sup>431</sup> COSNARD, Michel. *La soumission des États aux tribunaux internes: face à la théorie des immunités des États*, Paris, Éditions A. Pedone, 1996, pp. 16, 362.

<sup>432</sup> United Nations, *Fourth report on jurisdictional immunities of States and their property*, pp. 213-214.

<sup>433</sup> COSNARD, Michel. *La soumission des États aux tribunaux internes*, p. 23; LAUTERPACHT, H. *The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States*, *British Year Book of International Law*, Vol. 28, 1951, p. 251.

<sup>434</sup> COSTI, Alberto. L'arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire des Immunités Juridictionnelles de L'État, *Revue québécoise de droit international*, Juin 2015, p. 271.

<sup>435</sup> COSNARD, Michel. *La soumission des États aux tribunaux internes*, pp. 270-271.

<sup>436</sup> BARRIE, George N. *Sovereign immunity of states: Acts iure imperii and acts iure gestionis – what is the distinction*, *South African Year Book of International Law*, vol. 26, 2001, pp. 158-159.

<sup>437</sup> PINGEL-LENUZZA, Isabelle. *Les immunités des Etats en droit international*, Bruxelles, Editions Bruylant, 1997, p. 47.

<sup>438</sup> ALEBEEK, Rosanne Van. *The immunity of states and their officials in international criminal law and international human rights law*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 47.

<sup>439</sup> PINGEL-LENUZZA, Isabelle. *Les immunités des Etats en droit international*, pp. 56-57.



- 440 LAUTERPACHT, H. The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States, p. 239.
- 441 PINGEL-LENUZZA, Isabelle. Les immunités des Etats en droit international, pp. 211, 213, 217.
- 442 The United States adopted the Foreign Sovereign Immunities Act in 1976 and the United Kingdom adopted the State Immunity Act in 1978. For a comprehensive list of national legislation on State immunity, see: COSTI, Alberto. L'arrêt de la Cour Internationale de Justice, p. 272.
- 443 The European Convention on State Immunity was adopted in 1972 and United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property was adopted in 2004.
- 444 SINGER, Michael. Abandoning Restrictive Sovereign Immunity: An Analysis in Terms of Jurisdiction to Prescribe, Harvard International Law Journal, Vol. 26, Number 1, 1985, p. 1.
- 445 Yearbook of the International Law Commission, 1980, Vol. II, Part 2, p. 147, para. 26.
- 446 Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 123, para. 56.
- 447 ALEBEEK, Rosanne Van. The immunity of states and their officials, p. 20.
- 448 PINGEL-LENUZZA, Isabelle. Les immunités des Etats en droit international, p. 359.
- 449 POIRAT, Florence. Les immunités des sujets du droit international, in VERHOEVEN, Joe (dir.), Droit international des immunités: contestation ou consolidation?, Bruxelles, Éditions Larcier, 2004, p. 43.
- 450 Yearbook of the International Law Commission, 1980, Vol. II, Part 2, p. 142, para. 1.
- 451 Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries, 1991, p. 23.
- 452 PINGEL-LENUZZA, Isabelle. Les immunités des Etats en droit international, pp. 63-64; EL SAWAH, Sally, Les immunités des États et des Organisations Internationales, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012, p. 93.
- 453 POIRAT, Florence. Les immunités des sujets du droit international, p. 15.
- 454 PINGEL-LENUZZA, Isabelle. Les immunités des Etats en droit international, pp. 49-50; JUDT, Clemens. Les immunités de l'État: *ratione personae* ou *ratione materiae*, Revue de Droit des Affaires Internationales, 1989, pp. 1000-1001.
- 455 United Nations, Fourth report on jurisdictional immunities of States and their property, p. 206, para. 24.
- 456 PINGEL-LENUZZA, Isabelle. Les immunités des Etats en droit international, p. 341.
- 457 Jurisdictional Immunities of the State, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 110, para. 21.
- 458 The Italian Court of Cassation held, in *Ferrini*, that immunity for acts *jure imperii* was not absolute, as it was subject to exceptions such as the territorial tort exception. Jurisdictional Immunities of the State, Dissenting Opinion of Judge Cañado Trindade, I.C.J. Reports 2012, p. 233, para. 144.
- 459 At the time of the judgment of the International Court of Justice, several similar cases were pending before Italian courts. Jurisdictional Immunities of the State, Judgment, I.C.J. Reports 2012, pp. 113-114, paras. 27-28.
- 460 Jurisdictional Immunities of the State, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 105, para. 1.
- 461 Jurisdictional Immunities of the State, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 122, para. 54.
- 462 Jurisdictional Immunities of the State, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 123, para. 56.
- 463 Jurisdictional Immunities of the State, Judgment, I.C.J. Reports 2012, pp. 124-125, paras. 59-60.
- 464 Jurisdictional Immunities of the State, Judgment, I.C.J. Reports 2012, pp. 125-126, paras. 61-62.
- 465 The territorial tort exception is established in article 11 of the European Convention on State Immunity and article 12 of the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. KALDUNSKI, Marcin. State Immunity and War Crimes: The Polish Supreme Court on the Nationiewski Case, Polish Yearbook of International Law, vol. 30, 2010, pp. 245-246.
- 466 Jurisdictional Immunities of the State, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 126, para. 62; The territorial connection is a crucial element to the territorial tort exception. EL SAWAH, Sally. Les immunités des États et des Organisations Internationales. Bruxelles, Éditions Larcier, 2012, p. 158.

- <sup>467</sup> Jurisdictional Immunities of the State, Judgment, I.C.J. Reports 2012, pp. 127-128, para. 65.
- <sup>468</sup> Jurisdictional Immunities of the State, Judgment, I.C.J. Reports 2012, pp. 134-135, paras. 77-78.
- <sup>469</sup> Jurisdictional Immunities of the State, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 135, para. 79; FOX, Hazel; WEBB, Philippa. *The Law of State Immunity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 481.
- <sup>470</sup> Jurisdictional Immunities of the State, Judgment, I.C.J. Reports 2012, pp. 136, para. 81.
- <sup>471</sup> Jurisdictional Immunities of the State, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 140, para. 92; LAVAL, Pierre-François. L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce intervenant), *Annuaire français de droit international*, vol. 58, 2012, p. 160.
- <sup>472</sup> VENTURA, Daniel. La cristallisation de l'« exception jus cogens » a l'immunité de juridiction de l'État étranger retour sur une dissonance jurisprudentielle, in SIMON, Denys, *Le Droit international des immunités: constantes et ruptures*, Paris, Editions A. Pedone, 2015, pp. 44-45.
- <sup>473</sup> COSTI, Alberto. L'arrêt de la Cour Internationale de Justice, p. 293.
- <sup>474</sup> Jurisdictional Immunities of the State, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 140, para. 93.
- <sup>475</sup> Jurisdictional Immunities of the State, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 139, para. 91.
- <sup>476</sup> Jurisdictional Immunities of the State, Judgment, I.C.J. Reports 2012, pp. 154-155, para. 139 (1) (4).
- <sup>477</sup> Brazil, *Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário 66 – RJ, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, julgado em: 15/04/2008*.
- <sup>478</sup> Brazil, *Superior Tribunal de Justiça, Agravo Interno no Recurso Ordinário No. 109 – RJ (2010/0192792-1), Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em: 20/10/2016*.
- <sup>479</sup> Brazil, *Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário No. 60 – RJ, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em: 09/12/2015*.
- <sup>480</sup> Brazil, *Superior Tribunal de Justiça, Agravo Interno no Recurso Ordinário No. 109 – RJ*.
- <sup>481</sup> Brazil, *Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental em Recurso Ordinário No. 80 – RJ (2008/0248795-0), Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em: 09/12/2015, p. 42*.
- <sup>482</sup> The Brazilian Federal Supreme Court found, in 2017, that the constitutional subject matter concerning this proceeding had a general repercussion in the Brazilian legal order. Brazil, *Supremo Tribunal Federal, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 954.858 – RJ, Relator: Ministro Edson Fachin, julgado em: 11/05/2017*.
- <sup>483</sup> Brazil, *Parecer da Procuradoria-Geral da República, Recurso Extraordinário com Agravo 954.858 – RJ, Relator: Ministro Edson Fachin, 13/09/2017, pp. 1-2, 56-57*.

24 JUN 2021

## **Derecho Iberoamericano en análisis, 1ª ed., mayo 2021**

Social Reintegration In The Portuguese Context: A (Possible) Essay From The Forensic Social Service

### **Social Reintegration in The Portuguese Context: A (Possible) Essay from the Forensic Social Service**

MARCO RIBEIRO HENRIQUES<sup>484</sup>

SUMMARY: I. THE ADVENT OF THE SOLUTION: PRISON; II. SOCIAL SERVICE IN PRISONS; III. CONCLUSION; IV. BIBLIOGRAPHY.

#### **. THE ADVENT OF THE SOLUTION: PRISON**

In this chapter's analysis, it will be inevitable to mention some historical consequences of different approaches to crime and imprisonment. However, it has proved pertinent to take a small practice to some key ideas for understanding prison.

As we know it today, the prison system has its origins, roughly, between the 18th and 19th centuries. The punishment, previously a public punishment, now passes to a personal conviction, which abandons the physical punishments that hit the physical body of the one who committed the crime. These public theatrical punishments were also based on the idea of moral correction of society, which, by observing such sufferings, was believed to be more inclined to refrain from criminal practices.

As Foucault tells us, a public execution is then seen as a furnace in which violence is kindled and, in a few years, already at the end of the 18th century, this “art of making people suffer”<sup>485</sup> is discredited<sup>486</sup>.

The history of prison begins to know the will to divert man from crime, thus becoming the essential part of the penalty the search for correction, re-education, and “healing.” For authors such as Foucault, the role of technicians working in a prison context boils down to playing a “mental orthopedics” that takes the person away from the crime. Physical suffering, the pain of the body, is no longer the constitutive element of punishment. Punishment has changed from an art of severe sanctions to an economy of suspended rights, which are precisely the “parenthesis” in the life of the imprisoned person, to which Cunha refers when he reflects on total institutions<sup>487</sup>.

In Portugal, too, concern about prisons' issues and problems began to be debated as early as the 18th century, promoting the debate on new punitive theories and the penitentiary reforms implemented in the early 19th century.

This concern and interest that arose in the 18th century were directly related to the historical and social situation that caused profound changes in society.

The demographic growth that took place in the country from the 1930s onwards, dominant in the rural population, triggered migratory flows towards the coast, particularly towards Lisbon and Oporto, where it created nuclei of uprooted population, with precarious work,

often living on the edge of poverty, or falling into misery, into networks of marginality and crime<sup>488</sup>.

This consideration is of particular interest as it underpins the relationship between crime, poverty, and exclusion, showing its connection with historical verification. In this sense, it is also argued that the importance of the Social Service role in prison should also take place outside the prison walls, promoting the prevention of crime through the fight against poverty and social inequality.

In the middle of the 18th century in Portugal, more specifically in 1867, a new Penal Code was passed as a sign of modern times and visible change, which abolished the death penalty in a pioneering way in Europe. However, there was still some work to be done as prison buildings continued to be unsafe, dilapidated, unhygienic, and unhealthy, which eventually led to ambitious reforms in the construction of new prisons that were not fully implemented.

However, this problem of prison conditions, often caused by an excess of inmates in the same establishment, which was at its highest exponent in other prisons in Europe and the world, has never been a significant issue in Portugal.

Some authors claim that the prisons in Portugal in the 18th century were willing to carry out their mission, bringing the transgressors of the law and good customs to the jails, with the courts keeping them there for more or less time or sending to the colonies those who proved to be the most inconvenient.

In this way, the social order was not in jeopardy as, despite everything, the police, courts, and prisons were sufficient in their efforts to maintain social cohesion. However, although the prisons' problem in Portugal was greatly alleviated compared to the rest of the situation in Europe for these reasons, the prisons were still comparable to human cattle stables at the beginning of the 19th century<sup>489</sup>.

In addition to physical wear and tear, the prison also caused moral degradation, becoming a genuine crime school in that various types of criminals lived near together with innocent individuals or only suspects.

Since the principle of equality before the law was not respected, the rich slept in separate beds in the upper parts of the building for a certain amount of money. This reference is of particular interest, given that the “tall building” represented the difference between having a minimum of conditions and not having a minimum of requirements. In the basement were the, where individuals who did not see the light of day were crowded.

The history of prisons in Portugal is also very much linked to the account of indigence and is confused with the history of shelters, asylums, or nursing homes. Sentences such as the colonies' degradation served as a guarantee of security and moral sanitation of the metropolis, allowing a periodic decongestion of the jails and making the problem of penal reforms less pressing. Only during the 19th century, and above all as early as the 20th century, have there been real improvements in the prison system. Goffman still mentions that prisons as total institutions are characterized by the control and surveillance of many human needs, where one small social group controls another. He points out that the total institution is a social hybrid, partly a residential community and somewhat a formal organization, characterizing society as greenhouses for changing people; each is a natural experiment in what can be done to each person's self<sup>490</sup>.

The author understands this mortification of the “I” as the loss of personal references of the individual, thus becoming uncharacteristic in the prison context.

## **I. SOCIAL SERVICE IN PRISONS**

Social Service is an area of knowledge with operational possibilities in the most varied areas of the community. Perhaps because of this, they are assigned, and a multiplicity of functions and tasks are expected of them that have to respond to almost everything.

For this rhetoric not to become real and the Social Worker has to be committed in the capable exercise of his functions, it is necessary to understand Social Work in its different levels of action –micro, meso, macro– to identify which is the most appropriate for each situation, as well as in its various dimensions –theoretical, technical and ethical-political– subsidizing the practice with knowledge, ethical responsibility, and political commitment.

In this way, it is pertinent to understand the Social Worker's possible functions to understand his role in prison establishments.

Ander-Egg states that every Social Worker can work in different areas and fields of action and different sectors. It is part of the more general concept for the individual, where one place may include diverse lots of work<sup>491</sup>. It defines six areas –health, education, housing and urbanism, employment, subsidies, and social and personal services– with expression in different action fields.

These fields of action are what refers to the context of this chapter as levels of intervention. The sectors of intervention are the activities or services that Social Workers may perform.

The truth is that in the performance of his duties, the Social Worker may perform shared functions, i.e., functions also performed by other professionals, i.e., they are not exclusive to social work, and two types can be listed: The Social Worker as an implementer of social policies and as an informal social educator and/or animator – promoter, as far as their specific functions are concerned, are those that only this professional can carry out, so we can immediately enumerate a series of tasks of which only those that fall within the institutional context related to prison establishments stand out, bearing in mind that this is the object of our analysis–.

Thus, most of the authors are consensual<sup>492</sup> when they refer to the functions of the Social Worker in a prison context: consultant, advisor, social counselor, researcher and diagnostician of social problems, an identifier of problem situations and resources, planner/programmer of treatments, interventions and social projects to improve the quality of life, reformer of a social activist institution, animator, facilitator, mobilizer-concertiser. In addition to these specific functions, specifically in prison establishments, the Social Worker must consider in his activity that human rights are better safeguarded in States under the rule of law<sup>493</sup>. Therefore, it must consider different aspects such as the legal, judicial, social, economic, and other aspects, which form the basis of society's respect for the dignity of its members and the guarantee of the safety and integrity of persons<sup>494</sup>.

If they are found guilty, they must have the right to receive humane treatment, the aim of which is the rehabilitation and social reintegration of the individual. Only in this way, in a global understanding of both the situation and its possibilities of action and functions, specifically, the Forensic Social Worker will be able to act to effect the change he advocates. It must therefore be equipped, as already mentioned, with technical rigor, only possible through a critical attitude to the reality in which it operates and ethical coherence with impartiality in the administration of justice as an essential tool for the defense of the rights of the most vulnerable members of society, who constitute the majority of users of the Social Service<sup>495</sup>.

Within this framework and taking up a little of what has already been said, Social Work should be understood as the area of knowledge capable of operating a social change that advocates the pursuit of Human Rights. This is an area of the social sciences, eminently practical, which, by working the social reality, so complex and dynamic, encounters a series of obstacles to its realization.

For this reason, it is essential to be clear that, although professional action is often affected by approximations, deviations, precarious solutions to solve immediate difficulties, this does not mean that the knowledge built up by the Social Service is necessarily utilitarian or immediate. Instead, it means that whatever their object, mediating or immediately, the professional should seek to overcome these limitations by directing his reflections and their results in a historical, social, political, and technical sense of knowledge production with a view to a piece of more consequent knowledge and practice.

The current context is a context of significant social inequalities as a consequence of growing globalization that has increased poverty levels and created obstacles to the struggle, par excellence of the Social Service, which is a long tradition of struggle for Human Rights in which it acts and is characterized by an ethical commitment to human dignity, respect for others in all situations of life and choices. The different conceptions and professional tendencies are not above the ethical principles that unite social workers internationally in a common struggle.

In this way, the prison can continue to have a social control role that was its own, and the Social Service should act so that this does not happen and does so. This struggle must be carried out through the realization of Human Rights since, together with fundamental freedoms, they enable us to develop and make full use of our human qualities, our intelligence, our talents, and our conscience, and to satisfy our spiritual and other needs.

They are based on humanity's growing demand for a life in which the dignity and value inherent in any human being deserve respect and protection.

In a prison context, the values of justice that should guide prison services acquire even more extensive applications here, that the achievement of social justice implies the satisfaction of fundamental human needs and equitable redistribution of material resources. It also aims to universal access to essential services such as justice and social justice as the best defenses against oppression in all its forms and as the basis for a more balanced human development model<sup>496</sup>.

Human Rights are thus considered here as the other organizational principle (in addition to human needs) of its professional practice, allowing structural changes that can be made through thought out and reflected professional training, giving priority to knowledge about the reality in which it operates, with a very acute critical sense.

In this respect, Faleiros says that solving problems results from the correlation of forces, confrontations, and the power struggle. Knowledge and power are a means and an end that are articulated at each juncture. Knowing for power and power to know<sup>497</sup>.

On the other hand, as Faleiros suggested, contemporary imprisonment should then be seen as part of the broader system of poverty regulation strategies –a network of which social policies would also be a part–<sup>498</sup>.

This already answers the starting question, and one of the possible roles of the Forensic Social Service in Portuguese prisons may be to contribute, at a macro level, to the deepening of research supporting useful and necessary social policy measures for the prevention of crime and the reforms of the Portuguese prison system.

Authors like Josefina MacDonough reflect on this neglected component of professional practice<sup>499</sup>. The level of political action is often forgotten, but here it seems appropriate to refer to it because of the enormous possibilities it represents. Prisons do not believe in themselves, as mentioned above, function as an element in the fight against crime. Also, they contribute to the perpetuation of ideas that favor the stigma of imprisonment and make it difficult to reintegrate the individual who bears the label of an ex-convict.

Referring to poverty, Giddens states that there can be no eradication of poverty if there is no



social change. If the programs do not touch the rest of society, they try to solve poverty within the poverty universe, but they are not solving the causes<sup>500</sup>.

This also applies to the issue of crime and the need for civil society involvement in combating it. When referring to these broader structures of society, the most appropriate level of intervention is the macro level, hence the relevance of the Forensic Social Service role in the implementation of social policy measures in the prison context.

To better understand this possibility of Forensic Social Service, it must be understood that to achieve personal fulfillment goals, social goods to which all individuals must have access are necessary.

Thus, it is understood to want to establish an interdependence between freedom and equality so that access to these goods becomes the operationalization of equal opportunities. Only under equal opportunities can individual choice be considered an exercise of freedom.

In this sense, one of the roles of the Social Service, in prison establishments, as well as in its action in general, reveals two common denominators: (1) primary involvement in facilitating access to essential social goods for people in need (2) commitment to user self-determination based on the belief in the universality of human dignity.

It is therefore suggested that for this purpose, the profession must not only but must also fully assume values of social justice and self-determination. That is, it must act on implementation.

If the objective is to see a new social understanding of the functions and goals of prison establishments fulfilled, making reintegration under those it wants to settle, the Forensic Social Service must implement values of social justice and progress in this direction. It can only do so through direct involvement in the formation and modification of social policy.

## II. CONCLUSION

The role of the Forensic Social Service in prisons, in addition to being a component of political and critical action at a social level, can also be verified at other levels, both in the monitoring of the inmate, on a more particular dimension, and at the intermediate level of relations with different social structures.

However, the political dimension has been favored here, taking into account that the absence of social workers in social policy practices does not só jeopardize the identity of the profession and the interests of the users they should represent and defend. Therefore, this political commitment also ends up influencing the other dimensions of its possible action, taking on this dimension and not neglecting the others as well. That said, the Forensic Social Service must also consider the implications that may arise within this institution for the individuals who are obliged to remain within it.

In this sense, Forensic Social Service seems to have the role of acting on a more particular level, both with the individual and the structures closest to him, such as the family.

The promotion of their self-esteem and confidence is essential since from hearing so much of themselves that they are incapable, they know nothing that they cannot know, and they end up being convinced of their "incapacity." The prolonged stay in a prison environment ends up causing some anxiety and the change mentioned above in social conceptions, which may compromise the freedom of the individual when a situation of freedom approaches.

Thus, the Forensic Social Service should promote a focus on empowering individuals to gain more control over their lives and to become aware of how we can use their resources to overcome obstacles and meet their aspirations to have a voice in decision-making and to be able to challenge situations where they experience inequality and oppression.

Thus, it can be concluded that Social Service's role in Portuguese prisons can develop at different levels, assuming other functions in all of them. However, it is considered pertinent to mention that the Social Service, guided by an ethical-political dimension, advocates social justice values, capable of promoting the fight for human rights and social equality, with direct manifestations in the most particular dimensions.

## V. BIBLIOGRAPHY

- ABBAGNANO, N. (1978). *História da Filosofia*. Lisboa: Editorial Presença.
- ANDER-EGG, E. (1995). *Introdução ao Trabalho Social*. Petropolis: Vozes.
- BAPTISTA, M. V. (2001). *A Investigação em Serviço Social*. São Paulo: CPIHTS Baptista, BRANCO, F., & PORTAS, M. (1999). *Direitos humanos e Serviço Social*. Lisboa: ISSScoop. CUNHA, M. I. (2008). "Prisão e Sociedade : Modalidades de uma conexão ". In M. I. Cunha, *Aquém e Além da Prisão , Cruzamentos e Perspectivas* (pp. 7-32). 90 Porto:Graus Editora.
- DIAS, J. d. (2005). "Direito Penal Português –As consequências Jurídicas do Crime ". Coimbra: Coimbra Editora.
- FALEIROS, V. d. (1985). *Saber Profissional Poder Institucional*. São Paulo: Cortez. FOUCAULT, M. (1987). *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes.
- FOUCAULT, M. (1991). *Vigiar e Punir, Nascimento da Prisão*. Petrópolis: Vozes. GIDDENS, A. (2007). *Sociologia*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- GOFFMAN, E. (2007). *Manicômios, Prisões e Conventos*. São Paulo: Brasil. IAMAMOTO, M. V. (2003). *O Serviço Social na Contemporaneidade : trabalho e formação profissional*. São Paulo: Cortez.
- McDONOUGH, J. F. (2011). "Prática Política: A face Negligenciada da Intervenção em Serviço Social ". In J. F. Mc Donough, M. A. Negreiros, A. Martins, & A. Henriquez, *Serviço Social Profissão e Identidade Que trajetória* (pp. 99-123). São Paulo: Vozes.
- PAYNE, M. (2002). *Teoria do Trabalho Social Moderno*. Lisboa: Quarteto.
- PINTO, M. F. (1999). *Os Indigentes, Entre a Assistência e a Repressão, a outra Lisboa do 1o Terço do Seculo*. Lisboa: Livros Horizonte.
- PRIBERAM Dicionário de Língua Portuguesa Online. (s.d.).
- ROBERTIS, C. d. (2006). *Metodología de la Intervención en Trabajo Social*. Buenos Aires: Lumen.
- SANTOS, M. J. (1997). *A Sombra e a Luz , as prisões do Liberalismo* . Porto: Afrontamento.
- SILVA, A. S. (1989). "A ruptura com o senso comum nas ciências sociais ". In A. S. Silva, & J. M. Pinto, *Metodologia das Ciências Sociais* (p. 29 até 53). Poro: Afrontamento.

---

<sup>484</sup> ISMT, Portugal

<sup>485</sup> In a few decades, the body has disappeared, begged, quartered, amputated, symbolically marked on the face or shoulder, exposed alive or dead, given as a spectacle. The body disappeared as the main target of criminal repression. In this sense Foucault, M. (1991). *Vigiar e Punir , Nascimento da Prisão* . Petrópolis: Vozes.

<sup>486</sup> In this sense Foucault, M. (1987). *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Editora Vozes.

- <sup>487</sup> In this sense Cunha, M. I. (2008). *Prisão e Sociedade: Modalidades de uma conexão* . In M. I. Cunha, *Aquém e Além da Prisão, Cruzamentos e Perspectivas* (pp. 7-32). 90 Graus Editora.
- <sup>488</sup> In this sense Santos, M. J. (1997). *A Sombra e a Luz, as prisões do Liberalismo*. Porto: Afrontamento.
- <sup>489</sup> In this sense Pinto, M. F. (1999). *Os Indigentes, Entre a Assistência e a Repressão , a outra Lisboa do 1o Terço do Seculo*. Lisboa: Livros Horizonte.
- <sup>490</sup> In this sense Goffman, E. (2007). *Manicômios, Prisões e Conventos*. São Paulo: Vozes.
- <sup>491</sup> In this sense Ander-Egg, E. (1995). *Introdução ao Trabalho Social*. Petropolis: Vozes.
- <sup>492</sup> In this sense Ander-Egg, E. (1995). *Introdução ao Trabalho Social* . Petropolis: Vozes or Branco, F., & Portas, M. (1999). *Direitos humanos e Serviço Social* . Lisboa: ISSScoop or Faleiros, V. d. (1985). *Saber Profissional Poder Institucional*. São Paulo: Cortez.
- <sup>493</sup> In this sense Branco, F., & Portas, M. (1999). *Direitos humanos e Serviço Social*. Lisboa: ISSScoop.
- <sup>494</sup> *Idem*.
- <sup>495</sup> *Idemibidem*.
- <sup>496</sup> In this sense Branco, F., & Portas, M. (1999). *Direitos humanos e Serviço Social*. Lisboa: Dep. Editorial ISSScoop.
- <sup>497</sup> In this sense Faleiros, V. d. (1985). *Saber Profissional Poder Institucional*. São Paulo: Cortez.
- <sup>498</sup> *Idem*.
- <sup>499</sup> In this sense Mc Donough , J. F. “Prática Política: A face Negligenciada da Intervenção em Serviço Social”. In J. F. Mc Donough, M. A. Negreiros, A. Martins, & A. Henriquez, *Serviço Social Profissão e Identidade Que trajectória* (pp. 99-123). São Paulo: Vozes.
- <sup>500</sup> In this sense Giddens, A. (2007). *Sociologia*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.