

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)
Campus de Santo Ângelo
Departamento de Ciências Sociais Aplicadas
Curso de Graduação em Direito
Editora da FURI – Campus de Santo Ângelo – RS

DIREITO E JUSTIÇA: Reflexões Sociojurídicas

NOVOS DIREITOS
Revista do Curso de Graduação em Direito
da URI – Campus Santo Ângelo–RS

Santo Ângelo – RS, ano XVI, n. 27 – novembro/2016

ISSN 1676-8558

D598 Direito e justiça: reflexões sociojurídicas / Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo; organização: Florisbal de Souza Del’Olmo, Taciana Marconatto Damo Cervi – v.1, n.1(abril 2002) . – Santo Ângelo: FuRI, 2016.

v.16, n.27, nov. 2016.

Semestral

ISSN 2178-2466

1. Direito-Periódicos I. Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo. II. Del’Olmo, Florisbal de Souza (org.) III. Cervi, Taciana Marconatto Damo (org.)

CDU: 340.114

Responsável pela catalogação

Bibliotecária – Fernanda Ribeiro Paz - CRB-10/1720

Editoração

Florisbal de Souza Del’Olmo
Taciana Marconatto Damo Cervi

Revisão

Florisbal de Souza Del’Olmo

Revisão da Língua Inglesa

Paulo Adroir Magalhães Martins

Formatação e Digitação

Florisbal de Souza Del’Olmo

Capa

Marcos Ziembowicz

Publicação

FuRI – Editora da URI – Campus de Santo Ângelo – RS
Rua Universidade das Missões, 464 – CEP 98.802-470
Santo Ângelo – RS – Brasil – Fone: (55)3313-7900

Composição e Impressão

Gráfica Venâncio Ayres

– 2016 –

DIREITO E JUSTIÇA – Reflexões sociojurídicas
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)
Campus de Santo Ângelo
Departamento de Ciências Sociais Aplicadas
Publicação vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da URI

Curso de Graduação em Direito

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de inteira responsabilidade de seus autores.

Reitor
Luiz Mario Silveira Spinelli
Pró-Reitor de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação
Giovani Palma Bastos
Pró-Reitora de Ensino
Arnaldo Nogaró
Pró-Reitor de Administração
Nestor Henrique de Cesaro
URI – Campus de Santo Ângelo
Diretor Geral
Gilberto Pacheco
Diretor Acadêmico
Marcelo Paulo Stracke
Diretora Administrativa
Berenice Rossner Whatuba
Chefe do Departamento de Ciências Sociais Aplicadas
Osmar Antonio Bonzanini
Coordenadora de Área de Conhecimento
Rosângela Angelin

Curso de Graduação em Direito

Coordenadora do Curso
Charlise Paula Colet Gimenez
Diretor-Editor da Revista
Florisbal de Souza Del’Olmo

Comitê Editorial

Florisbal de Souza Del’Olmo
Taciana Marconatto Damo Cervi

Linha Editorial

A Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas, elaborada pelo Curso de Graduação em Direito da URI, Campus de Santo Ângelo, é publicada semestralmente e aceita colaborações de artigos.

A Revista estrutura-se por artigos que deverão referir-se na linha de “Novos Direitos”

Indexada nas seguintes bases de dados

Latindex:

<http://www.latindex.unam.mx/latindex/ficha?folio=19578> (online)

<http://www.latindex.unam.mx/latindex/ficha?folio=19577> (impresso)

Periódicos URI: *http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica*

SEER/Ibict:

http://seer.ibict.br/index.php?option=com_mtree&task=viewlink&link_id=1763&Itemid=109

Conselho Editorial

- Adriana Dreyzin de Klor (Universidad Nacional de Córdoba/Argentina)
Alejandro Pastori (UDELAR – Montevideú/Uruguai)
Altamirando Pereira da Rocha (UFU – Uberlândia/MG)
Amador Paes de Almeida (Universidade Mackenzie – São Paulo/SP)
Ântonio Celso Alves Pereira (UFRJ – Rio de Janeiro / RJ)
Cláudia Lima Marques (UFRGS – Porto Alegre / RS)
Elizabeth Accioly (Universidade Nova de Lisboa/Portugal)
Emma Nogales de Santiváñez (Universidad Católica Boliviana – La Paz/Bolívia)
Enrique Varsi Rospigliosi (Universidad de Lima/Peru)
Franciso Rezek (UNICEUB – Brasília/DF)
Heron José de Santana Gordilho (UFBA – Salvador/BA)
Gina Vidal Marcilio Pompeu (UNIFOR – Fortaleza/CE)
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (USP – São Paulo/SP)
Griselda Capaldo (UBA – Buenos Aires/Argentina)
Jamile Bergamaschine Mata Diz (UFMG – Belo Horizonte/MG)
João Marcelo de Lima Assafim (UCAM – Rio de Janeiro/RJ)
Jorge Renato dos Reis (UNISC – Santa Cruz do Sul/RS)
José Russo (UFAM – Manaus/AM)
Larissa Ramina (UFPR – Curitiba/PR)
Leila Arruda Cavallieri (PUC – Rio de Janeiro/RJ)
Lorena de Melo Freitas (UFPB – João Pessoa/PB)
Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva (UFS – Aracaju/SE)
Lucy Arraya (Universidad Nacional Pedro Henriquez Ureña – Santo Domingo/Rep. Dominicana)
Luis Edson Fachin (UFPR – Curitiba/PR)
Luiz Ernani Bonesso de Araújo (UFSM – Santa Maria/RS)
Luiz Otávio Pimentel (UFSC – Florianópolis/SC)
Mara Vidigal Darcanchy (Conselheira da OIT/ILO – São Paulo/SP)
Mário Ferreira Monte (Universidade do Minho – Braga/Portugal)
Ney Fayet Júnior (PUC – Porto Alegre/RS)
Odete Maria de Oliveira (UNOCHAPECÓ – Chapecó/SC)
Orides Mezzaroba (UFSC – Florianópolis/SC)
Raymundo Juliano Rego Feitosa (UNICAP – Recife/PE)
Ricardo Méndez Silva (UNAM/México)
Roberto Ruiz Díaz Labrano (UNA – Assunção/Paraguai)
Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches (UNINOVE – São Paulo/SP)
Sergio Resende de Barros (USP – São Paulo/SP)
Valesca Raizer Borges Moschen (UFES – Vitória/ES)
Valerio de Oliveira Mazzuoli (UFMT – Cuiabá/MT)
Viviane Coelho Sêllos Knoerr (UNICURITIBA – Curitiba/PR)
Wagner Menezes (USP – São Paulo/SP)

Conselho de Pareceristas

- Aguinaldo Allemar (UFU – Uberlândia/MG)
Ana Paula Martins Amaral (UFMS – Campo Grande/MS)
Arno Dal Ri Junior (UFSC – Florianópolis/SC)
Augusto Jaeger Junior (UFRGS – Porto Alegre/RS)
Bruno Cavalcanti Angelin (UFRR/UNESA – Boa Vista/RR)
Bruno Wanderley Junior (PUC – Belo Horizonte/MG)
Cláudia Taís Siqueira Cagliari (FAI – Itapiranga/SC)
Cristiane Helena de Paula Lima Cabral (FCJPAD/MG)
Cristina Ferraz (UNINOVE – São Paulo/SP)
Diego Pereira Machado (Faculdade Anhanguera/LFG – São Paulo/SP)
Eduardo Baldissera Cavalho Salles (UNOCHAPECÓ – Chapecó/SC)
Eloy Pereira Lemos Junior (Universidade de Itaúna/MG)
Fernanda Miranda Barbosa (UNIESP – São Paulo/SP)
Fernando César Costa Xavier (UFRR – Boa Vista/RR)
Fernando Ferreira Calazans (IPSEMG/MG)
Fernando Sérgio Tenório de Amorim (FEJAL/CESMAC – MACEIÓ/AL)
Flavio Henrique Franco de Oliveira (UNICESUMAR/PR)

Gabriela Soares Balestero (FDSM – Pouso Alegre/MG)
Giovanni Olsson (UNOCHAPECÓ – Chapecó/SC)
Graziela Tavares de Souza Reis (UFT – Palmas/TO)
Guilherme Camargo Massau (UFPEL – Pelotas/RS)
Gustavo Oliveira Vieira (UNILA – Foz do Iguaçu/PR)
Ilzver de Matos Oliveira (Universidade Tiradentes – Aracaju/SE)
Irineu Francisco Barreto Junior (FMU – São Paulo/SP)
Jacson Roberto Cervi (URI – Santo Ângelo/RS)
Jeff Caponero (Instituto Federal da Bahia – Salvador/BA)
João Batista Moneiro Camargo (UNIJUI – Ijuí/RS)
Jorge Di Ciero Miranda (UNIFOR – Fortaleza/CE)
José Filomeno de Moraes Filho (UNIFOR – Fortaleza/CE)
José Francisco de Assis Dias (UNICESUMAR/MG)
Liana Maria Feix Suski (FAI – Itapiranga/SC)
Lívia Dutra Barreto (UFRR – Boa Vista/RR)
Lucas Gonçalves da Silva (UFS – Aracaju/SE)
Luciano Alves dos Santos (URI – Erechim/RS)
Luís Henrique Bortolai (Universidade Mackenzie – São Paulo/SP)
Luis Renato Vedovato (UNICAMP – Campinas/SP)
Mara Vidigal Darcanchy (Conselheira da OIT/ILO – São Paulo/SP)
Márcia Teshima (UEL – Londrina/PR)
Mário Luiz Ramidoff (Unicuritiba – Curitiba/PR)
Osmar Veronese (URI – Santo Ângelo/RS)
Rafaela Benevides Ferreira Machado (UNIC – Cuiabá/MT)
Renata Mantovani de Lima (UIT – Itaúna/MG)
Roberto Correia da Silva Gomes Caldas (UNINOVE – São Paulo/SP)
Rogério Costa (UNISUL – Tubarão/SC)
Rosicler Santos (UFPR – Curitiba/PR)
Rubens Beçak (USP – São Paulo/SP)
Sérgio Ricardo Aquino (IMED – Passo Fundo/RS)
Sílvio Beltramelli Neto (PUC – Campinas/SP)
Silvio Javier Battello (Faculdade Dom Bosco – Porto Alegre/RS)
Thaise Graziottin Costa (UCS – Caxias do Sul/RS)
Vanessa Iacomini (UFF – Rio de Janeiro/RJ)
Victor Hugo Almeida (UNESP – São Paulo/SP)
Vladimir Oliveira da Silveira (UNINOVE – São Paulo/SP)
William Paiva Marques Júnior (UFC – Fortaleza/CE)

**MISSÃO DA REVISTA DIREITO E JUSTIÇA: REFLEXÕES SOCIOJURÍDICAS
“NOVOS DIREITOS”**

Atuar como instrumento de propagação das reflexões e construções do conhecimento acerca dos Novos Direitos, estimulando o debate, o questionamento e o desenvolvimento dos processos formativos dos operadores e investigadores jurídicos, como forma de integração entre a universidade e o mundo da vida voltada para a potencialização dos processos de constituição da cidadania e da democracia.

SUMÁRIO

COLABORADORES	13
<i>Contributors</i>	
APRESENTAÇÃO	17
<i>Presentation</i>	
OS BENS CULTURAIS ARQUEOLÓGICOS	23
CULTURAL ARCHAEOLOGICAL HERITAGE	
<i>José Casalta Nabais</i>	
EL DILEMA DE BOLIVIA: LA ÉLITE CRUCEÑA	53
THE BOLIVIA DILEM: THE CRUCEÑA ELITE	
<i>Fran Espinoza</i>	
A RESOLUÇÃO ONLINE DE LITÍGIOS (ODR) DE BAIXA INTENSIDADE E SEUS REFLEXOS NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: UMA ANÁLISE DA NORMATIVIDADE POLISSÊMICA DAS REDES NUMÉRICAS.....	77
THE ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR) AND ITS REFLECTIONS ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW: AN ANALYSIS OF POLISSEMIC NORMATIVITY OF NETWORK NUMBER	
<i>Fernando Sérgio Tenório de Amorim</i>	
AS PERSPECTIVAS DO ACORDO DE COOPERAÇÃO UE / MERCOSUL E DO CUMPRIMENTO DA SUA META FINAL	99
THE PERSPECTIVES OF THE EU / MERCOSUR COOPERATION AGREEMENT AND COMPLIANCE WITH ITS FINAL GOAL	
<i>Werter R. Faria</i>	
<i>Elizabeth Accioly</i>	
O JUDICIÁRIO COMO INSTÂNCIA DE (DES)CONSIDERAÇÃO DA RELIGIOSIDADE DE MATRIZ AFRICANA: CASOS JUDICIAIS EMBLEMÁTICOS SOBRE LIBERDADE E INTOLERÂNCIA RELIGIOSA EM SERGIPE	113
THE JUDICIARY AS AN INSTANCE OF (DES)CONSIDERATION OF THE AFRICAN-DERIVED RELIGIONS: EMBLEMATIC JUDICIAL CASES ON LIBERTY AND RELIGIOUS INTOLERANCE IN SERGIPE	
<i>Ilzver de Matos Oliveira</i>	
<i>Kellen Josephine Muniz de Lima</i>	
<i>João Vítor Pinto Santana</i>	
ESTADO DE COISAS FORA DO LUGAR: UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE A SENTENCIA T-025 E A ADPF 347/DF-MC	133
‘STATE OF AFFAIRS’ OUT OF PLACE: A COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN THE SENTENCIA T-025 AND ADPF 347 / DF-MC	
<i>José Ribas Vieira</i>	
<i>Rafael Bezerra</i>	

RECLUTAMIENTO PARTIDARIO DE ALCALDES EN EL AUTORITARISMO BRASILEÑO: EL CASO DE LOS DESIGNADOS EN ÁREAS DE SEGURIDAD NACIONAL DE RIO GRANDE DO SUL 155
PARTISAN RECRUITMENT OF MAYORS IN BRAZILIAN AUTHORITARIANISM: THE CASE OF DESIGNATED MAYORS OF NATIONAL SECURITY AREAS OF RIO GRANDE DO SUL

Dirceu André Gerardi

ADESÃO À CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS: PROBLEMAS IDENTIFICADOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA AO PROJETO DE ACORDO DA UNIÃO EUROPEIA..... 185
ACCESSION TO THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: PROBLEMS IDENTIFIED BY THE COURT OF JUSTICE TO THE DRAFT AGREEMENT OF THE EUROPEAN UNION

Anair Isabel Schaefer

PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHADOR E AS POLÍTICAS MIGRATÓRIAS 211
PRETECIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJADOR Y LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS

Luis Renato Vedovato

Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis Pedagoga

Alexandre Andrade Sampaio

A INTEGRAÇÃO REGIONAL E OS PROJETOS DE INFRAESTRUTURA NA AMÉRICA DO SUL..... 233
REGIONAL INTEGRATION AND INFRASTRUCTURE PROJECTS IN SOUTH AMERICA

Joaner Campello de Oliveira Júnior

Jamile Bergamaschine Mata Diz

Roberto Correia da Silva Gomes Caldas

O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR INCIDE NA ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO? ALGUMAS CONSIDERAÇÕES A PARTIR DA EXIGÊNCIA DE INTEGRIDADE E COERÊNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO..... 261
DOES THE CONSUMER PROTECTION CODE APPLIES TO NOTARIAL AND REGISTRATION ACTIVITY? SOME CONSIDERATIONS BASED UPON THE DEMAND FOR INTEGRITY AND COHERENCE OF LEGAL ORDER

Beatriz Oquendo Pontes

Eduardo Rocha Dias

CONTROLE POPULAR DA ATIVIDADE MINERÁRIA E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL: LEGITIMIDADE PELO PROCEDIMENTO.....284

POPULAR CONTROL OF MINERARY ACTIVITY AND PUBLIC HEARINGS OF ENVIRONMENTAL LICENSING: LEGITIMACY BY PROCEDURE

*Felipe Magalhães Bambirra
Fernanda Busanello Ferreira*

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL303

DISREGARD OF LEGAL PERSONALITY IN THE BRAZIL'S NEW PROCEDURAL CIVIL CODE

Beclaute Oliveira Silva

A (NÃO) REDUÇÃO DA IDADE DA MAIORIDADE PENAL: UMA QUESTÃO DE RESPONSABILIDADE SOCIAL317

THE (NO) REDUCTION OF THE AGE OF CRIMINAL LIABILITY: A SOCIAL RESPONSIBILITY ISSUE

*Angelita Maria Maders
Rosângela Angelin*

DO ASSÉDIO EXISTENCIAL COMO CAUSA DO DANO EXISTENCIAL E DA REDUÇÃO DO TRABALHO DECENTE DA OIT339

THE EXISTENTIAL HARASSMENT AS CAUSE OF EXISTENTIAL DAMAGE AND REDUCTION OF ILO DECENT WORK

Mara Darcanchy

Normas de Publicação359

Relação de artigos publicados nas edições anteriores.....361

COLABORADORES

CONTRIBUTORS

José Casalta Nabais: Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra, Portugal. Professor associado com agregação na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, onde leciona Direito Administrativo e Fiscal, junto ao Programa de Pós-Graduação.

Fran Espinoza: Politólogo, PhD en Estudios Internacionales e Interculturales (mención internacional) Universidad de Deusto, País Vasco. Investigador postdoctoral en Políticas Públicas de la Universidad Federal del Paraná (Brasil), UFPR. Investigador del Núcleo de Pesquisa em Sociologia Política Brasileira (NUSP/UFPR). Miembro del Observatório de elites políticas e sociais do Brasil, UFPR. Becario CAPES. Miembro de FLACSO (Universidad de Salamanca), España. Correo electrónico: espinoza.fran@gmail.com.

Fernando Sérgio Tenório de Amorim: Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife (PE), com Pós-Doutorado na Université de Montreal, Canadá. Professor na Fundação Educacional Jayme de Altavila (FEJAL)-CESMAC, Maceió (AL).

Werther R. Faria (in memoriam): Doutor em Direito. Foi Diretor-Presidente da Associação Brasileira de Estudos da Integração (ABEI) e Presidente do Conselho Científico do Instituto Eurolatinoamericano de Estudios para la Integración (IELEPI), da *European Community Studies Associations* (ECSA-Brasil) e do CADE.

Elizabeth Accioly Rodrigues da Costa: Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Diplomada em Estudos Europeus pelo Instituto Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (1996). Professora e Coordenadora de Cursos sobre Integração Latino-Americana do Centro de Excelência Jean Monnet, da Faculdade de Direito de Lisboa. Professora do Curso de Mestrado do Centro Universitário UNICURITIBA. Professora da Universidade Europeia de Lisboa. Advogada no Brasil e em Portugal.

Ilzver de Matos Oliveira: Doutor em Direito pela PUCRJ. Mestre em Direito pela UFBA. Professor Pleno do Mestrado em Direito da Universidade Tiradentes, Aracaju (SE). Vice-líder e pesquisador do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Direitos Humanos – UNIT-CNPq. *E-mail*: ilzver@gmail.com.

Kellen Josephine Muniz de Lima: Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Federal de Sergipe. Advogada. Membro da Comissão de Igualdade Racial da OAB-SE. Estudante-pesquisadora do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Direitos Humanos – UNIT-CNPq. *E-mail*: kellen_muniz@yahoo.com.br.

João Vítor Pinto Santana: Pós-graduando em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra/IBCCRIM. Aluno especial do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe – UFS (2016/2). Advogado. *E-mail*: j.victorsantana@hotmail.com.

José Ribas Vieira: Doutor em Direito (UFRJ). Mestre em Ciência Política pela *Ohio University* (EUA). Pós-Doutorado em Direito pela *Univesité Montpellier I – CERTE* (França), com bolsa CAPES. Professor Visitante na *University of Florida* (EUA). Professor Associado da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Professor Associado IV da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Coordenador do Observatório da Justiça Brasileira (OJB/UFRJ). *E-mail*: jribas@puc-rio.br.

Rafael Bezerra: Mestre em Teorias Jurídicas Contemporâneas (UFRJ). Pesquisador do Observatório da Justiça Brasileira (OJB/UFRJ) e Associado à *Latin American Studies Association* (LASA). *E-mail*: rafaelbezerras@gmail.com.

Dirceu André Gerardi: Doutor em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Realizou parte de seu doutoramento na *University of Pittsburgh*, através de estágio sanduíche. É investigador de pós-doutorado em Relações Internacionais com bolsa Docfix Fapergs/Capes. Membro do Centro Brasileiro de Pesquisas em Democracia (CBPD) da PUCRS. *E-mail*: andregerardi3@hotmail.com

Anair Isabel Schaefer: Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pós-Doutoranda em Direito pela Universidade de São Paulo. MBA Executivo em Direito Bancário pela Fundação Getúlio Vargas. Professora da Faculdade Dom Bosco Porto Alegre. *E-mail*: anairschaefer@hotmail.com.

Luiz Renato Vedovato: Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor Doutor da UNICAMP. Professor do Programa de Mestrado da UNIMEP e da Graduação da PUC de Campinas. Consultor da Organização Internacional das Migrações (OIM).

Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis: Mestre e Doutora em Educação. Pedagoga. Jurista. Professora da graduação e da Pós-graduação da Faculdade de Educação da Universidade Estadual de Campinas (FE/UNICAMP). Professora Convidada da Unidad de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho da Universidad de Chile.

Alexandre Andrade Sampaio: Mestre (first class honours) em Direito Internacional dos Direitos Humanos pela Universidade Nacional da Irlanda. Mestre em Direitos Humanos pela *London School of Economics*. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB Campinas. Auxiliou os trabalhos do Grupo de Procedimentos Especiais do Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos em Genebra, Suíça.

Jamile Bergamaschine Mata Diz: Doutora em Direito Comunitário – Universidad de Alcalá – Espanha. Mestre em Instituciones y Políticas de la UE pela UCJC-Madrid. Catedrática Jean Monnet UFMG. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e da Universidade de Itaúna, Minas Gerais. Assessora Jurídica da Secretaria Jurídica do Mercosul (2008-2009). *E-mail:* jmatadiz@yahoo.com.br.

Roberto Correia da Silva Gomes Caldas: Mestre e Doutor em Direito Público pela PUC/SP. Professor do Programa de Mestrado da UNINOVE. Advogado no Brasil e em Portugal. *E-mail:* robertocsgcaldas@uol.com.br.

Joaner Campello de Oliveira Júnior: Mestre em Direito das Relações Internacionais e Direito da Integração pela UDELAR (Uruguai). Especialista em Direito Público e Tributário – AVM Faculdade Integrada. Advogado. *E-mail:* joanercampello@hotmail.com.br.

Beatriz Oquendo Pontes: Mestranda em Direito pela UNIFOR, Fortaleza (CE). Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fortaleza, CE.

Eduardo Rocha Dias: Mestre em Direito. Professor de Direito Previdenciário e de Direito Constitucional da UNIFOR, Fortaleza, CE. Procurador Autárquico do INSS.

Felipe Magalhães Bambirra: Mestre e Doutor em Direito (UFMG). Professor e Pós-Doutorando no PPGIDH (UFG) e das Faculdades ALFA (GO), pesquisa financiada pela Fundação Ford e pela CAPES/FAPEG, e realizada no âmbito Grupo de Pesquisa “Política de regulação das empresas transnacionais por violações aos direitos humanos na América Latina”. *E-mail:* fmbambirra@gmail.com.

Fernanda Busanello Ferreira: Professora e Pós-Doutora pelo PPGIDH (UFG) e Curso de Direito da UFG (Jataí). Doutora em Direito (UFPR); pesquisa financiada pela Fundação Ford e realizada no âmbito Grupo de Pesquisa “Política de regulação das empresas transnacionais por violações aos direitos humanos na América Latina”. *E-mail:* profa.fernanda@gmail.com.

Beclaute Oliveira Silva: Doutor em Direito pela UFPE. Mestre em Direito pela UFAL. Professor Adjunto da FDA/UFAL (Mestrado e Graduação), Maceió (AL). Professor Titular III do CESMAC (Especialização e Graduação). Professor Titular da UNIT (Especialização e Graduação). Membro do IIDP. Membro fundador da ANNEP. Membro da ABDPRO (Delegado para o Nordeste). Membro do IBDP (Secretário Adjunto-AL). Membro do CEAPRO.

Angelita Maria Maders: Doutora em Direito pela Universidade de Osnabrück (Alemanha). Pós-doutora pela Universidade de Santiago do Chile. Mestre em Gestão, Desenvolvimento e Cidadania pela Unijuí. Professora da URI, campus de Santo Ângelo e da UNIJUÍ. Membro do Núcleo de Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa “Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas”, registrado no CNPQq. Defensora Pública do Estado na Comarca de Santo Ângelo/RS. *E-mail*: angmaders@hotmail.com

Rosângela Angelin: Doutora em Direito pela Universidade de Osnabrück (Alemanha). Pós-Doutora pela Faculdades EST, São Leopoldo-RS. Docente do Programa de Pós-Graduação stricto sensu – Mestrado e Doutorado em Direito e da Graduação em Direito da URI, Santo Ângelo-RS. Coordenadora do Projeto de Direitos Humanos e Cidadania em Estados Multiculturais do PPGDireito e do Projeto de Extensão "O lugar das mulheres na Sociedade", vinculados ao Mestrado acima referido. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas”, registrado no CNPq. Integrante do Núcleo de Pesquisa de Gênero da Faculdades EST. Integrante do Projeto Teología y Sexualidad, Salud Reproductiva y Derechos (Teología y SSRD), desenvolvido junto à Faculdades EST e a Pontificia Universidad Javeriana (Colômbia). Integra a Marcha Mundial de Mulheres. *E-mail*: rosangelaangelin@yahoo.com.br.

Mara Darcanchy: Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP, bolsista CNPq e CAPES, com estágio pós-doutoral em Direito Internacional na Itália. Especialista em Didática do Ensino Superior, em Metodologia da Pesquisa e em Direito do Trabalho (USP). Graduada em Direito e em Letras Português/Inglês, com proficiência em espanhol, italiano, francês e latim. Integrante do Grupo de Pesquisa do PPGD do Centro Universitário de Curitiba (UNICURITIBA).

APRESENTAÇÃO

PRESENTATION

É com redobrada satisfação que a revista *Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas* chega ao segundo número de 2016, mantendo sua periodicidade semestral e alicerçada na avaliação dos periódicos jurídicos *Qualis/CAPES/MEC* no estrato B1. Esse reconhecimento aumenta a responsabilidade de alcançar, gradativamente, pelo aprimoramento dos artigos publicados, os segmentos mais elevados dessa classificação. A trajetória encetada, em dezesseis anos, conduziu-nos a esta edição nº 27, que apresenta pesquisas científicas de renomados estudiosos, em âmbito nacional e internacional. Recorde-se que a avaliação dos artigos a serem publicados é procedida pelo sistema *Double Blind Peer Review*, pelo qual autores e avaliadores são desconhecidos entre si.

No artigo “Os Bens Culturais Arqueológicos”, do Prof. Dr. José Casalta Nabais, da Universidade de Coimbra, renomada autoridade no tema, é abordado o regime jurídico especial dos bens culturais arqueológicos, em Portugal, e a evolução da legislação pertinente à matéria.

Por seu turno, o Prof. Dr. Fran Espinoza, da Universidade de Salamanca, Espanha, atualmente realizando estágio pós-doutoral na UFPR, em “El dilema de Bolivia: la élite cruceña”, analisa a correlação de forças entre a elite de Santa Cruz de la Sierra e a nova elite política dirigida pelo Presidente Evo Morales. Verifica-se um cotejo entre a elite econômica do oriente boliviano e a conjuntura política que comanda o país desde 2005.

A seguir, o Prof. Dr. Fernando Sérgio Tenório de Amorim, da FEJAL-CESMAC, de Maceió, estuda a resolução online de litígios (ODR) e seus reflexos no Direito Internacional Privado, e demonstra que a utilização da inteligência artificial na resolução de conflitos e das ferramentas de Dispute System Design (DSD) transbordam as fronteiras jurisdicionais nacionais, exigindo do DIPr uma revisão dos seus paradigmas e das teorias tradicionais de conflitos de leis e de jurisdições.

A Profª Dra. Elizabeth Accioly, da Universidade Europeia de Lisboa, prestando uma homenagem ao saudoso brasileiro, Prof. Dr. Werther Faria, em “As perspectivas do acordo de cooperação UE/Mercosul e do cumprimento da sua meta final”, busca compreender se os objetivos do Acordo, assinado em 1995, poderão ser cumpridos, considerando os novos rumos da comunidade internacional.

Analisando dois casos emblemáticos ocorridos em Sergipe, de intolerância e discriminação com religiões de matriz africana, o Prof. Dr. Ilzver de Matos Oliveira, da Universidade Tiradentes, de Aracaju, e dois pesquisadores de seu Grupo de Pesquisa, questionam se o Judiciário é um agente capaz de apresentar a resposta esperada pelas vítimas dessa intolerância.

Verificando a massiva violação de direitos humanos, no sistema penitenciário brasileiro e no deslocamento interno forçado na Colômbia, o Prof. Dr. José Ribas Vieira e o Mestre Rafael Bezerra, ambos da UFRJ, no artigo “*Estado de coisas* fora do lugar: uma análise comparada entre a *sentencia t-025* e a *Adpf 347*”,

estudam o comportamento do Tribunal Constitucional da Colômbia e do nosso STF, quando da aplicação do “Estado de Coisas Inconstitucional”, apontando aproximações e divergências entre as cartas políticas e os correspondentes desenhos institucionais de ambos os países, com foco nos aspectos relevantes para a concretização dos direitos socioeconômicos.

Em artigo redigido em idioma espanhol, que trata de tema pouco conhecido do período militar brasileiro, o Prof. Dr. Dirceu André Gerardi, da PUC/RS, estuda o recrutamento partidário de prefeitos nomeados nos municípios situados nas chamadas áreas de Segurança Nacional, a maioria dos quais no Rio Grande do Sul, onde havia 29 nessa situação. O autor enriquece seu trabalho com quadros, mapas e entrevistas com vários desses antigos administradores, trazendo dados relevantes, como considerar na escolha pessoas melhor qualificadas, com competência técnica pela profissão – vários eram professores ou veterinários – e experiência em cargos da administração pública ou eletivos.

A Prof^ª Dra. Anair Isabel Schaefer, da Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre, aborda os problemas identificados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia ao projeto de acordo para adesão da União à Convenção Europeia de Direitos Humanos. Para isso, a autora analisa o Parecer 2/13 do TJUE, que verifica a compatibilidade desse Projeto de Adesão com o ordenamento comunitário.

Ocupando-se de tema de ingente atualidade, a proteção internacional do trabalhador e as políticas migratórias, o Prof. Dr. Luis Renato Vedovato, da Universidade de Campinas, que é Consultor da Organização Internacional das Migrações, e dois colegas estudiosos dessa temática, concluem que o combate a situações de trabalho escravo passa pela “garantia de que os indivíduos serão protegidos igualmente, sejam trabalhadores nacionais ou estrangeiros”. Preconizam ser esse o caminho para ampliar direitos aos migrantes e conduzir à proteção do trabalho migrante pelo mundo.

O trabalho seguinte, dos Professores Doutores Jamile Bergamaschine Mata Diz (UFMG) e Roberto da Silva Caldas (Uninove), trata da integração regional e os projetos de infraestrutura na América do Sul. Entendem que os eixos de integração visam estabelecer um novo processo de decisão, com lastro no regionalismo aberto, no diálogo político e na interconexão física, seja energética, de transporte ou de telecomunicações.

Os professores Beatriz Oquendo Pontes e Eduardo Rocha Dias, ambos de Fortaleza (UNIFOR), questionam se o Código de Defesa do Consumidor incide na atividade notarial e de registro. Concluem ser necessária uma uniformização sobre o tema, pois, em não existindo entendimento estável, os tribunais pátrios poderão decidir tanto pela incidência quanto pela não incidência do CDC nas relações entre os notários e tabeliães e os usuários do serviço, ocasionando insegurança jurídica e possíveis injustiças.

Estudando o controle popular da atividade minerária e as audiências públicas de licenciamento ambiental, os Professores doutores Felipe Magalhães Bambirra e Fernanda Busanello Ferreira, de Goiânia (UFG) analisam a legitimidade desse procedimento. Trata-se de resultados parciais de uma pesquisa mais ampla,

desenvolvida em cooperação internacional na América Latina – pela colaboração da Universidade Federal de Goiás no âmbito do Consórcio Latino-Americano de Pós-Graduação em Direitos Humanos – financiada pela Fundação Ford, acerca de empresas e direitos humanos.

O Prof. Dr. Beclaute Oliveira Silva, de Maceió (FDA/UFAL), aborda a desconsideração da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil brasileiro. Traz informações sobre o instituto, aponta eventuais problemas e indica possíveis soluções em tópico importante e sensível para a efetivação da prestação jurisdicional.

A redução da idade da maioridade penal, tão em voga no Brasil, como justificativa para o alarmante índice de criminalidade no País, é analisada, com propriedade, pelas Professoras doutoras Rosângela Angelin e Angelita Maria Maders, da URI, em Santo Ângelo. Pontuam argumentos contrários e favoráveis a essa redução apontados na mídia, e o fazem sob a perspectiva de construção de um debate voltado para a efetividade dos direitos humanos. Apontam para o fato de que reduzir a maioridade penal seria uma forma de *limpeza social* e que o problema não vem sendo enfrentado pela sociedade e pelo Estado com a responsabilidade que a problemática requer.

Por fim, a Prof^a Dra. Mara Darcanchy, de São Paulo, com o artigo “Do assédio existencial como causa do dano existencial e da redução do trabalho decente da OIT”, contribui para o debate contemporâneo sobre o constructo do instituto do assédio existencial como espécie do gênero dano existencial, espécie de dano imaterial que acarreta a impossibilidade de o trabalhador dar prosseguimento ou realizar o seu projeto de vida, ou prejudica a sua vida de relações, demonstrando as respectivas diferenças em quadros comparativos. Aborda também a realidade de algumas atividades distantes das preconizadas pelo trabalho decente da Organização Internacional do Trabalho.

Ao apresentar este número da *Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*, queremos agradecer a todos que colaboraram, direta ou indiretamente, para que este objetivo fosse alcançado. De modo especial, aos autores dos artigos e aos pareceristas, que, com tanto zelo, realizaram a avaliação dos trabalhos propostos.

A todos desejamos uma ótima leitura!

Os editores

DIREITO E JUSTIÇA: Reflexões sociojurídicas

NOVOS DIREITOS

**Revista do Curso de Graduação em Direito
da URI – Campus Santo Ângelo–RS**

Santo Ângelo – RS, ano XVI, n. 27 – Novembro/2016

ISSN 1676-8558

OS BENS CULTURAIS ARQUEOLÓGICOS¹

CULTURAL ARCHAEOLOGICAL HERITAGE

José Casalta Nabais²

Sumário: I. Os bens culturais arqueológicos; II. Evolução da legislação dos bens arqueológicos: 1. O património arqueológico na legislação geral; 2. O património arqueológico na legislação complementar e especial; 3. Em jeito de conclusão sobre a legislação do património arqueológico; III. O regime jurídico dos bens arqueológicos: 1. A especial configuração de alguns princípios em sede dos bens arqueológicos; 2. As reservas arqueológicas e outras providências de natureza preventiva; 3. Os parques arqueológicos e os correspondentes planos de ordenamento; 4. A fiscalização e controlo do património arqueológico; 5. Achados fortuitos e recompensas; IV. Os trabalhos arqueológicos: 1. O conceito e categorias de trabalhos arqueológicos; 2. O procedimento autorizativo e os projectos de investigação plurianual; 3. Relatórios dos trabalhos e publicação dos resultados; 4. O destino dos espólios arqueológicos. Referências.

Resumo: O presente artigo se dedica a expor temas fundamentais do regime jurídico especial dos bens culturais arqueológicos. Inicialmente, examinou-se o conceito de bem cultural arqueológico e a evolução da legislação pertinente a essa temática. Posteriormente, perquiriu-se, especificamente, as características jurídicas dos trabalhos arqueológicos.

Palavras-chave: Bens Culturais Arqueológicos. Regime Jurídico de Bens Arqueológicos. Trabalhos Arqueológicos.

Abstract: This article aims to analyze fundamental themes of the special legal regime for cultural archaeological heritage. First, the concept of cultural archaeological heritage and the evolution of the legislation concerned with this subject were examined. Subsequently, juridical characteristics of the archaeological works were specifically investigated.

Keywords: Cultural Archaeological Heritage. Heritage Legal Regime. Archaeological Works.

Não obstante o carácter um pouco genérico do título deste texto, como facilmente se compreenderá, vamos tratar fundamentalmente do regime jurídico dos bens culturais arqueológicos, que, como é sabido, constitui um regime especial face

¹ Texto elaborado a partir da nossa intervenção no I Curso de Pós-Graduação em Direito do Património Cultural promovido pelo Centro de Investigação em Direito Privado da FDUL, que teve lugar no dia 28 de Abril de 2016, em Lisboa, Portugal.

² Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra, Portugal. Professor associado com agregação na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, onde leciona Direito Administrativo e Fiscal, junto ao Programa de Pós-Graduação.

ao regime jurídico geral dos bens culturais. Para esse efeito, começaremos por dar uma ideia dos bens culturais arqueológicos, passando, depois, à descrição da evolução que foi experimentada pela legislação suporte desse regime, terminando pelo recorte dos aspectos mais importantes desse regime especial, entre os quais destacaremos, como facilmente se compreenderá, o que se reporta aos trabalhos arqueológicos.

I. Os bens culturais arqueológicos

Antes de procedermos a qualquer desenvolvimento, impõe-se que comecemos por dizer do que é que estamos a falar. Ou seja, por outras palavras, exige-se que digamos o que é que se entende por bens culturais arqueológicos ou, numa perspectiva mais de conjunto ou global, o que é o património cultural arqueológico. Expressões estas que podem, de resto, ser substituídas pelas expressões mais abreviadas e mais usuais de bens arqueológicos e de património arqueológico, como acontece, por via de regra, tanto nas leis como na doutrina.³

Pois bem, como será fácil de intuir a qualquer pessoa mesmo não entendida nestas coisas, o património arqueológico constitui um dos sectores ou segmentos do património cultural, e um dos seus sectores ou segmentos mais visíveis e relevantes. Um sector ou segmento que, em virtude das peculiaridades que apresenta, se diferencia tanto face ao património cultural em geral como face aos demais sectores ou segmentos do património cultural, e que, justamente por isso, sempre reclamou e obteve um regime jurídico com algumas especificidades importantes, ou seja, um regime jurídico relativamente especializado.

Por conseguinte, impõe-se que digamos o que se entende por património cultural para depois, dentro dele, procurarmos localizar o mencionado segmento específico constituído pelos bens culturais arqueológicos. Nesta conformidade, podemos dizer que o *património cultural*, frequentemente referido com base em outras expressões não raro bem mais complexas e discutíveis, pode ser definido como consta do nº 1 do art. 2º da actual Lei do Património Cultural (LPC),⁴ que dispõe: «para efeitos da presente lei integram o património cultural todos os bens que, sendo testemunhos com valor civilizacional ou de cultura portadores de interesse cultural relevante, devam ser objecto de especial protecção e valorização».⁵

Deste modo, na perspectiva jurídica, aquela que aqui nos interessa, o património cultural apresenta-se como um regime de protecção e valorização que tem por objecto certos bens que constituem testemunhos com valor civilizacional ou

³ Por isso, ao longo do texto, utilizaremos essas expressões sem ter em consideração quaisquer distinções.

⁴ Lei de Bases da Política e do Regime de Protecção e Valorização do Património Cultural – Lei nº 107/2001, de 8 de Setembro. No que constitui, em rigor, a 5ª lei do património cultural, editada justamente 100 anos após a 1ª constituída pelo Decreto de 30 de Dezembro de 1901, como vamos ver mais adiante.

⁵ Tais como «património histórico e cultural», «património histórico, arqueológico e artístico», «património histórico e artístico», etc. – v. a nossa *Introdução ao Direito do Património Cultural*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 11 e ss.

de cultura portadores de um interesse cultural relevante. Um regime cuja dimensão mais visível podemos afirmar é a que se consubstancia nos conhecidos institutos da inventariação e da classificação dos bens culturais a fim de serem preservados, protegidos e valorizados.

Mas, no quadro de um tal regime jurídico de protecção e valorização,⁶ que se reporta à generalidade dos bens culturais, como denominador jurídico comum a todos eles, encontramos, por seu lado, a referência a vários regimes especiais respeitantes aos diversos sectores ou segmentos de bens culturais, entre os quais se destaca, de modo muito particular, o *património arqueológico*.⁷ Pois bem, este pode ser definido, aliás com base em fórmulas muito idênticas, tanto a partir do que consta da Convenção Europeia para a Protecção do Património Arqueológico⁸ como do que estabelece a legislação nacional, mais especificamente a actual LPC.

Assim, segundo o art. 1º da referida Convenção, o património arqueológico é descrito como o conjunto de vestígios, bens e outros indícios da existência do homem no passado: i) cuja preservação e estudo permitam traçar a história da humanidade e a sua relação com o ambiente; ii) cuja principal fonte de informação seja constituída por escavações ou descobertas e ainda outros métodos de pesquisa relacionados com o homem e o ambiente que o rodeia; e iii) localizados numa área sob a jurisdição das Partes. O que significa, segundo a mesma fonte, que o património arqueológico integra estruturas, construções, agrupamentos arquitectónicos, sítios valorizados, bens móveis e monumentos de outra natureza, bem como o respectivo contexto, quer estejam localizados no solo ou em meio submerso.

Por seu lado, para o legislador nacional, nos termos do art. 74º, nº 1, da LPC, o património arqueológico (que aparece tratado conjuntamente com o património paleontológico) “integra o património arqueológico ou paleontológico todos os vestígios, bens e outros indícios da evolução do planeta, da vida e dos seres humanos: a) cuja preservação e estudo permitam traçar a história da vida e da humanidade e a sua relação com o ambiente; b) cuja principal fonte de informação seja constituída por escavações, prospecções, descobertas ou outros métodos de pesquisa relacionados com o ser humano e o ambiente que o rodeia”. Ainda de acordo com essa lei, o património arqueológico integra depósitos estratificados, estruturas, construções, agrupamentos arquitectónicos, sítios valorizados, bens móveis e monumentos de outra natureza, bem como o respectivo contexto, quer

⁶ Que, a seu modo, já constitui um regime especial face ao regime jurídico pelo qual se rege a generalidade dos bens, que não integram o património cultural.

⁷ Os outros sectores ou segmentos são constituídos pelo património arquivístico, o património áudio-visual, o património bibliográfico, o património fonográfico e o património fotográfico. A que acresce ainda o regime muito particular respeitante aos chamados bens imateriais, o qual foi objecto de desenvolvimento pelo Decreto-Lei nº 139/2009, de 15 de Junho, no seguimento da ratificação por Portugal, em 2008, da Convenção para a Protecção do Património Cultural Imaterial, aprovada no seio da UNESCO em 2003.

⁸ Aprovada em Londres em 1969 e revista em La Valetta em 1992, foi ratificada através do Decreto do Presidente da República nº 74/97, de 16 de Dezembro.

estejam localizados em meio rural ou urbano, no solo, subsolo ou em meio submerso, no mar territorial ou na plataforma continental.⁹

Desta delimitação do âmbito do património arqueológico, pois que de uma delimitação efectivamente se trata e não de uma verdadeira definição, ressaltam imediatamente duas notas que podemos mencionar, com base nas quais é possível detectar o que diferencia os bens arqueológicos da generalidade dos demais bens culturais. De um lado, estamos perante vestígios, bens e outros indícios da evolução do planeta, da vida e dos seres humanos que há que preservar e estudar para traçar a história da vida e da humanidade e a sua relação com o ambiente. O que significa que estamos inequivocamente perante património histórico.

De outro lado, trata-se de bens cuja principal fonte de informação é constituída por escavações, prospecções, descobertas ou outros métodos de pesquisa relacionados com o ser humano e o ambiente que o rodeia. Pelo que o acesso à sua principal fonte de informação repousa em técnicas muito específicas bem diversas das que suportam o acesso aos outros bens culturais.

A que acresce ainda o princípio da opção prioritária pela conservação *in situ* dos bens arqueológicos, um princípio que, embora se encontre expressamente formulado apenas para o património cultural subaquático, deve ser entendido como tendo um alcance mais amplo.¹⁰ Uma ideia que não se projecta, ao menos com esse peso específico, no domínio da protecção e valorização dos demais bens integrantes do património cultural.

Por conseguinte, estamos face a bens culturais cujo destaque dos demais bens culturais assenta simultaneamente no seu carácter histórico e nas específicas técnicas em que se concretiza tanto a sua principal fonte de informação como a sua preservação e valorização. Aspectos que, naturalmente, implicam especificidades no seu regime jurídico que a legislação sobre o património arqueológico não podia deixar de concretizar. E, de facto, assim é: o património arqueológico tem sido sempre objecto de uma disciplina jurídica relativamente diferenciada face à dos demais bens integrantes do património cultural, disciplina que, à semelhança do que ocorre com o património cultural, tem vindo a ser progressivamente concretizada e densificada.

O que tem expressão visível em institutos bem diversos dos que se reportam à generalidade dos bens culturais, como são os relativos à realização de trabalhos arqueológicos, à criação de parques arqueológicos e à elaboração dos correspondentes planos especiais de ordenamento do território ou planos de ordenamento de parque, à constituição de reservas arqueológicas, aos achados arqueológicos e, bem assim, aos instrumentos intimamente ligados a estes achados, os detectores de metais. Ao que devemos acrescentar ainda o específico sector do *património cultural subaquático* em que releva sobretudo um tipo de património

⁹ Sobre a inserção dos bens arqueológicos, se bem que tendo em conta os bens culturais subaquáticos, na tipologia dos bens culturais, v. José Luís Bonifácio Ramos, *O Achamento de Bens Culturais Subaquáticos*, Livraria Petrony, Lisboa, 2008, p. 339 e ss.

¹⁰ Como consta do art. 2º, nº 5, da Convenção para a Protecção do Património Cultural Subaquático, adoptada pela UNESCO em 2001.

cultural arqueológico com diversas particularidades que se prendem com os problemas específicos que o seu regime de protecção e de valorização colocam. Toda uma realidade normativa que também se encontra patente no nosso sistema jurídico de protecção e valorização do património cultural, seja em sede da legislação geral sobre o património cultural, seja em sede de diplomas próprios sobre os bens arqueológicos ou sobre alguns dos seus específicos aspectos.

II. Evolução da legislação dos bens culturais arqueológicos

Como acabamos de referir, os bens arqueológicos vêm sendo objecto de regimes jurídicos relativamente especializados face aos bens culturais em geral. O que tem expressão tanto em sede das leis que contêm o regime geral do património cultural como dos específicos diplomas que, com o crescente desenvolvimento da preocupação com os bens culturais, foram sendo editados. Vejamos, então, cada um desses vectores.

1. O património arqueológico na legislação geral

Quanto ao tratamento dos bens arqueológicos na legislação geral sobre o património cultural, podemos dizer que começou cedo a previsão de uma disciplina jurídica minimamente diferenciada para os bens arqueológicos.

Como prova do que afirmamos, podemos apontar os diversos diplomas legais sobre o património cultural que se foram sucedendo desde que esse domínio começou a ser objecto de preocupação da comunidade jurídica. Assim, logo no primeiro diploma, editado ainda durante o regime monárquico, que veio instituir um regime jurídico de protecção para os bens culturais, o Decreto de 30 de Dezembro de 1901, encontramos normas que se reportam aos bens arqueológicos, como são os preceitos contidos no seu art. 11º, em que são tratados os achados com valor arqueológico e, de algum modo, se enfatiza o reconhecimento e a protecção dos locais arqueológicos. Um preceito legal em relação ao qual, devemos acrescentar, não pode deixar de ser lido em devida articulação com o disposto na Portaria de 10 de Abril, aprovada alguns meses antes nesse mesmo ano, a qual veio regular as escavações, objectos, ruínas e monumentos.

Uma ideia que vai manter-se, a qual tem expressão na lei do património cultural contida no Decreto nº 1 de 26 de Maio de 1911, um dos primeiros diplomas legais do regime republicano.¹¹ Pois, no seu art. 51º, justamente se prevêem as providências a adoptar, designadamente, «quando forem encontrados, em terreno público ou particular, e em virtude de escavações ou quaisquer outros trabalhos,

¹¹ Diploma que tem por epígrafe: «Reorganização dos serviços artísticos e arqueológicos e das Escolas de Belas Artes de Lisboa e Porto».

monumentos, ruínas, inscrições ou objectos que interessam a história, a arqueologia ou a arte».

Uma ideia que, depois, encontramos na lei de protecção do património cultural constante do Decreto nº 20.985, de 7 de Março de 1932. Um diploma legal que constituiu um verdadeiro marco na disciplina jurídica em causa, uma vez que veio estabelecer um regime suficientemente elaborado e articulado para os bens culturais portugueses, o qual, justamente por isso mesmo, acabou por vigorar durante muito tempo, mais precisamente de 1932 até à LPC de 1985,¹² se bem que, em alguns aspectos, que não podem ter-se por totalmente despididos, praticamente até à actual LPC, uma vez que aquela lei, sobretudo por falta de aprovação dos numerosos decretos-lei de desenvolvimento para que remetia e que deviam suportar a sua ambiciosa regulamentação, acabou por ficar, em larga medida, por implementar.¹³

Pois bem, como não podia deixar de ser, este diploma legal aplicava-se também ao património arqueológico. Muito embora nele encontremos muito poucas disposições visando os bens arqueológicos. Com efeito, para além das referências, idênticas às já contempladas nos diplomas anteriores, aos achados com valor arqueológico, com destaque para o reconhecimento dos locais arqueológicos, contidas no seu art. 48º, não contém esse diploma qualquer parte, capítulo ou secção a especificar uma disciplina autónoma visando as especificidades que esse particular domínio dos bens culturais apresenta.¹⁴

O que, a seu modo, bem se compreende, uma vez que esse regime específico do património arqueológico veio a ser objecto de um diploma próprio, editado um mês e poucos dias depois do diploma em referência. Trata-se do Decreto nº 21.117, de 18 de Abril de 1932, apresentado como diploma regulamentar do Capítulo IV do Decreto nº 20.985, no respeitante aos “monumentos arqueológicos”,¹⁵ o qual classificou estes em: i) termas, com estações paleolíticas ou neolíticas, ii) sepulturas da época do bronze, iii) antiguidades visigóticas e muçulmanas. Um diploma que revela bem, logo aquando da instituição de um regime jurídico mais elaborado para o património cultural, a preocupação com uma específica disciplina jurídica do património arqueológico, que se vai manter e reforçar ao longo de toda a evolução legislativa posterior.

A este respeito, é de sublinhar que a disciplina mencionada relativa aos bens arqueológicos, à semelhança do que aconteceu com a respeitante ao património cultural, se vai manter praticamente inalterada durante muito tempo. O que, devemos assinalar, não admira, uma vez que os problemas específicos que os bens arqueológicos foram colocando, como os relativos à realização de trabalhos arqueológicos, à criação de parques arqueológicos e à elaboração dos

¹² A Lei nº 13/85, de 6 de Julho, a que nos vamos referir mais adiante.

¹³ Cf. o nosso texto «Considerações sobre o quadro jurídico do património cultural», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa / Coimbra Editora, 2006, p. 741.

¹⁴ Apesar de o diploma, como resulta do seu preâmbulo, ter por objecto, para além da coordenação dos trabalhos artísticos, “a guarda e conservação do património artístico e arqueológico do País”.

¹⁵ Subordinado à epígrafe “Monumentos nacionais”.

correspondentes planos de ordenamento de parque e à constituição de reservas arqueológicas, foram sendo contemplados progressivamente em legislação complementar, para a qual aquele mencionado diploma legal sempre teve a porta aberta permitindo assim a edição de diplomas específicos para cada um desses aspectos, como vamos ver. Muito embora também devamos assinalar que, desde muito cedo, se começaram a editar diplomas próprios para o património arqueológico relativo a alguns desses aspectos, como o demonstra seja a Portaria de 10 de Abril de 1901, seja depois o Decreto nº 21.117, de 18 de Abril de 1932.

A este respeito, bem podemos dizer que, no concernente ao património arqueológico, se verificou algo idêntico ao que foi ocorrendo em relação ao património cultural: uma progressiva consideração e sofisticação da sua disciplina jurídica. Um desenvolvimento que acompanhou as etapas que ocorreram naquele. Assim, quando foram reconhecidos os *bens de valor concelhio*, no quadro da Lei nº 2.032, de 11 de Junho de 1947, esses bens incluíam também os correspondentes bens arqueológicos. Depois foi o Decreto-Lei nº 416/70, de 20 de Agosto,¹⁶ que veio estabelecer o regime jurídico dos achados no fundo do mar, o que se reporta a um dos mais importantes segmentos do património arqueológico a que, só mais tarde, veio a ser dada a importância que merece, o património cultural subaquático.

Uma disciplina jurídica que, apenas muitos anos mais tarde e depois de decorrida mais de uma década após a Revolução de 25 de Abril, viria a ter continuação na primeira (assim chamada) LPC, a Lei nº 13/85, de 6 de Julho. Efectivamente, encontramos nesta lei um capítulo – o capítulo IV (art.s 36º a 42º) que se reporta ao «regime específico do património arqueológico». Um regime que, para além da afirmação de que os bens arqueológicos constituem *património nacional*,¹⁷ se consubstancia sobretudo na regulamentação da realização dos trabalhos arqueológicos, na disciplina dos achados arqueológicos e nas medidas preventivas a adoptar relativamente a lugares em que se presume a existência de monumentos, conjuntos ou sítios arqueológicos. Disciplina que, a seu modo, foi depois objecto de algum desenvolvimento na lei orgânica do Instituto Português de Arqueologia.¹⁸

Uma compreensão das coisas que veio ter a sua maior elaboração na actual LPC (a Lei de Bases da Política e do Regime de Protecção e Valorização do Património Cultural), em que, ao lado de um *regime geral de protecção* dos bens culturais (Título V – art.s 20º a 69º) e de um *regime geral de valorização* dos bens culturais (Título VI – art.s 70º e 71º), temos diversos *regimes especiais* de protecção e valorização de bens culturais (Título VII – art.s. 72º a 90º), dentro dos quais

¹⁶ O qual veio a ser alterado mais tarde pelo Decreto-Lei nº 577/76, de 21 de Julho.

¹⁷ Expressão que não parece que se reporte especificamente a uma das duas conhecidas categorias da que pode ser designada por propriedade pública: o domínio público eo património público.

¹⁸ Contida no Decreto-Lei nº 117/97, de 14 de Maio. Instituto entretanto extinto e substituído pelo Instituto de Gestão do Património Arquitectónico e Arqueológico - IGESPAR, I.P. - v. a sua lei orgânica, contida no Decreto-Lei nº 96/2007, de 29 de Março. Entretanto o IGESPAR, I.P. foi extinto e as suas competências integradas na Direcção Geral do Património Cultural (DGPC).

encontramos, como primeiro deles todos, o constante do Capítulo II desse Título VII, isto é, o regime especial do património arqueológico (art.s 74º a 79º).¹⁹

Pois bem, esses preceitos têm as seguintes epígrafes: art. 74º (conceito e âmbito do património arqueológico e paleontológico), art. 75º (formas e regime de protecção), art. 76º (deveres especiais das entidades públicas), art. 77º (trabalhos arqueológicos), art. 78º (notificação de achado arqueológico), art. 79º (ordenamento do território e obras). Um conjunto de normas que, muito embora não seja muito diverso do que constava da LPC de 1985, é significativamente maior e bem mais desenvolvido do que as poucas normas contidas nos referidos diplomas de 1901, 1911 e 1932.

De facto, começam tais preceitos por nos proporcionar o conceito e delimitar o âmbito do património arqueológico, considerando património nacional os bens provenientes da realização de trabalhos arqueológicos e definindo o que deve entender-se por parque arqueológico enquanto unidade territorial base de protecção do património arqueológico. Depois, estabelece as formas de protecção dos bens arqueológicos, em que temos uma forma de natureza preventiva temporária e urgente constituída pelo estabelecimento de reservas arqueológicas de protecção como suporte da execução de trabalhos de emergência a fim de determinar o interesse de lugares em que se presume a existência de vestígios, bens ou outros indícios arqueológicos.

2. O património arqueológico na legislação complementar e especial

Por seu lado, no respeitante a diplomas legais complementares ou especiais, podemos dizer que os primeiros se reportam aos já mencionados institutos em que assenta o regime específico do património arqueológico, a saber: trabalhos arqueológicos, parques arqueológicos e correspondentes planos de parque arqueológico, achados arqueológicos e detectores de metais. Por seu turno, os segundos têm como expressão paradigmática o regime do património cultural subaquático, em que os correspondentes bens arqueológicos colocam problemas especiais relativamente mesmo à generalidade do património arqueológico. O que impõe ao menos uma alusão à disciplina jurídica concretizada nesses diplomas complementares e especiais.

¹⁹ Preceitos estes que, tirando uma estruturação mais adequada e alguns desenvolvimentos, correspondem aos referidos art.s 36º a 42º da LPC de 1985. Refira-se, a título de informação, que a LPC de 2001 foi, em 2009, objecto de quatro importantes diplomas legais de desenvolvimento: três de 15 de Junho – os Decretos-Lei nº 138/2009, que criou o *Fundo de Salvaguarda do Património Cultural*, 139/2009, que estabeleceu o *regime jurídico do património cultural imaterial*, e 140/2009, que estabeleceu o *regime jurídico dos estudos, projectos, relatórios, obras ou intervenções sobre bens culturais classificados, ou em vias de classificação, de interesse nacional, de interesse público ou de interesse municipal*; e um de 23 de Outubro – o Decreto-Lei nº 309/2009, que estabeleceu o *procedimento de classificação dos bens imóveis de interesse cultural, bem como o regime jurídico das zonas de protecção e do plano de pormenor de salvaguarda*.

Assim e relativamente aos diplomas complementares temos, em primeiro lugar, o relativo aos *trabalhos arqueológicos*, os quais, em rigor, foram objecto de uma disciplina específica desde o surgimento da disciplina jurídica para os bens culturais. O que teve expressão logo no quadro da disciplina constante do primeiro diploma legal que veio estabelecer uma disciplina jurídica própria para os bens culturais, o referido Decreto de 1901, pois que, não obstante este diploma não deixar de contemplar também os bens arqueológicos, viu surgir, ainda antes da sua aprovação, uma específica regulação para os trabalhos arqueológicos na já referida Portaria de 10 de Abril desse mesmo ano, na qual se encontravam reguladas as escavações, objectos, ruínas e monumentos. No que constitui a primeira manifestação da existência de uma disciplina específica para os trabalhos arqueológicos que vai constituir uma constante que marcará o regime jurídico do património arqueológico.

Não admira, por isso, que essa disciplina tenha tido continuação no já mencionado Decreto nº 21.117, de 18 de Abril de 1932, apresentado como diploma regulamentar do Capítulo IV do Decreto nº 20.985, no respeitante aos “monumentos arqueológicos”, o qual classificou estes, como já referimos, em: i) termas, com estações paleolíticas ou neolíticas, ii) sepulturas da época do bronze, iii) antiguidades visigóticas e muçulmanas. Pois bem, nesse diploma encontramos uma específica regulação desse importante instituto ligado aos bens arqueológicos concretizado na realização dos trabalhos arqueológicos. O que, depois, constou da Portaria nº 269/78, de 12 de Maio²⁰ e, anos mais tarde, do Decreto-Lei nº 270/99, de 15 de Julho.²¹ Presentemente, porém, a disciplina jurídica dos trabalhos arqueológicos, cuja base jurídica geral se encontra no art. 77º da LPC, consta do Decreto-Lei nº 164/2014, de 4 de Novembro, da qual cuidaremos mais adiante.

Por seu lado, no respeitante aos *parques arqueológicos* e aos correspondentes planos de ordenamento, os *planos de ordenamento de parque arqueológico*, também estes instrumentos de protecção e valorização dos bens arqueológicos se erigiram em objecto de uma disciplina própria – a constante do Decreto-Lei nº 131/2002, de 11 de Maio. Um diploma legal que, tendo por pano de fundo a necessidade de estabelecer um quadro específico para a protecção e valorização do conjunto de gravuras rupestres descobertas no Vale do Côa, veio desenvolver as disposições contidas nos art.s 74º, nº 4, e 75º, nºs 7 e 8, da LPC, regulando a criação e gestão dos parques arqueológicos.²²

Disciplina que, devemos sublinhar, até ao presente, não foi em rigor objecto de concretização, mesmo em relação ao mencionado conjunto de gravuras rupestres do Vale do Côa, o qual, como referimos, constituiu a causa próxima da consagração desse instituto de protecção e valorização do património arqueológico. Pois o único

²⁰ Cujo art. 12º foi objecto de alteração posterior pela Portaria nº 195/79, de 24 de Abril.

²¹ Que foi objecto de alteração pelo Decreto-Lei nº 287/2000, de 3 de Maio.

²² Sendo certo que, enquanto não foi elaborada essa disciplina própria, na actual LPC e em execução dela no referido Decreto-Lei nº 131/2002, foram as gravuras do Vale do Côa objecto de específicas medidas preventivas de protecção através do Decreto-Lei nº 50/99, de 16 de Fevereiro, que suspendeu, por um prazo de dois anos, os planos directores municipais dos quatro municípios (Vila Nova de Foz Côa, Pinhel, Figueira de Castelo Rodrigo e Meda) pelos quais se espalha o conjunto de gravuras, tendo aquele prazo sido prorrogado por mais seis meses pelo Decreto-Lei nº 95/2001, de 8 de Setembro.

plano de parque arqueológico que havia sido criado foi o plano do parque arqueológico subaquático de Angra, nos Açores,²³ o qual tem por base legal mais a lei do património cultural subaquático do que a LPC.²⁴

Diploma próprio também têm tido os *achados arqueológicos*, se bem que em execução e desenvolvimento do diploma legal que contém o regime do património cultural subaquático. O que, tendo começado por constar da legislação geral do património cultural, veio, mais tarde, a ser objecto de diplomas próprios, como sucedeu com a Portaria nº 51/98, de 4 de Fevereiro, que, em cumprimento do disposto no art. 17º, nº 2, do Decreto-Lei nº 164/97, de 27 de Junho,²⁵ diploma que contém o regime especial do património cultural subaquático, veio estabelecer uma recompensa para os achadores fortuitos que localizem contextos arqueológicos coerentes e delimitados de valor cultural confirmados pelos serviços competentes da DGPC.

Uma matéria especialmente ligada aos achados arqueológicos, sejam estes procurados em terra ou meio subaquático, que veio a ser objecto de disciplina jurídica, é a que se reporta aos *detectores de metais*, cuja disciplina consta da Lei nº 121/99, de 20 de Agosto. Pois bem, a utilização de detectores de metais, meios instrumentais que, actualmente, conhecem uma variedade e sofisticação cada vez maior, porque, pela sua própria natureza, se revelam particularmente aptos a contribuir para a delapidação do património arqueológico, encontra-se fortemente limitada, concretizando-se essa limitação no facto de a mesma estar sujeita à obtenção de uma licença.

Já quanto às *reservas arqueológicas de protecção*, como medidas preventivas de protecção e salvaguarda dos bens arqueológicos, que devem ser adoptadas enquanto para estes não tenham sido estabelecidos parques arqueológicos devidamente suportados nos correspondentes planos de ordenamento de parque arqueológico, encontram-se as mesmas previstas e inteiramente reguladas na LPC, mais precisamente nos nºs 2 e 3 do seu art. 75º. Artigo em que, de resto, se prevêem a adopção de outros tipos de providências limitativas da modificação do uso, transformação e remoção de solos e de qualquer actividade de edificação.

Objecto de legislação verdadeiramente especial é, em contrapartida, a relativa ao *património cultural subaquático* que, atentas as suas especificidades, desde há muito se reconhecia dever o mesmo ser objecto de um regime específico face ao demais bens arqueológicos, como aconteceu entre nós, primeiramente com o Decreto-Lei nº 416/70, de 20 de Agosto, depois com o Decreto-Lei nº 298/93, de 21 de Agosto, e, mais tarde com o referido Decreto-Lei nº 164/97, de 27 de Junho, em execução do qual foi editada a mencionada Portaria nº 51/98, que contém a tabela de recompensas a conceder aos achadores fortuitos. Uma disciplina jurídica que,

²³ Criado pelo Decreto Regulamentar Regional nº 20/2005/A, de 12 de Outubro.

²⁴ Pois a sua base próxima, o Decreto Legislativo Regional nº 27/2004/A, de 24 de Agosto, que contém o quadro normativo da gestão do património arqueológico da Região Autónoma dos Açores (procedendo assim à regulamentação da Lei nº 19/2000, de 10 de Agosto, nesta Região Autónoma), reporta-se sobretudo à lei do património cultural subaquático – o Decreto-Lei nº 164/97, de 24 de Junho.

²⁵ Que sucedeu ao Decreto-Lei nº 298/93, de 21 de Agosto, o qual, por seu turno, sucedeu ao já referido Decreto-Lei nº 416/70, de 20 de Agosto.

devemos acrescentar, a partir de 2006, passou a ter um importante suporte internacional – a já referida Convenção para a Protecção do Património Cultural Subaquático, adoptada pela UNESCO em 2001, a qual veio a ser ratificada por Portugal em 2006,²⁶ tendo entrado em vigor no ano de 2008.²⁷

O que, em rigor, nos revela uma disciplina jurídica dos bens culturais subaquáticos fortemente especializada que não opera apenas face aos bens que integram o património arqueológico. Daí que uma tal legislação acabe por consubstanciar mais um sector especializado do direito do património cultural do que um sector do direito do património arqueológico, como é evidenciado, de modo superlativo, pela mencionada convenção da UNESCO.

3. Em jeito de conclusão sobre a legislação do património arqueológico

Por quanto vimos de dizer podemos concluir que a legislação que disciplina o património arqueológico foi objecto de um significativo desenvolvimento no decurso do último século. Pois, muito embora desde o início tenha sido perspectivada como uma disciplina relativamente especializada face à dos demais bens que integram o multifacetado património cultural, o certo é que, como vimos, começou por se reconduzir a alguns poucos preceitos da lei que regulava os bens culturais em geral, e a um diploma que, em desenvolvimento e execução desses preceitos, veio organizar as escavações arqueológicas.

Um quadro normativo que se alterou visivelmente com o andar dos tempos. Efectivamente, o quadro normativo dos bens arqueológicos, de que hoje dispomos, é bem mais extenso, rico e sofisticado. Uma ideia que se encontra razoavelmente espelhada nos diversos diplomas normativos que, presentemente, constituem a disciplina jurídica do património arqueológico, em que temos: 1) de um lado, os art.s 74º a 79º da LPC; 2) de outro lado, os diplomas complementares relativos a trabalhos arqueológicos, parques arqueológicos e planos de ordenamento de parque arqueológico, achados arqueológicos e utilização de detectores de metais; 3) em terceiro lugar, o diploma que, de um lado, disciplinando os estudos, projectos, relatórios, obras ou intervenções sobre bens culturais classificados, ou em vias de classificação, de interesse nacional, de interesse público ou de interesse municipal, e, de outro lado, estabelecendo o regime da classificação dos bens móveis culturais, se aplicam também aos bens arqueológicos; 4) por fim, a legislação especial sobre o património cultural subaquático, a qual, como vimos, porque consubstancia uma disciplina especializada, se apresenta mais como um sector especializado do património cultural do que propriamente do património arqueológico.

Muito embora isto não signifique que a disciplina dos bens arqueológicos não se aplique também aos bens culturais subaquáticos se e na medida em que não haja uma disciplina especial destes face à disciplina geral daqueles, como o

²⁶ Adoptada pela UNESCO em Outubro de 2001 e ratificada por Portugal em 2006 (v. o Decreto do Presidente da República nº 65/2006, de 18 de Julho).

²⁷ Quando se verificou a 20ª ratificação, como é exigido no seu artigo 27º.

demonstra, por exemplo, a aplicação do Regulamento dos Trabalhos Arqueológicos aos bens culturais subaquáticos. Significa antes que a mencionada especialização opera também, em alguma medida, face ao regime geral dos bens culturais.

O que, olhando para a legislação do património arqueológico e sua evolução, verificamos que estamos perante um quadro normativo que se nos afigura razoavelmente desenvolvido e consolidado de modo a proporcionar uma adequada protecção e valorização do património arqueológico sem incorrer em fundamentalismos ou banalizações. Por isso, é bom que, relativamente a um tal quadro, não se insista, como é tão frequente entre nós, em discursos superlativos que privilegiam, sobretudo, a produção quantitativa de normas jurídicas, a qual, atento o excesso de carga e as concomitantes disfunções que normalmente acarreta ao sistema, conduz quase sempre a resultados fundamentalmente opostos aos que, aparentemente, eram almejados.

III. O regime jurídico dos bens culturais arqueológicos

Como referimos, o que faz com que os bens arqueológicos se destaquem dos demais bens culturais prende-se com o seu regime jurídico especial cujos traços mais importantes se impõe recortar, os quais encontram as suas especificidades reguladas nos art. 74.º a 79.º da LPC e na legislação complementar dentro da qual se destaca, pela sua importância, a relativa aos trabalhos arqueológicos, que como vimos foi sempre um traço que marcou a relativa diferenciação do património arqueológico face ao património cultural em geral.

Assim, importa aludir às diversas especificidades do regime dos bens arqueológicos, entre as quais são de mencionar: alguns princípios, que embora gerais, relativos portanto à generalidade dos bens culturais, assumem especial configuração no domínio do património arqueológico, como os princípios de uma acentuada tutela pública com expressão na titularidade pública dos bens arqueológicos, da prioridade pela conservação traduzido na conservação *in situ* e pelo registo científico dos bens arqueológicos, da especial colaboração dos particulares e do relevo da contratualização; as medidas de natureza preventiva constituídas pelas reservas arqueológicas e outras medidas com idêntico objectivo; os parques arqueológicos e os correspondentes planos especiais de ordenamento do território; os trabalhos arqueológicos; a fiscalização e controlo dos detectores de metais e de outros instrumentos de detecção ou utilizados em processos destinados à investigação arqueológica; e o regime dos achados fortuitos e recompensas. Uma palavra sobre cada um destes aspectos com a excepção dos trabalhos arqueológicos que, dada a sua importância para o regime dos bens arqueológicos, serão objecto de tratamento autónomo no ponto IV.

1. A especial configuração de alguns princípios em sede dos bens arqueológicos

Pois bem, as especificidades dos bens culturais arqueológicos reportam-se, desde logo, a alguns princípios gerais do património cultural, sendo de assinalar que alguns deles têm neste domínio especial incidência que deve se referida. É o que acontece com os princípios de uma acentuada tutela pública com expressão na titularidade pública dos bens arqueológicos, do objectivo mais virado para a conservação traduzido na prioridade da conservação *in situ* e pelo registo científico dos bens arqueológicos, de uma colaboração reforçada com os particulares e da visível importância dada à contratualização.

Como é sabido, nos termos dos arts 78º da Constituição e 1º, 3º, 11º, 12º, nº 2, 70º e 71º da LPC, o princípio da tutela pública diz respeito a entidades que desempenhem ou tenham a seu cargo funções públicas, isto é, a entidades que, sejam pessoas colectivas públicas ou de direito privado, prossigam tais funções através de uma actividade pública. Daí que todo o vasto conjunto de obrigações decorrentes desse princípio, as quais, segundo o nº 3 do art. 3º da LPC, se traduzem no conhecimento, estudo, protecção, valorização e divulgação do património cultural, os tenha por destinatários.²⁸

Em sede do património arqueológico, esta tutela pública apresenta-se reforçada. O que tem manifestações como a traduzida na titularidade pública dos bens arqueológicos, pois nos temos do nº 3 do art. 74º da LPC,²⁹ «[o]s bens provenientes da realização de trabalhos arqueológicos constituem património nacional, competindo ao Estado e às Regiões Autónomas proceder ao seu arquivo, conservação, gestão, valorização e divulgação através dos organismos vocacionados para o efeito, nos termos da lei».³⁰ É de assinalar aqui que a expressão património nacional deve ter, em nossa opinião, o mesmo sentido da expressão propriedade do Estado constante do art. 2º do Decreto-Lei nº 164/97, de 27 de Junho, para os bens arqueológicos subaquáticos sem dono conhecido.³¹

A lei não nos diz o que deve entender-se por património nacional, sendo esta uma categoria totalmente desconhecida da classificação dos bens do ponto de vista da sua titularidade pública, em que temos bens do domínio público e bens do

²⁸ V., quanto a este princípio, o nosso estudo «Reflexões sobre os princípios gerais do direito do património cultural», *RevCEDOUA*, nº 32, 2/2013, p. 20.

²⁹ O que é reafirmado no nº 1 do art. 18º do actual Regulamento de Trabalhos Arqueológicos (RTA), aprovado pelo Decreto-Lei nº 164/2014, de 4 de Novembro, em que se prescreve: «[o] espólio proveniente de trabalhos arqueológicos é, nos termos da Lei n.º 107/2001, de 8 de Setembro, considerado património nacional».

³⁰ Uma titularidade pública que não deixa de ter expressão na própria Convenção Europeia para a Protecção do Património Arqueológico, em que no seu art. 4º, alínea *i*), se dispõe que os Estados se comprometem a desenvolver medidas que visem a protecção física do património arqueológico, prevenindo, a aquisição pelas entidades públicas de espaços destinados à criação de áreas de reserva arqueológica.

³¹ O que integra uma categoria bastante ampla, porquanto, nos temos do nº 2 do mencionada artigo, «[e]quiparam-se a bens sem proprietário conhecido os que não forem recuperados pelo proprietário dentro do prazo de cinco anos a contar da data em que os perdeu, abandonou ou deles se separou de qualquer modo».

domínio privado do Estado e demais entidades públicas. É certo que, em sede dos bens públicos, há a expressão património público, que pode ter-se por relativamente parecida com a de património nacional, a qual se reporta aos bens do domínio privado do Estado e demais entidades públicas.³²

Tendo em conta, porém, o recorte mais publicístico do regime do património arqueológico, propendemos para considerar que o regime desses bens não pode ser simplesmente o dos bens do domínio privado do Estado ou das regiões autónomas. Ou seja, a sua consideração como património nacional terá o significado de os integrar num regime do domínio público ou próximo deste regime, de modo a ter em devida conta o carácter funcional de todos os bens públicos, de toda a propriedade de natureza pública.³³ Um regime que comporte, todavia, suficiente abertura para esses bens poderem passar com relativa facilidade a bens do domínio privado, designadamente para efeitos de poderem ser alienados a privados, designadamente em casos de abundância de bens descobertos em trabalhos arqueológicos que aconselhem esse tipo de solução.³⁴ Um entendimento das coisas que, a nosso ver, não obsta a que o regime dos bens arqueológicos possa ser mais publicístico ou mais privatístico, traduzindo-se este numa maior abertura à intervenção dos privados e ao comércio dos bens culturais, como o demonstra inequivocamente, se bem que relativamente aos bens arqueológicos subaquáticos, a sucessão dos referidos Decreto-lei nº 289/93 e Decreto-Lei nº 164/97, a que a posterior Convenção da UNESCO sobre a Protecção do Património Cultural Subaquático não obsta.³⁵

Uma ideia que, a seu modo, não deixa de estar patente nos deveres especiais que impendem sobre as entidades públicas constantes do art. 76º da LPC, em que temos os deveres do Estado e das regiões autónomas, de um lado, e deveres da Administração Pública competente para licenciar e autorizar operações urbanísticas.

Quanto aos deveres do Estado e das regiões autónomas, dispõem os nºs 1 e 2 daquele preceito legal: «1. Constituem particulares deveres do Estado, sem prejuízo do disposto nos estatutos das Regiões Autónomas: a) criar, manter e actualizar o inventário nacional georreferenciado do património arqueológico imóvel; b) articular o cadastro da propriedade com o inventário nacional georreferenciado do património arqueológico; c) estabelecer a disciplina e a fiscalização da actividade de arqueólogo; 2. Constitui particular dever do Estado e das Regiões Autónomas aprovar os planos anuais de trabalhos arqueológicos».

³² Sobre o domínio público e o seu regime jurídico, v., por todos, Ana Raquel Gonçalves Moniz, *O Domínio Público. O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*, Almedina, 2005.

³³ V. a respeito da titularidade da propriedade pública, o nosso estudo «Alguns perfis da propriedade colectiva nos países do *civil law*», em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, 2002, p. 244 e ss.

³⁴ Uma solução que se compagina com a importância atribuída aos princípios da colaboração e da contratualização com os privados a que vamos referir-nos de seguida.

³⁵ Para uma visão mais privatística dos bens arqueológicos subaquáticos, ancorada, de resto, na concepção de uma aquisição originária dos achados subaquáticos, v. José Luís Bonifácio Ramos, *O Achamento de Bens Culturais Subaquáticos*, cit., esp. p.433 e ss.

Por seu lado, relativamente os deveres da Administração Pública competente para licenciar e autorizar operações urbanísticas, prescreve o nº 3 desse mesmo preceito: «3. constituem particulares deveres da Administração Pública competente no domínio do licenciamento e autorização de operações urbanísticas: a) certificar-se de que os trabalhos por si autorizados, que envolvam transformação de solos, revolvimento ou remoção de terreno no solo, subsolo ou nos meios subaquáticos, bem como a demolição ou modificação de construções, estão em conformidade com a legislação sobre a salvaguarda do património arqueológico; b) dotar-se de meios humanos e técnicos necessários no domínio da arqueologia ou recorrer a eles sempre que necessário».

De certo modo, no sentido de uma mais acentuada tutela pública vai também a circunstância de os bens arqueológicos, ao contrário dos bens culturais em geral, não serem de titularidade municipal, mas apenas do Estado ou das regiões autónomas.

No respeitante ao objectivo dirigido mais para a conservação dos bens arqueológicos temos duas importantes manifestações. Uma é a concretizada na opção prioritária pela conservação desses bens no seu local de origem ou *in situ*, um princípio que se encontra expressamente formulado nas convenções internacionais de que Portugal é parte – a Convenção de Londres sobre a Protecção do Património Arqueológico da Europa, e a Convenção da UNESCO sobre a Protecção do Património Cultural Subaquático.³⁶ Convenções que o nosso direito interno não pode deixar de respeitar como decorre da superioridade atribuída ao direito internacional sufragada pelos nºs 1 e 2 do art. 8º da Constituição Portuguesa.

A outra manifestação materializa-se na conservação pelo registo científico como consta do nº 1 do art. 75º da LPC, segundo o qual, «[a]os bens arqueológicos será desde logo aplicável, nos termos da lei, o princípio da conservação pelo registo científico». Um objectivo de conservação a que não deixa de estar associada a visível abertura para o estabelecimento de reservas arqueológicas, zonas especiais de protecção e outros tipos de providências restritivas da actividade dos particulares proprietários ou titulares de outros direitos reais sobre os solos onde se saiba ou fundamentamente se presuma haver testemunhos arqueológicos.

Quanto à especial colaboração dos privados, sejam pessoas singulares ou pessoas colectivas, no domínio da protecção do património arqueológico, também temos importantes expressões em que a imposição, como verdadeiro ónus, do financiamento de operações de protecção dos bens arqueológicos é particularmente visível. Pois, de um lado, nos termos do nº 5 do art. 75º da LPC, desde que os bens arqueológicos não estejam classificados, ou em vias de o serem, poderão os particulares interessados promover, total ou parcialmente, a expensas suas, nos termos da lei, os trabalhos arqueológicos de cuja conclusão dependa a cessação das limitações decorrentes da constituição de reserva arqueológica ou de outras providências limitativas dos seus direitos relativos ao solo.

³⁶ V. o art. 4º, alínea *ii*), da Convenção de Londres, que estabelece a obrigação para os Estados de «[a] conservação e a manutenção do património arqueológico, de preferência no seu local de origem», e o § 6 do Preâmbulo e o nº 10 do art. 2º da Convenção da UNESCO, que disciplina o acesso responsável e não intrusivo do público ao património cultural subaquático *in situ* para fins de observação e documentação.

No mesmo sentido, de outro lado, dispõem os nºs 3 e 4 do art. 79º da LPC, em que os promotores de obras têm de arcar com os custos das operações de arqueologia preventiva e de salvamento tornadas necessárias pela realização dos seus projectos, e os promotores de grandes empreendimentos (que envolvam significativa transformação da topografia ou paisagem, bem como do leito ou subsolo de águas interiores ou territoriais) deverão financiar integralmente quaisquer intervenções arqueológicas necessárias a esses empreendimentos.

Expressão do princípio da colaboração é igualmente a imposição de notificação de achado arqueológico constante do art. 78º da LPC, nos termos do qual «[q]uem encontrar, em terreno público ou particular, ou em meio submerso, quaisquer testemunhos arqueológicos fica obrigado a dar conhecimento do achado no prazo de quarenta e oito horas à administração do património cultural competente ou à autoridade policial, que assegurará a guarda desses testemunhos e de imediato informará aquela, a fim de serem tomadas as providências convenientes». Se bem que, quando os bens arqueológicos encontrados forem bens móveis com valor comercial, a sua descoberta confira ao achador o direito a uma recompensa. O que não deixa de ser uma manifestação de uma colaboração a seu modo promovida ou incentivada.

Finalmente, também o princípio da contratualização, com consagração geral e em termos incisivos no art. 4º procede no art. 2º da LPC e que nós tendemos a considerá-lo como um subprincípio do princípio da cooperação em sentido amplo,³⁷ tem especial expressão no domínio da protecção do património arqueológico, dada a sua particular incidência no respeitante aos trabalhos arqueológicos. O que se encontra bem visível no facto de, nas definições que o RTA contém no seu art. 2º, uma delas ser a relativa a “entidade contratante”, que é «qualquer pessoa, singular ou colectiva, de natureza pública ou privada, que por sua iniciativa ou por imposição legal promova a realização de trabalhos arqueológicos», e outra a relativa à “entidade enquadrante”, que é definida como «qualquer pessoa singular ou colectiva, responsável pela logística, organização e segurança dos trabalhos arqueológicos».

Duas entidades intervenientes nos trabalhos arqueológicos que, como se diz no preâmbulo do Decreto-Lei nº 164/2014, que aprovou o RTA, foi preciso reconhecer em virtude da generalização da aplicação dos princípios da arqueologia preventiva decorrente da Convenção Europeia para a Protecção do Património Arqueológico, o que teve como consequência um extraordinário aumento da actividade arqueológica desenvolvida sob contrato e o surgimento de empresas dedicadas à realização de trabalhos arqueológicos, podendo dizer-se que os trabalhos arqueológicos assentam basicamente na contratualização. E, se é verdade que esta constitui hoje um fenómeno, que vem assumindo um relevo crescente em muitos domínios da actuação pública, no que aos trabalhos arqueológicos apresenta ela revela-se decisiva. Uma convocação do contrato que neste domínio, dada a sua natureza, não parece levantar problemas de maior, diversamente do que pode acontecer noutros domínios, designadamente naqueles em que a crescente “fuga” da

³⁷ V. o nosso estudo «Reflexões sobre os princípios gerais do direito do património cultural», *ob.cit.*, p. 23 e s.

lei geral e abstracta para o contrato pode significar a reposição, sob a aparente paridade formal do instrumento contratual, de velhos institutos de privilégio próprios do Estado pré-moderno. Institutos suportados agora na estrutural desigualdade material verificada à partida das pretensas “partes contratuais”.³⁸

2. As reservas arqueológicas e outras providências de natureza preventiva

Outro aspecto do regime especial do património arqueológico é o que se prende com a possibilidade de constituição de reservas arqueológicas e a adopção de outras providências de natureza preventiva, como consta dos nºs 2 e 4 do art. 75º da LPC. Pois bem, segundo o disposto naquele primeiro preceito, «[e]m qualquer lugar onde se presuma a existência de vestígios, bens ou outros indícios arqueológicos, poderá ser estabelecido com carácter preventivo e temporário, pelo órgão da administração do património cultural competente, uma reserva arqueológica de protecção, por forma a garantir-se a execução de trabalhos de emergência, com vista a determinar o seu interesse».

Por seu turno, em conformidade com o que prescreve o segundo dos preceitos mencionados, «[a] legislação de desenvolvimento poderá também estabelecer outros tipos de providências limitativas da modificação do uso, da transformação e da remoção de solos ou de qualquer actividade de edificação sobre os mesmos, até que possam ser estudados dentro de prazos máximos os testemunhos que se saiba ou fundamentadamente se presuma ali existirem». Uma legislação que, todavia, ao que nos é dado saber, não foi editada.

É de assinalar que estamos perante preceitos legais que vieram dar cumprimento ao compromisso assumido pelo Estado Português enquanto parte da Convenção Europeia para a Protecção do Património Arqueológico, pois esta dispõe no seu art. 2º, alínea *ii*), que os Estados se comprometem a desenvolver, mediante modalidades adequadas a cada Estado, um regime legal de protecção do património cultural que preveja a criação de reservas arqueológicas, mesmo em locais onde os vestígios existentes no solo ou submersos não sejam visíveis, com o objectivo de preservar testemunhos materiais objecto de estudo das gerações futuras.

Uma disposição a que se encontra intimamente associada uma outra, a que já fizemos referência, constante do art. 4º, alínea *i*), em que se dispõe que os Estados se comprometem a desenvolver medidas que visem a protecção física do património arqueológico, prevendo, a aquisição pelas entidades públicas de espaços destinados à criação de áreas de reserva arqueológica. Aquisição esta que pode, no limite, passar pela expropriação por utilidade pública dos referidos espaços.

Naturalmente que estas medidas, porque por via de regra afectarão os direitos, liberdades e garantias fundamentais dos titulares dos solos, designadamente o direito de propriedade, hão-de pautar-se pelo estrito respeito dos requisitos

³⁸ O que, em termos estritamente materiais, não deixará de se assemelhar, a seu modo, do que constituiu o quadro estamental da Idade Média.

jurídico-constitucionais relativos às leis restritivas de tais direitos, que constam dos n.ºs 2 e 3 do art. 18.º da Constituição. O que implica que essas restrições, para além de respeitarem o conteúdo essencial de cada direito afectado pelas medidas em referência, devem observar o princípio da proporcionalidade superando com êxito os três bem conhecidos testes em que a aplicação de um tal princípio constitucional se desdobra.³⁹

Sendo de sublinhar, por conseguinte, a este respeito, que a legislação de desenvolvimento que venha a estabelecer outros tipos de providências limitativas da modificação do uso, da transformação e da remoção de solos ou de qualquer actividade de edificação sobre os mesmos, justamente porque é legislação de desenvolvimento, ou seja, legislação que materialmente contém uma regulamentação complementar, não possa conter restrições aos direitos fundamentais do titular dos solos sob pena de violação directa da reserva legislativa parlamentar contida no n.º 3 do art. 18.º e na alínea b) do n.º 1 do art. 165.º da Constituição.⁴⁰

3. Os parques arqueológicos e os correspondentes planos de ordenamento

Um dos aspectos mais relevantes e específicos do regime jurídico dos bens arqueológicos é o relativo à constituição de parques arqueológicos e à elaboração dos correspondentes planos especiais de ordenamento do território ou planos de parque arqueológico, como prescrevem, respectivamente, o n.º 2 e os n.ºs 7 e 8 do art. 75.º da LPC.

Como já referimos, a disciplina relativa aos parques arqueológicos e correspondente planeamento consta do Decreto-Lei n.º 131/2002, que teve por pano de fundo a necessidade de estabelecer um quadro específico para a protecção e valorização do conjunto de gravuras rupestres descobertas no Vale do Côa, o qual veio desenvolver as disposições contidas nos arts. 74.º, n.º 4, e 75.º, n.ºs 7 e 8, da LPC, que regulam a criação e gestão dos parques arqueológicos, pois que até ao presente ainda não foi objecto de concretização. Uma situação que, a nosso ver, se ficou a dever à circunstância de os planos de ordenamento de parque arqueológico, que a criação de parques arqueológicos implica, terem sido concebidos como planos especiais de ordenamento do território, nos termos do art. 6.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 131/2002.⁴¹

³⁹ Em que temos: o teste da *adequação* que exprime a relação de aptidão entre a medida adoptada e a realização do fim prosseguido pela medida; o teste da *necessidade* que obriga à eleição, de entre os meios considerados aptos, daquele que se revele menos restritivo; e o teste da *proporcionalidade em sentido restrito*, que consubstancia uma ponderação final global e entre as vantagens alcançadas com a prossecução da finalidade e as desvantagens ocasionadas pela aplicação da medida.

⁴⁰ Que dispõem, respectivamente, que as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias fundamentais têm de ter carácter geral e abstracto, e integram a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República.

⁴¹ Que se limita a remeter para o Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial contido no Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro.

Ora, temos por seguro que tais planos, porque dominados pelos objectivos de salvaguarda, protecção e valorização do património arqueológico, bem diversos dos que suportam o ordenamento do território, pouco terão em comum com os planos de ordenamento territorial para poderem ser concebidos como uma espécie de tais planos. É que os planos de ordenamento de parque arqueológico não são planos que partilhem das preocupações gerais que estão por detrás dos planos de ordenamento do território e, por conseguinte, do seu regime jurídico, ainda que suportando algumas especificidades.

Por isso, tais planos de parque arqueológico deveriam ter sido concebidos como planos sectoriais ou, em um entendimento porventura mais adequado, como planos suportes de uma disciplina autónoma em relação aos quais não tivesse cabimento sequer a questão da observância da própria disciplina geral dos planos de ordenamento territorial.⁴² Uma conclusão que, a nosso ver, se pode retirar do papel que a protecção do património cultural em geral, ou melhor a conservação do património arqueológico em particular tem face aos instrumentos de gestão do território.

O que tem inequívoca expressão nos art.s 40º e 79º da LPC, em que se encontra consagrada a subordinação dos instrumentos de gestão territorial e a realização de obras à protecção do património arqueológico. Pois, nos termos do art. 40º, os órgãos competentes da administração do património cultural têm de ser previamente informados dos planos, programas, obras e projectos, tanto públicos como privados, que possam implicar risco de destruição, deterioração ou desvalorização de bens culturais, devendo o Governo, os órgãos de governo próprio das Regiões Autónomas e os órgãos das autarquias locais estabelecer, no âmbito das suas competências, as medidas de protecção e as medidas correctivas que resultem necessárias para a protecção do património cultural.

A que acresce, relativamente aos bens arqueológicos, nos termos do art. 70º, a exigência de ser tida em conta, na elaboração dos instrumentos de planeamento territorial, o salvamento da informação arqueológica contida no solo e no subsolo dos aglomerados urbanos, nomeadamente através da elaboração de cartas do património arqueológico, devendo os serviços da administração do património cultural condicionar a prossecução de quaisquer obras à adopção pelos respectivos promotores, junto das autoridades competentes, das alterações ao projecto aprovado capazes de garantir a conservação, total ou parcial, das estruturas arqueológicas descobertas no decurso dos trabalhos.

Isto para além de, como referimos, os promotores de grandes empreendimentos e os promotores de obras arcarem com os custos, respectivamente, de quaisquer intervenções arqueológicas necessárias aos empreendimentos, e das operações de arqueologia preventiva e de salvamento tornadas necessárias pela realização dos projectos de obras.

⁴² V., nesse sentido, Suzana Tavares da Silva, «Reabilitação urbana e valorização do património cultural: dificuldades na articulação dos regimes jurídicos», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, ano 82, 2006, p. 346. No mesmo sentido, embora tendo em conta os *planos de pormenor de salvaguarda* dos bens culturais (agora regulados nos art.s 63º e seguintes do já referido Decreto-Lei nº 309/2009, de 23 de Outubro), v. a nossa *Introdução ao Direito do Património Cultural*, cit., p. 69 e s..

Todo um conjunto de soluções legais que mais não são do que a expressão das específicas exigências que a salvaguarda do património arqueológico coloca a outros domínios do direito com particular destaque para os do direito do ordenamento do território e do direito do ambiente, em que aquela salvaguarda se efectiva nos procedimentos de avaliação do impacte ambiental e de gestão territorial.⁴³

4. A fiscalização e controlo do património arqueológico

Especificidades tem o património arqueológico também em sede da fiscalização e controlo dos equipamentos utilizados nas operações arqueológicas, traduzidas no prévio licenciamento da utilização de detectores de metais e de outros equipamentos de detecção ou processos de investigação arqueológica. Segundo o disposto no nº 2 do art. 75º da LPC, a utilização de detectores de metais e de outros equipamentos de detecção ou processos de investigação arqueológico, depende de prévia emissão de licença, a conceder, actualmente, pelo director geral do património cultural, nos termos do art. 4.º, n.º 1, al. g), da lei orgânica da DGPC.⁴⁴

O regime da utilização dos detectores de metais consta da Lei nº 121/99, de 20 de Agosto. Este diploma legal começa por proibir os detectores de metais, ao prescrever no seu art. 1º que: é proibida a utilização de detectores de metais na pesquisa de objectos e artefactos relevantes para a história, para a arte, para a numismática ou para a arqueologia (nº 1); é igualmente proibida a utilização e o transporte de detectores de metais não licenciados para efeito de pesquisa em monumentos e sítios arqueológicos classificados ou em vias de classificação (nº 2).

Depois, estabelece no art. 2º que: compete ao membro do Governo para a área da cultura, através do organismo a quem cabe a protecção do património cultural, autorizar, mediante a concessão de uma licença, a utilização de detectores de metais, em função dos objectivos a atingir, dos locais a prospectar e da idoneidade científica do interessado (nº 1); a licença a que se refere o número anterior tem a validade de um ano, mediante requerimento do qual constem os seguintes elementos: a) identidade do requerente; b) objectivo da prospecção; c) locais a prospectar; d) características do aparelho de detecção de metais (nº 2). A que acresce a obrigação constante do art. 3º de em toda a publicidade relativa a detectores de metais ser obrigatória a transcrição das proibições do art. 1º, bem como das sanções, coimas e sanções acessórias, constantes dos arts 5º e 6º da Lei nº 121/99.

⁴³ V., a este respeito, Ana Margarida Nunes Martins, «A salvaguarda do património arqueológico no âmbito dos processos de avaliação de impacte ambiental e de ordenamento territorial: reflexões a partir do direito do património cultural, do ambiente e da gestão do território», *Revista Portuguesa de Arqueologia*, volume 15, 2012, p. 219 e ss.

⁴⁴ Contida no Decreto-Lei nº 115/2012, de 25 de Maio. V. também a Portaria nº 223/2012, de 24 de Julho, quanto à estrutura nuclear da DGPC, e o Despacho nº 11142/2012, no respeitante às unidades flexíveis da DGPC.

5. Achados fortuitos e recompensas

Em sede do regime dos bens arqueológicos são de referir os achados fortuitos e as recompensas previstas para os respectivos achadores. Uma matéria que se encontra devidamente desenvolvida no respeitante aos bens culturais subaquáticos, ocupando-se dela os art.s 12º a 20º do Decreto-Lei nº 164/97⁴⁵ e, quanto às recompensas, também a Portaria nº 51/98, de 4 de Fevereiro, o que, todavia, não acontece com os bens arqueológicos em meio terrestre, que dispõem de uma disciplina relativamente limitada e não harmonizada constante do art. 78º da LPC, de um lado, e do art. 1324º do Código Civil, de outro lado.

O primeiro dos preceitos legais estabelece, como já vimos, no seu nº 1, a obrigação de dar conhecimento dos achados, prescrevendo que quem encontrar, em terreno público ou particular, ou em meio submerso, quaisquer testemunhos arqueológicos fica obrigado a dar conhecimento do achado no prazo de quarenta e oito horas à administração do património cultural competente ou à autoridade policial. Por seu lado, no nº 2, reconhece que «[a] descoberta fortuita de bens móveis arqueológicos com valor comercial confere ao achador o direito a uma recompensa, nos termos da lei».

Por seu turno, o art. 1324º do Código Civil, com a epígrafe “tesouros” prescreve que «[s]e aquele que descobrir coisa móvel de algum valor, escondida ou enterrada, não puder determinar quem é o dono dela, torna-se proprietário de metade do achado; a outra metade pertence ao proprietário da coisa móvel ou imóvel onde o tesouro estava escondido ou enterrado». Um direito que o achador perderá a favor do Estado se não anunciar o achado ou avisar as autoridades⁴⁶ ou se fizer seu o achado ou parte dele sabendo quem é o dono, ou o ocultar do proprietário da coisa onde ele se encontrava. O que não prejudica o direito que lhe possa caber como proprietário.

Naturalmente que os achados de que estamos a falar são os que não resultem de trabalhos arqueológicos, como decorre do disposto no nº 5 do art. 77º da LPC, ou seja, se trate de achados fortuitos ou ocorridos em consequência de outro tipo de remoções de terra, demolições ou obras de qualquer índole que não trabalhos arqueológicos. É, pois, em relação estes que, pelo menos aparentemente, se levanta o problema de saber se a lei para que remete o nº 2 do art. 78º da LPC é o Decreto-Lei nº 164/97 e a Portaria nº 51/98, que respeita directamente ao património cultural subaquático, em que encontramos uma disciplina relativamente pormenorizada dos achados fortuitos e suas recompensas, ou o reproduzido art. 1324º do Código Civil, na medida em que este preceito ainda faça sentido.

Uma pergunta cuja resposta nos parece clara e que assenta na distinção entre: bens arqueológicos cuja disciplina consta de lei especial – as leis relativas especificamente aos bens arqueológicos; e os restantes tesouros, na medida em que

⁴⁵ Os art.s 12º a 15º que respeitam aos achados fortuitos e os art.s 16º a 20º que se referem às correspondentes recompensas.

⁴⁶ Excepto quando seja evidente que o tesouro foi escondido ou enterrado há mais de vinte anos.

possa haver tesouros que não integrem os bens arqueológicos, a que se aplicará o disposto no art. 1324º do Código Civil, os quais, todavia, em virtude da emergência dos bens arqueológicos, serão algo muito residual.⁴⁷ Sendo que no referente às recompensas pelos achados arqueológicos terrestres, não havendo na legislação relativa a eles disposições específicas, devem as mesmas, a nosso ver, considerar-se disciplinadas pela legislação do património arqueológico subaquático.

Uma solução que tem por fundamento, de um lado, o facto de o património arqueológico ter, como referimos, uma feição mais publicística do que o património cultural em geral,⁴⁸ e de outro, ser constituído tanto pelo património arqueológico terrestre como pelo património arqueológico subaquático, o que tem expressão, de resto, nos correspondentes preceitos gerais constantes da LPC.

É certo que na legislação mais específica relativa ao património arqueológico terrestre e ao património arqueológico subaquático, parece haver uma certa separação entre um e outro, porquanto os trabalhos arqueológicos encontram-se disciplinados, respectivamente, no RTA e no capítulo II do Decreto-Lei nº 164/97. Muito embora, tanto no preâmbulo do Decreto-Lei nº 164/2014, que aprovou o RTA, como em diversos artigos deste (2º, alínea g), 3º, alínea c), 7º, nº 1, alínea c), i), e nº 2, e 15º, nº 1), haja expressa consideração dos trabalhos arqueológicos subaquáticos. Para além de a definição de «trabalhos arqueológicos», constante do referido art. 2º, alínea g), se reportar a acções realizadas tanto em meio terrestre como em subaquático.

Daí que, se a existência de uma disciplina específica para os trabalhos arqueológicos subaquáticos, não obsta a que o RTA, pensado preferentemente para os trabalhos arqueológicos terrestres, tenha carácter mais geral e se aplique também àqueles, não vemos como, em relação a matérias não especificamente objecto de regulação no RTA, como são as relativas aos achados fortuitos e às correspondentes recompensas a atribuir, não possam ter a sua disciplina nas disposições constantes do Decreto-Lei nº 164/97 e da Portaria nº 51/98, que assim seriam aplicadas aos bens arqueológicos.

IV. Os trabalhos arqueológicos

Não nos parece descabido que, em sede do regime jurídico do património arqueológico, destaquemos os trabalhos arqueológicos, porquanto estes acabam por constituir o domínio mais relevante desse regime. Uma centralidade que se compreende, pois, à semelhança do que se passa com os sectores económicos, podemos dizer que o património arqueológico, no quadro do regime geral de

⁴⁷ Daí que, como defende José Luís Bonifácio Ramos, *O Achamento de Bens Culturais Subaquáticos*, cit., p. 789 e ss.e 806 e s., esse preceito deva ser objecto de uma profunda revisão.

⁴⁸ O que, de algum modo, é ainda mais visível no respeitante ao património arqueológico subaquático. O que se revela patente na evolução da correspondente legislação, que passou de uma visão mais comercial, constante da legislação anterior (Decreto-Lei nº 298/93, de 21 de Agosto), para uma menos comercial como é a do Decreto-Lei nº 164/97 em consonância, aliás, com a Convenção para a Protecção do Património Cultural Subaquático da UNESCO.

protecção e de valorização do património cultural, se apresenta integrando uma actividade de natureza primária, face ao património cultural, que se configuraria como uma actividade de natureza secundária ou terciária.

Uma visão das coisas que, a seu modo, está em consonância com o regime dos bens arqueológicos já classificados ou em vias de classificação que partilham, em boa medida, esse regime com o dos bens culturais móveis. O que decorre tanto do Decreto-Lei nº 140/2009, de 15 de Junho, que estabelece o regime jurídico dos estudos, projectos, relatórios, obras ou intervenções sobre bens culturais classificados, ou em vias de classificação, de interesse nacional, de interesse público ou de interesse municipal, como do Decreto-Lei nº 148/2015, de 4 de Agosto, que contém o regime de classificação dos bem móveis. Pois ambos os diplomas se reportam também aos bens arqueológicos, como consta da alínea *e*) do art. 15º e do nº 2 do art. 19º, do primeiro diploma,⁴⁹ e das alíneas *b*) dos nºs 1 dos art.s 16º e 41º, do segundo diploma.

Dáí que se imponha tecermos algumas considerações sobre os trabalhos arqueológicos, referindo-nos aos seguintes aspectos: o conceito e as categorias de trabalhos arqueológicos, o procedimento autorizativo e os projectos de investigação plurianual, os relatórios e a publicação dos resultados e o destino dos espólios arqueológicos.

Todavia, antes de uma palavra sobre cada um destes itens, é de assinalar que uma diferença do actual RTA face ao anterior, é o reforço dos técnicos com conhecimentos académicos no domínio da arqueologia e da antropologia na realização dos trabalhos arqueológicos, favorecendo assim a intervenção de quem domina as correspondentes *legis artis*. O que se justifica, uma vez que, como consta do preâmbulo do Decreto-Lei nº 164/2014, que aprovou o RTA, todo o trabalho arqueológico visa a produção de conhecimento histórico, elemento essencial da cultura dos povos, sendo, por isso, desenvolvido com total respeito pelas premissas e procedimentos da investigação científica.

1. O conceito e as categorias de trabalhos arqueológicos

No que respeita ao conceito, este consta das definições do art. 2º do RTA, em que se consideram «trabalhos arqueológicos», todas as acções realizadas em meio terrestre e subaquático que, através de metodologias próprias da arqueologia, visem a identificação, registo, estudo, protecção e valorização do património arqueológico, efectuadas por meio de prospecções, sondagens, escavações, acompanhamentos arqueológicos, acções de registo de contextos, estruturas arqueológicas e estratigrafia da arquitectura e acções de conservação e valorização em monumentos, conjuntos e sítios».

⁴⁹ A que é de acrescentar o art. 35º que remete para a observância das regras previstas em legislação própria, ou seja, para o RTA, as obras ou intervenções em bens culturais que revistam a natureza de trabalhos arqueológicos.

Uma definição que deve ser completada pela delimitação negativa que consta do já referido nº 5 do art. 77º da LPC, em que se prescreve que «[n]ão se consideram trabalhos arqueológicos, para efeitos da presente lei, os achados fortuitos ou ocorridos em consequência de outro tipo de remoções de terra, demolições ou obras de qualquer índole». Por outras palavras, excluem-se os trabalhos que correspondam a outros bens arqueológicos. Assim como, por maioria de razão, se excluem os tesouros regulados no art. 1324º do Código Civil.

Quanto às categorias de trabalhos arqueológicos, estes enquadram-se, nos termos do disposto no art. 3º do RTA, em quatro categorias:

- a) Categoria A – *acções de investigação*, programadas em projectos de investigação plurianual em arqueologia, integráveis no Plano Nacional de Trabalhos Arqueológicos;
- b) Categoria B – *acções de valorização* decorrentes de projectos de investigação a desenvolver em monumentos, conjuntos e sítios que visem essencialmente a divulgação e fruição pública do património arqueológico, com vista à sensibilização e educação patrimonial;
- c) Categoria C – *acções preventivas e de minimização de impactes* integradas em estudos, planos, projectos e obras com impacto sobre o território em meio rural, urbano e subaquático e acções de manutenção e conservação regular de sítios, estruturas e outros contextos arqueológicos, conservados a descoberto, valorizados museologicamente ou não;
- d) Categoria D – *acções de emergência a realizar em sítios arqueológicos* que, por acção humana ou processo natural, se encontrem em perigo iminente de destruição parcial ou total, e acções pontuais determinadas pela necessidade urgente de conservação de monumentos, conjuntos e sítios.

Temos assim dois tipos de acções: as acções de actuação ordinária, que têm os trabalhos arqueológicos como objectivo a realizar mediante planificação adequada, como são as acções de investigação e de valorização, e as acções de natureza extraordinária, em que os trabalhos arqueológicos são impostos pelas situações em concreto, caso das acções de prevenção e de emergência. Naturalmente que, como é fácil de ver, até pelo número de preceitos que o RTA lhe dedica, o paradigma de trabalhos arqueológicos é constituído pelas acções de investigação, pois são estas as que mais directamente visam o achamento ou descoberta dos espólios arqueológicos, sendo, de resto, em relação a estas acções que alguns dos aspectos do seu regime comportam uma aplicação mais visível.

É o que se verifica, desde logo, no respeitante ao papel dos técnicos na realização dos trabalhos arqueológicos. Mais especificamente no que concerne à direcção dos trabalhos, de um lado, e à direcção científica dos mesmos, de outro. O que mais não é do que o reconhecimento por parte do legislador e do sistema jurídico da importância que deve ser atribuída, em consonância com a própria realidade dos trabalhos arqueológicos, aos técnicos que é suposto dominarem as *leges artis* da arqueologia e/ou da paleontologia. Uma visão das coisas que é de louvar se e na medida em que constitua expressão de uma certa autocontenção do

mundo do direito, sobretudo do direito legislado, face às realidades extrajurídicas e não de uma qualquer desistência de regulação jurídica adequada de tais realidades.

Pois, como se dispõe no art. 4º do RTA, «a autorização para a direcção de trabalhos arqueológicos é conferida a pessoas academicamente habilitadas em arqueologia, com prática profissional comprovada e sem impedimento legal ou administrativo do exercício profissional», sendo considerados academicamente habilitados a dirigir trabalhos arqueológicos: os doutorados ou mestrados que no conjunto da sua formação académica disponham de 180 créditos curriculares na área da arqueologia e 120 dias de trabalho de campo; os licenciados que tenham experiência curricular na área da arqueologia e já tenham sido autorizados a dirigir trabalhos arqueológicos, competindo à DGPC proceder à avaliação da sua experiência efectiva e capacidade científica e profissional.

Por seu turno, relativamente à direcção científica, estabelece o art. 5º que esta é exercida pelo arqueólogo a quem tenha sido concedida autorização para a realização de trabalhos arqueológicos, que é designado por director científico, não podendo esta direcção ser transferida para outrem sem autorização expressa da DGPC. Três notas breves a este respeito.

Uma, para referir que é permitida a co-direcção em regime de solidariedade, assim como o director pode ter mais do que uma direcção científica conquanto se encontrem preenchidos certos requisitos em termos de capacidade para realizar os trabalhos em conformidade com o RTA.

Outra, para assinalar que o director científico e as entidades contratante e enquadrante respondem solidariamente pela salvaguarda, protecção e conservação sustentadas dos bens imóveis e móveis intervencionados e identificados até à conclusão dos trabalhos e depósito do espólio, sendo certo que, em caso de abandono ou cessação irreversível da direcção científica, cabe às entidades contratante e enquadrante propor e implementar, após a aprovação pela DGPC, as medidas de salvaguarda dos bens arqueológicos e a continuidade dos trabalhos. Uma responsabilidade solidária que, como bem se compreende e atentas as suas características, tem a maior importância para uma tutela efectiva dos bens culturais arqueológicos.

Finalmente, é de fazer menção à reserva científica a que se referem os art.s 2º e 10º do RTA. Concretizada no direito que confere a exclusividade do estudo de um sítio arqueológico e respectivo espólio por um período de tempo determinado, a reserva científica aplica-se aos sítios arqueológicos objecto de trabalhos ou projectos e respectivo espólio, quer se encontre em depósito provisório ou à guarda do director científico, permanecendo nessa situação até à publicação dos resultados, por um prazo de cinco anos, para as Categorias A e B, e de três anos, para as Categorias C e D, após a conclusão dos trabalhos de campo.

2. O procedimento autorizativo e os projectos de investigação plurianual

Quanto ao procedimento autorizativo dos trabalhos, a sua disciplina consta dos arts 6º e 7º do RTA, em que se estabelece, de um lado, que a autorização para a direcção de trabalhos arqueológicos é conferida a pessoas academicamente habilitadas em arqueologia, com prática profissional comprovada e sem impedimento legal ou administrativo do exercício profissional, nos termos a que sumariamente nos referimos, e, de outro lado, fixa a lista bastante extensa e relativamente complexa de elementos e documentação com que deve ser instruído o pedido de autorização para a realização de trabalhos arqueológicos.

Nesta lista temos, de um lado, os elementos relativamente aos trabalhos arqueológicos, que são os que constam do nº 1 do art. 7º: a) identificação do director científico e respectiva morada; b) designação do projecto, categoria e tipo de trabalhos arqueológicos propostos; c) implantação do sítio, sítios ou áreas a intervencionar sobre; d) designação, tipo e período cronológico do sítio, sítios ou áreas a intervencionar; e) indicação da carta militar, localização geográfica, administrativa e toponímica do sítio, sítios ou áreas a intervencionar; f) indicação da constituição da equipa e entrega do *curriculum vitae* dos membros que possuam grau académico superior; g) plano pormenorizado dos trabalhos a realizar.

De outro lado, estão os elementos relativos aos técnicos que hão-de assegurar a direcção dos trabalhos arqueológicos, pois nos termos do nº 2 desse art. 7º, caso se trate de um primeiro pedido, deve juntar-se ainda: a) certificado de habilitações e *curriculum vitae* do requerente; b) declarações de arqueólogos academicamente habilitados atestando a sua experiência de trabalho de campo de 120 dias. Acrescente-se que todos os elementos e documentação referidos são submetidos em formulário electrónico próprio, disponível no Portal do Arqueólogo.

No respeitante aos projectos de investigação plurianual, de duração até quatro anos, estes são instruídos com memória descritiva e formulário próprio e são objecto de prévia apreciação por parte dos órgãos da administração cultural competente. A apreciação técnica e formal, incluindo a avaliação patrimonial do projecto e a instrução face ao regime legal, é efectuada pelos órgãos da administração cultural competente, dependendo a sua aprovação de avaliação de mérito científico por peritos de reconhecida idoneidade científica, que integram o Painel Nacional de Avaliação.

Projectos cujo enquadramento e procedimentos de gestão, por parte da DGPC, se encontram concretizados, no que aos trabalhos arqueológicos de investigação diz respeito, na Circular nº 1/2015, de 30 de Abril. Circular em que temos disposições sobre os prazos para a submissão e avaliação de candidaturas, a instrução dos processos, a tramitação e os critérios da apreciação e avaliação e a gestão dos projectos.

Ainda a este respeito, é de referir que os projectos em causa podem ser total ou parcialmente financiados pela DGPC mediante candidatura a concurso para financiamento previsto no Regulamento de Apoio Financeiro ao Plano Nacional de

Trabalhos Arqueológicos, constante do Despacho Normativo nº 18-A/2003, de 7 de Maio.

3. Os relatórios dos trabalhos e a publicação dos resultados

Relativamente aos relatórios e à publicação dos resultados dos trabalhos arqueológicos, dispõem, respectivamente, os art.s 14º a 16º, e o art. 17º do RTA. No que concerne aos relatórios, para além daqueles de que acabámos de falar, relativos aos projectos de investigação plurianuais, temos, segundo o art. 14º, as seguintes categorias:

a) o relatório final que apresenta os resultados finais e é obrigatório para todas as categorias, sendo entregue no prazo de um ano após a conclusão dos trabalhos;

b) o relatório de progresso que apresenta o desenvolvimento dos trabalhos relativamente ao período a que se reporta, aplica-se às Categorias A, B e C e é apresentado: i) anualmente, em trabalhos de duração plurianual; ii) na periodicidade definida no despacho de autorização; iii) por solicitação do órgão da administração do património cultural competente;

c) o relatório preliminar que apresenta sumariamente os resultados obtidos e se aplica às Categorias C e D, sendo elaborado por solicitação do órgão da administração do património cultural competente, no prazo de 15 dias.⁵⁰

No respeitante ao conteúdo e à aprovação dos relatórios, dispõem os art.s 15º e 16º do RTA, respectivamente. Antes, porém, é de sublinhar a exigência de elaborar relatórios ao longo de todo o decurso dos trabalhos arqueológicos e não apenas no fim dos trabalhos. No respeitante ao conteúdo, há uma indicação bastante pormenorizada dos elementos que têm de constar dos relatórios preliminares, dos relatórios de progresso e dos relatórios finais. Por seu lado, quanto à aprovação dos relatórios, estes encontram-se sujeitos à aprovação da DGPC, no prazo de 90 dias, os relatórios finais, de 30 dias, os relatórios de progresso, e de 20 dias os relatórios preliminares. Acrescente-se que a não aprovação sucessiva do relatório final pode determinar a não concessão de novas autorizações ao director científico e que o despacho de aprovação do relatório final é notificado simultaneamente ao director científico, à câmara municipal competente e à entidade enquadrante.

No que concerne à publicação dos resultados dos trabalhos arqueológicos, estes são objecto de publicação em monografia ou artigo, devendo o autor enviar um exemplar para a Biblioteca de Arqueologia da DGPC. O prazo para a publicação é de cinco anos, para as Categorias A e B, e de três anos, para as Categorias C e D, após a conclusão dos trabalhos de campo, encontrando-se para o efeito à disposição

⁵⁰ Refira-se que os relatórios apresentados são impressos, em português, acompanhados do respectivo suporte informático, e assinados pelo director científico.

da comunidade arqueológica, atentos os condicionalismos orçamentais, a série monográfica *Trabalhos de Arqueologia* e a *Revista Portuguesa de Arqueologia*.⁵¹

A DGPC, no prazo de 10 dias após a aprovação do relatório final, dá conhecimento ao proprietário do terreno ou bem intervencionado e demais interessados dos resultados dos trabalhos arqueológicos.

4. O destino dos espólios arqueológicos

Finalmente importa aludir ao destino dos espólios provenientes dos trabalhos arqueológicos, o qual se encontra regulado no art.18º do RTA. Tais espólios, que como vimos integram o património nacional, são constituídos pelos bens arqueológicos móveis, tais como artefactos, ecofactos e amostras, respectivo inventário e demais documentação produzida no decurso dos trabalhos de campo e de gabinete, indispensável ao manuseamento e compreensão da colecção e do seu contexto arqueológico.

Cabe ao director científico ser fiel depositário dos espólios até ao seu depósito provisório, no prazo de cinco anos para as Categorias A e B e de três anos para as Categorias C e D, após a conclusão dos trabalhos de campo, na instituição proposta no relatório final ou determinada pela DGPC. É também esta que determina o local de incorporação definitiva dos espólios no prazo de cinco anos após o depósito, depois de ter em conta diversos pareceres prévios e se encontrarem preenchimento certos requisitos constantes do nº 7 do referido art. 18º, destacando-se entre estes últimos: o do justo equilíbrio da representação dos bens arqueológicos nas colecções das instituições de âmbito nacional, regional e local, o critério da não dispersão de espólios provenientes de um mesmo sítio arqueológico, e a garantia das necessárias condições para a sua conservação e segurança.

No que respeita aos bens arqueológicos móveis, dispõe o nº 6 desse mesmo artigo que esses bens são depositados devidamente tratados, inventariados, acondicionados e referenciados, acompanhados da documentação produzida no decurso dos trabalhos de campo e de gabinete, indispensável ao seu manuseamento e compreensão. Um depósito que tem a maior importância para a conservação desses bens enquanto não se determina o local de incorporação definitiva dos espólios.

Por seu turno, relativamente à circulação internacional de bens arqueológicos aplicam-se os procedimentos previstos na LPC, ou seja os art.s 64º a 69º, e na demais legislação aplicável em matéria de exportação, temporária ou definitiva, de bens culturais.⁵² Uma solução que está em inteira consonância com a

⁵¹ A divulgação científica dos resultados dos trabalhos arqueológicos pode limitar-se à sua inclusão no sistema de informação e gestão arqueológica Endovélico e disponibilizada no Portal do Arqueólogo. Sistema que é definido na alínea *a*) do art. 2º do RTA, como sendo « o sistema de informação e gestão de dados do património arqueológico terrestre e em meio aquático e da actividade arqueológica em Portugal Continental».

⁵² Circulação de bens que, como é sabido, constitui uma das expressões da liberdade de circulação, um dos pilares mais importantes da União Europeia, muito embora os bens culturais, justamente porque têm a

ideia de que o regime dos bens culturais arqueológicos, depois de achados ou descobertos e separados do local em que foram encontrados, tende a aproximar-se ou a integrar mesmo o regime mais geral dos bens culturais móveis que se encontra contemplado em termos gerais nos art.s 55º a 59º da LPC.

Referências

LAUREANO, Abel. *A circulação intracomunitária de bens culturais no direito da União Europeia: um quadro coerente de orientações jurídicas?*. Disponível em <https://sigarra.up.pt/flup/pt/pub_geral.show_file?pi_gdoc_id=476724>.

MARTINS, Ana Margarida Nunes. A salvaguarda do património arqueológico no âmbito dos processos de avaliação de impacte ambiental e de ordenamento territorial: reflexões a partir do direito do património cultural, do ambiente e da gestão do território. *Revista Portuguesa de Arqueologia*, volume 15, 2012.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *O Domínio Público. O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*. Almedina, 2005.

NABAIS, José Casalta. Alguns perfis da propriedade colectiva nos países da *civil Law*. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, 2002.

_____. Considerações sobre o quadro jurídico do património cultural. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa / Coimbra Editora, 2006.

_____. *Introdução ao Direito do Património Cultural*. 2ª ed. , Almedina, Coimbra, 2010.

_____. Reflexões sobre os princípios gerais do direito do património cultural. *RevCEDOUA*, nº 32, 2/2013.

RAMOS, José Luís Bonifácio. *O Achamento de Bens Culturais Subaquáticos*, Livraria Petrony, Lisboa, 2008.

ver com o suporte da identidade dos povos dos Estados Membros, constituam uma das matérias em que se admitem excepções à referida liberdade. Sobre o regime de circulação de bens culturais no seio da União Europeia e, designadamente, sobre as suas incoerências, v. Abel Laureano, «A circulação intracomunitária de bens culturais no direito da União Europeia: um quadro coerente de orientações jurídicas?». Disponível em <https://sigarra.up.pt/flup/pt/pub_geral.show_file?pi_gdoc_id=476724>.

SILVA, Suzana Tavares da. Reabilitação urbana e valorização do património cultural: dificuldades na articulação dos regimes jurídicos. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, ano 82, 2006.

Recebido em 23/12/2016

Aceito em 26/12/2016

EL DILEMA DE BOLIVIA: LA ÉLITE CRUCEÑA

THE BOLIVIA DILEM: THE CRUCEÑA ELITE

Fran Espinoza¹

Sumario: Introducción. 1 Metodología. 2 Reconstitución de la élite: período post revolucionario 1952. 3 Redes familiares vinculadas a la acumulación de tierra. 4 Estructura de poder. 5 Poder simbólico: la cruceñidad como discurso. 6 El cambia: el mito. 7 Élite política y élite cruceña: relación actual. 8 Residencia actual de la élite cruceña. Conclusión. Referencias.

Resumen: La élite cruceña (camba) se ha apoderado de las tierras más fértiles del país. Las redes familiares que la integran manejan las principales instituciones de poder económico y político del oriente boliviano: Santa Cruz, Beni, Pando y Tarija. El objetivo del presente estudio es analizar la correlación de fuerzas entre la élite cruceña y la nueva élite política que dirige el presidente Evo Morales. En ese marco se plantea la siguiente pregunta: ¿Cuál es el rol que desempeñan la vieja élite económica en la actual coyuntura política? Se manejará la siguiente categoría analítica de élite cruceña: «Es una élite económica, sus orígenes se remontan al siglo XIX, se encuentra asentada en Santa Cruz de la Sierra, la conforma una minoría heterogénea de redes familiares locales y extranjeras. Su eje principal de acumulación y de diversificación de rubros económicos gira en torno a la posesión de grandes extensiones de tierra». Se concluye que el gobierno de Evo Morales ha dado giros estratégicos para garantizarse la permanencia en el poder. Al conjunto de estrategias políticas incluyendo los pactos entre las élites, los hemos denominado «sistema clientelar de élites» debido a la predominancia de relaciones utilitaristas entre las élites existentes.

Palabras claves: Bolivia. Santa Cruz de la Sierra. Élite cruceña. Camba. Evo Morales.

Abstract: The elite cruceña (camba) has taken over the most fertile lands of the country. The family networks that integrate this elite drive the main institutions the economic and political power of the Bolivian east: Santa Cruz, Beni, Pando and Tarija. The objective of our study is to analyze the correlation of forces between elite cruceña and a new political elite directed by President Evo Morales. In this context, the following question arises: What is the role play to the old economic elite in the current political situation? In the present article, the following analytical category of the cruceña elite will be addressed: "It is an economic elite, its origins go back to the

¹ Politólogo, PhD en Estudios Internacionales e Interculturales (mención internacional) Universidad de Deusto, País Vasco. Investigador postdoctoral en Políticas Públicas de la Universidad Federal del Paraná (Brasil), UFPR. Es investigador del Núcleo de Pesquisa em Sociologia Política Brasileira (NUSP/UFPR). Es miembro del Observatório de elites políticas e sociais do Brasil, UFPR, becario CAPES. Es miembro de FLACSO (Univesidad Salamaca), España. Correo electrónico: espinoza.fran@gmail.com.

nineteenth century, is located in Santa Cruz de la Sierra, is formed for a heterogeneous minority of local and foreign family networks. Its main axis of accumulation and diversification of economic dividends revolves around the possession of large tracts of land." In conclusion, since the replacement of elites in 2005, the government of Evo Morales have made strategic moves to ensure that they remain in power. To the set of political strategies, including the pacts between elites, we have denominated "clientelist system of elites" due to the predominance of utilitarian relations between the existent elites.

Keywords: Bolivia. Santa Cruz de la Sierra. Élite cruceña. Camba. Evo Morales.

Introducción

La extensión territorial del departamento de Santa Cruz de la Sierra es de 370,621 kilómetros cuadrados (La Paz, 133,984 km², Cochabamba, 55,631 km²). Son aproximadamente 100 redes familiares que controlan la mitad de Bolivia: la tierra, la industria, el comercio exterior, la banca y los medios de comunicación. Dichas redes se concentran en el oriente y en los valles bolivianos. De acuerdo a (O'BRIAN, 2008), luego del triunfo electoral de Evo Morales de 2005, las familias cruceñas estuvieron interesadas en derrocarlo; conspiraron para echar abajo al "indio" e intentaron organizar su propio Estado con su parlamento e instaurar su propio cuerpo policial, para continuar con el control absoluto sobre la tierra, los impuestos y la educación.

La élite camba se ha apoderado de las tierras más fértiles del país. Las redes familiares que la integran manejan las principales instituciones de poder económico y político del oriente boliviano: Santa Cruz, Beni, Pando y Tarija.

El objetivo del presente estudio es analizar la correlación de fuerzas entre la élite cruceña y la nueva élite política que dirige el presidente Evo Morales. En ese marco se plantea la siguiente pregunta: ¿Cuál es el rol que desempeñan la vieja élite económica en la actual coyuntura política?

Se manejará la siguiente categoría analítica de élite cruceña (élite camba): «Es una élite económica, sus orígenes se remontan al siglo XIX, se encuentra asentada en Santa Cruz de la Sierra, la conforma una minoría heterogénea de redes familiares locales y extranjeras. Su eje principal de acumulación y de diversificación de rubros económicos gira en torno a la posesión de grandes extensiones de tierra».

El trabajo se estructura de la siguiente manera, al inicio se presenta la metodología utilizada durante la investigación, luego se expone brevemente el origen de la élite cruceña para después profundizar en el proceso de su reconstitución a partir de la revolución de 1952. Posteriormente se analiza la relación que existe entre redes familiares e instituciones de poder.

A continuación, se estudia la importancia de la construcción del poder simbólico de dicha élite para luego analizar la relación que existe entre *boom* económico y el lugar de residencia de la élite. Se concluye que la estrategia de cooptación por parte de la élite política está generando un nuevo sistema clientelar.

Sin duda alguna, desde la llegada al poder del gobierno de Evo Morales se abrieran nuevos espacios de participación política para los sectores populares históricamente excluidos; sin embargo, debido a las limitaciones de nuestro trabajo nos centraremos en la transformación de las relaciones de poder entre la élite cruceña y la nueva élite política.

1 Metodología

Para el estudio de la élite económica (ADLER LOMNITZ, 2003) sugiere hacer la identificación de las redes familiares² y sociales³ que la conforman. En la misma línea (WHITE, 1994) recomienda abordar sus estructuras más próximas como problemática sociológica, ya que el parentesco es una de las principales herramientas antropológicas de las relaciones de poder.

Con las investigaciones de las redes se conoce la interdependencia entre redes sociales y corrientes de actividad humana. Las redes de parentesco y étnicas que ligan a las élites a lo largo de las ciudades juegan un papel formativo para la creación de las jerarquías tanto local como global (WHITE, 1994, p. 304). La familia es vista como una red abierta e implica procesos de alianzas, consanguinidad y filiación.

La identificación de la telaraña del parentesco permite conocer las ramificaciones hacia el exterior a través de uniones matrimoniales o proporcionar las estructuras focales que la sostienen y que son sostenidas por ciertos tipos de actividades (WHITE, 1994, p. 308). Los matrimonios entre los grupos de poder son una estrategia de reproducción social vinculada con las estrategias de reproducción económica y social, al mismo tiempo son el producto de sentimientos, de afinidad genuina entre los cónyuges (BOURDIEU, 2002). En el presente estudio se abordan las redes familiares y las actividades económicas porque estas generan fuertes estructuras de poder que protegen los intereses sectoriales de la élite.

² La familia es generalmente la base de solidaridad puesto que ella representa el grupo social del individuo del cual emanan muchas otras relaciones. La amistad en todas sus modalidades es la otra fuente de relaciones, (ADLER LOMNITZ, 2003, p. 129-146).

³ Una red social es un campo de relaciones entre individuos que puede ser definida por una variable determinada y referirse a cualquier aspecto de una relación. Una red social no es un grupo bien definido y limitado, sino una abstracción científica que se usa para facilitar la descripción de un conjunto de relaciones complejas en un espacio social dado en la que cada persona es el centro de una red de solidaridad y a la vez es parte de otras redes. La solidaridad implica un sistema de intercambios de bienes, servicios e información que ocurre dentro de la sociabilidad (ADLER LOMNITZ, 2003, p. 129-146).

2 Reconstitución de la élite: período post revolucionario 1952



Encuentro de dos mundos, Lorgio Vaca, Santa Cruz de la Sierra.

El surgimiento de la élite se dio entre 1880 y 1915 con el *boom* de la goma. El origen gomero de este sector trajo consigo dos consecuencias: i) El desarrollo de casas comerciales que se dedicaron a la exportación de materia prima. ii) La llegada de inmigrantes europeos sobre todo alemanes contratados por casas comerciales u otras empresas extranjeras que en poco tiempo se convirtieron en los principales inversionistas de la región (SORUCO SOLOGUREN, 2008).

A manera de caracterización se destacan tres variables importantes: i) La capacidad de la élite cruceña para realizar negocios con empresas extranjeras; ii) La fuente de ingreso ha estado ligada a la explotación de recursos naturales: la tierra; iii) Los matrimonios entre locales y extranjeros han jugado un papel importante en la conformación y posterior consolidación de dicha élite (SORUCO SOLOGUREN, 2008).

Desde la configuración de Bolivia como país el departamento de Santa Cruz ha sido objeto de preocupación del Estado. A mediados del siglo XIX posterior a la Guerra del Pacífico con Chile se desarrolló una serie de medidas para poblar el oriente, se consideró que Bolivia había perdido la guerra por el bajo nivel poblacional y la débil penetración del Estado. Se quería poblarlo con emigrantes europeos ya que en el imaginario colectivo de la época eran considerados trabajadores, emprendedores y civilizados. Se creía que eran los más aptos para habitar el oriente del país.

Posterior a la Guerra del Chaco el Estado tomó conciencia del potencial económico que podía aportar el oriente del país, en particular por la explotación de

petróleo de Tarija y Santa Cruz. En junio de 1936 se inició un proyecto de integración regional. En 1941 la misión estadounidense conocida como el «Plan Bohan» sentó las bases para la financiación y creación del Banco Agrícola, la Corporación Boliviana de Fomento, la construcción del oleoducto Camiri-Cochabamba y la carretera Cochabamba-Santa Cruz (ZALLES CUETO, 2006, p. 23).

De igual manera se crearon las condiciones para la agroindustria cruceña (producción de caña de azúcar, algodón y arroz). La construcción de la carretera Cochabamba-Santa Cruz fomentó la comercialización de productos y a la vez facilitó el traslado masivo de mano de obra andina hacia el oriente. Santa Cruz fue la región más favorecida con la revolución del 52, ya que el excedente de la nacionalización de las minas permitió financiar y estructurar allí una sólida economía agroindustrial.

Luego de la revolución del 52, la amargura fue reemplazada por el orgullo de su élite debido al auge económico (WALDMANN, 2003). Para la élite cruceña, el desarrollo económico del departamento se dio a pesar del abandono del gobierno central; sin embargo, el Estado boliviano desde 1952 estableció el desarrollo regional cruceño. La reforma agraria y el proceso que la acompañó fomentó distintas redes familiares de extranjeros: japoneses, rusos y croatas se asentaron en el departamento.

Por otro lado, la ciudad se vio favorecida por el *boom* económico producido por el narcotráfico de los años 70. Santa Cruz se había convertido en un centro importante de elaboración y exportación de cocaína vinculado a diversos sectores de la fuerza armada (ASSIES, 2006, p. 94). El rápido crecimiento económico de la ciudad es un signo de orgullo para la élite y para la no-élite: la Santa Cruz de los años 50 donde no había agua potable ni alcantarillado, la electricidad era insuficiente y pensar en instalar un teléfono o pavimentar las arenosas calles era casi un sueño (RUIZ RODRÍGUEZ, 2006, p. 55).

Los diferentes fenómenos políticos, económicos y sociales hicieron que en poco tiempo Santa Cruz se transformara en la referencia de planificación urbana, prosperidad y modernidad.

Santa Cruz se convirtió en la ciudad utópica imaginada por la burguesía inglesa del siglo XIX ¿Qué otra ciudad en Bolivia logró construirse en un sistema cerrado de anillos? La ciudad utópica que se construye en Santa Cruz en los años 70, es la ciudad industrial inglesa, que es satélite de Londres (SORUCO SOLOGUREN, 2008, p. 88).

La ciudad está formada por una serie de avenidas que van en círculos y se denominan anillos. En el centro se ubica la Plaza 24 de Septiembre con un arreglo arquitectónico de poder religioso y secular. Distribuido alrededor de la plaza central se encuentra la catedral, la municipalidad, el club social, la policía y la prefectura. El Casco Viejo rodea la plaza. El poder tradicional cruceño se asocia con el Casco Viejo y las familias tradicionales conocidas como los cambas del primer anillo, dichas familias han sido protegidas de los foráneos (migrantes andinos y cambas pobres).

Con el crecimiento urbano las familias pertenecientes a la élite se mudaron para las áreas residenciales ubicadas al norte: Equipetrol y los alrededores de la estatua del Cristo. Lugares como Equipetrol y la avenida Monseñor Rivero evocan la riqueza y ocio de la élite (GUSTAFSON, 2006, p. 7-8). De esa manera no sólo se dio una mayor diferenciación social sino que además se logró proteger los intereses familiares.

3 Redes familiares vinculadas a la acumulación de tierra

Durante los gobiernos militares dictatoriales (1971-1978 y 1980-1982) y también en el mandato del gobierno democrático de Jaime Paz Zamora (1989-1993) se concedieron superficies de hasta 50.000 hectáreas de tierra de manera gratuita a los allegados políticos.⁴ Tierras que inicialmente no tenían mayor valor económico porque no existía demanda de compra y la actividad agropecuaria era apenas incipiente en la región; sin embargo, a partir de 1993 inició el mercado de compra-venta de tierra, los principales inversionistas fueron extranjeros, primero brasileños,⁵ luego argentinos (URIOSTE, 2011, p. 1-86) en los últimos años colombianos.

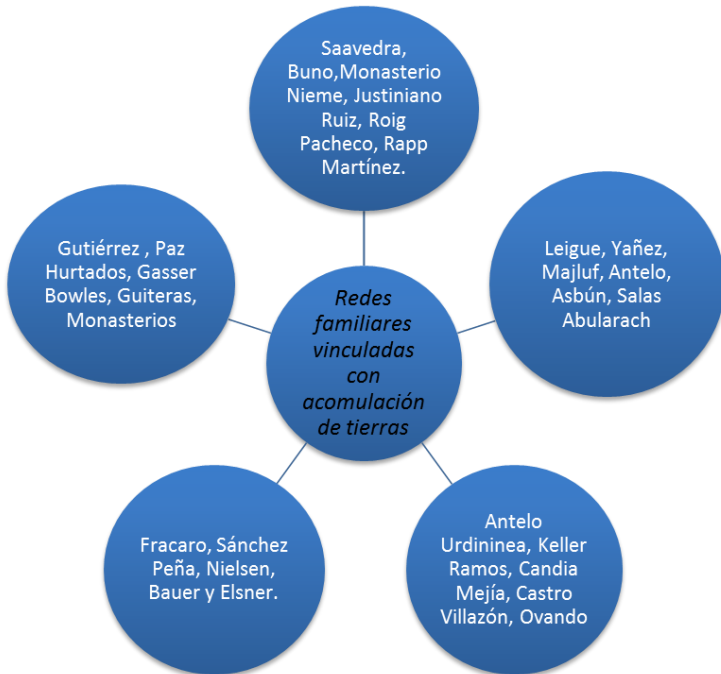
Se estima que la élite cruceña está conformada por 100 redes familiares, pero 15 familias poseen medio millón de hectáreas. De acuerdo a (O'BRIAN, 2008, p. 13-14), un centenar de familias posee 25 millones de hectáreas, cinco veces más que dos millones de campesinos que trabajan en otros cinco millones de hectáreas y que subsisten a duras penas en minifundios. La élite cruceña concentra las tierras más fértiles, los bosques y enormes yacimientos de gas, petróleo, minería y biodiversidad. Las 15 familias disponen de medio millón de hectáreas de tierras fértiles que equivale a 25 veces el tamaño de toda Santa Cruz de la Sierra. La ciudad tiene 20 mil hectáreas y vive un millón de personas.

Las redes familiares están conformadas por: los Saavedra Buno, Monasterio Nieme, Justiniano Ruiz, Roig Pacheco, Rapp Martínez, Antelo Urdininea, Keller Ramos, Candía Mejía, Castro Villazón, Ovando, Fracaro, Sánchez Peña, Nielsen, Bauer y Elsner. La familia Monasterio controla una superficie de tierras tres veces mayor a la ciudad de Santa Cruz, una parte le fue entregada en calidad de dotación (gratuita) por los gobiernos militares y neoliberales en un abierto tráfico de influencias.

⁴ Los allegados podrían ser de una misma familia.

⁵ A diferencia de los inmigrantes japoneses y menonitas (Canadá), los inmigrantes brasileños, se insertaron plenamente a la élite camba, no sólo en la esfera económica-productiva, sino también en algunos niveles políticos regionales, aunque de manera muy cautelosa y poco visible. Algunos de los principales soyeros brasileños forman parte de la directiva de nueve personas de la Asociación Nacional de Productores de Oleaginosas (ANAPO), para ello fue necesario modificar sus estatutos. En el sector de la élite agroindustrial, las redes brasileñas cuentan con algunos niveles de poder político muy sutil, (MARQUES GIMÉNEZ, 2010). De acuerdo a la autora, es bastante llamativo que a pesar de la evidente presencia de las familias brasileñas, de su poder e influencia en el plano sociopolítico local, esta no haya sido objeto de estudio.

Gráfico 1. Redes familiares vinculadas con la acumulación de tierra



Elaboración propia basada en O'Brian (2008).

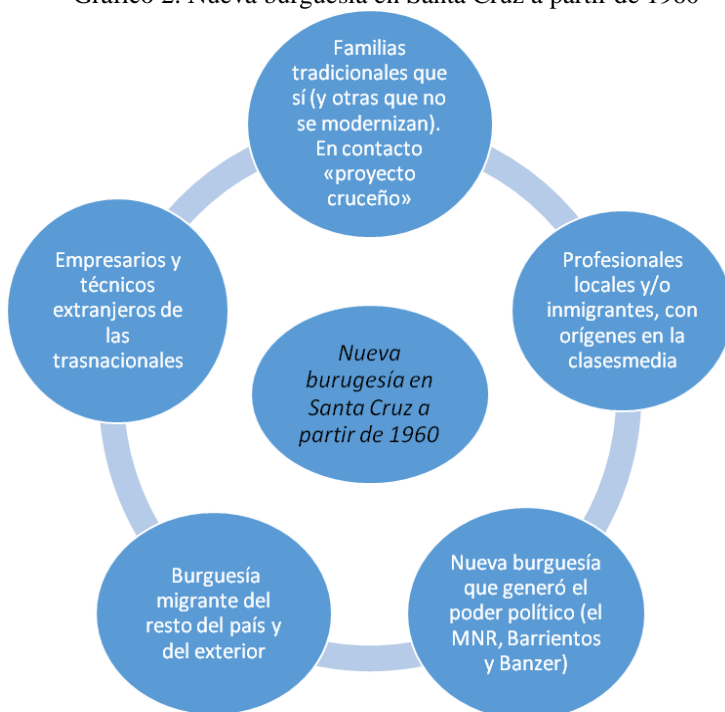
Otras redes familiares que acumulan tierras son: los Gutiérrez (96 mil ha), la familia Paz Hurtados (76 mil ha), y la familia Gasser Bowles (72 mil ha). Los datos oficiales remitidos por Econoticias Bolivia apuntan que tan sólo la red de los Guiteras, Monasterios, Leigue, Yañez, Majluf, Antelo, Asbún y Salas Abularach se apoderaron de 3,1 millones de hectáreas en Santa Cruz y Beni. En Bolivia, una familia de terratenientes detenta en promedio un cuarto de millón de hectáreas (250 mil ha) de tierra fértil, en el otro extremo se encuentran la familia campesina apenas posee una hectárea con poca capacidad de productividad (O'BRIAN, 2008, p. 14-15).

Un requisito básico para formar parte de la élite es: la posesión de grandes extensiones de tierra como eje acumulación de riqueza.⁶

⁶ De acuerdo a Palencia Prado, *el eje de acumulación*, es el proceso mediante el cual un sector productivo de la economía se convierte en el motor de la dinámica capitalista. En términos generales, cualquier actividad económica susceptible de producir o realizar plusvalía puede convertirse (desde la visión capitalista) en el eje de acumulación. Su lógica de desplazamiento consiste en el descubrimiento de una tasa de ganancias superior a lo que ellos mismo poseen en el sector económico del que se lucran. Tanto a nivel mundial como nacional, el eje de acumulación es intrínseco del modelo económico. Cuando un eje de acumulación deja de ser rentable en relación a otro, el capital que lo sostiene busca moverse a otro campo que produzca una mayor renta y/o busca asociarse a otros capitales, ya sean nacionales, regionales o transnacionales con el fin de obtener la máxima ganancia. Pero, ello no puede lograrse únicamente desde la estructura económica, sino que promueve otros espacios a través de la gestión de políticas y

Desde los años 60 se consolidó la nueva burguesía en Santa Cruz conformada por: i) Familias tradicionales cruceñas que no se modernizaron, pero lograron capitalizarse como rentistas urbanos y rurales. ii) Familias cruceñas que sí se modernizaron y en poco tiempo diversificaron su actividad económica gracias a sus redes (el sector agrícola se convirtió en el gran proveedor de materia prima para las nuevas industrias estales). iii) Familias cruceñas pobres modernizadas por su contacto con «el proyecto cruceño» o con «la marcha hacia el oriente». iv) Nueva burguesía que generó el poder político (el MNR, Barrientos y Banzer). v) Burguesía migrante del resto del país y del exterior: los nuevos ricos. vi) Profesionales locales y/o inmigrantes de clase media que utilizaron sus conocimientos, capacidades y especializaciones en los años 60 y 70. vii) Empresarios y técnicos extranjeros de las trasnacionales que surgieron a partir de la capitalización.

Gráfico 2. Nueva burguesía en Santa Cruz a partir de 1960



Fuente: Elaboración propia basado en Prado Salmón (2007).

Con alto grado de cohesión entre las redes familiares y diversificación de actividades económicas estamos subrayando dos de sus principales características.

La(s) élite(s) cruceña(s) se distingue(n) por la integración de sus actividades. Cada miembro de ésta neo-oligarquía depende de cierto modo de los

leyes, así como de controles simbólicos y culturales. En este movimiento ha sido clave la intervención estatal (PALENCIA PRADO, mimeo, p. 1-34).

demás: la industria se apoya en la agricultura, y la agricultura ha vigorizado el comercio y las finanzas. Sus miembros más visibles se dedican a menudo al conjunto de estas actividades (LAVAUD, 1998). El autor se refiere a élites en plural; sin embargo, consideramos que el análisis de la élite cruceña debe realizarse utilizando el singular, ya que está constituida por redes familiares cohesionadas y que poseen o están vinculadas al mismo eje de acumulación de ganancia: la tierra.

A manera de síntesis, el origen de la élite cruceña data del siglo XIX, está vinculado con la *boom* de la goma y a la inmigración europea. La élite cambia está conformada por redes familiares locales y extranjeras. Su eje de acumulación de riqueza gira en torno a la posesión de grandes extensiones de tierra. En los últimos se ha diversificado a otros rubros, por ejemplo a la producción agroindustrial, banca, finanzas y servicios.

4 Estructura de poder

A continuación, se estudia la estructura formal de poder político de la élite cruceña: el Comité Cívico Pro Santa Cruz. En la primera fase se analiza brevemente el origen y el liderazgo político que ejerció antes y después del ascenso de la nueva élite política representada por Evo Morales y Álvaro García Linera. Para una mejor comprensión del dilema que existe entre las élites, en la segunda fase se realizó la siguiente periodización: de 2006 a 2009 y de 2010 hasta hoy en día.

El Comité Cívico Pro Santa Cruz es el centro de las decisiones estratégicas fundamentales. Detrás de éste se aglutinan las principales estructuras de poder económico: La CAINCO,⁷ la CAO⁸ y FEGASACRUZ.⁹ En el Comité confluyen diferentes organizaciones con distintos intereses, pero todos bajo la bandera del «proyecto cruceño».

⁷ La CAINCO al representar los intereses de la élite cambia, incorpora los rubros productivos en los que las familias incursionan. A principios de 1990 incorporó la producción de soya, negocio dirigido por las redes de familias extranjeras. En 2001 incorporó los sectores servicios: telecomunicaciones, informática y finanzas. Desde julio de 2003 trabaja con el sector turismo.

⁸ La Cámara Agropecuaria del Oriente fue fundada el 14 de octubre de 1964, se define como una asociación civil de derecho privado y sin fines de lucro. La integran 10 asociaciones de productores. Hasta 1997 contaba con 45.000 afiliados agrupados en tres sectores: agricultura, ganadería y agroindustria. Teóricamente la institución está abierta a los campesinos; sin embargo, estos no forman parte de su junta directiva. De acuerdo a (URIOSSTE, 2011), los pequeños productores son parte del modelo agroexportador y se organizan para obtener mayores cuotas de representación, mayor capacidad de negociación e incrementar sus ganancias, pero los indígenas y campesinos con territorios colindantes con poca tierra no cultivan soya.

⁹ La Federación de Ganaderos de Santa Cruz está conformada por 32 asociaciones de ganaderos. De acuerdo a la información disponible en su sitio web FEGASACRUZ es la entidad que representa al sector ganadero del departamento de Santa Cruz. Defiende los intereses productivos de sus asociados y contribuye a la seguridad alimentaria del país. Según sus previsiones para 2016, la Federación se habrá consolidado como una organización gremial con más de 10.000 asociados y promoverá la apertura de 5 nuevos mercados externos y el desarrollo de un hato de cinco millones de cabeza de ganado bovino distribuido en 15 provincias del departamento de Santa Cruz.

La gestión de Melchor Pinto Parada (1957-1959) se caracterizó por fuertes tensiones entre la élite cruceña y el gobierno central, la primera demandó al gobierno, el pago del 11% de las regalías petroleras a los departamentos productores. Los fondos obtenidos fueron gestionados por la Corporación Regional de Desarrollo de Santa Cruz (CORDECRUZ).

Desde la década de los 70, los representantes CORDECRUZ jugaron un papel significativo, fue en esa década que la institución recibió recursos importantes con los que promovió la expansión de los servicios urbanos en la ciudad y la construcción de infraestructuras en todo el departamento. Las regalías petroleras contribuyeron a que Santa Cruz se posesionara económicamente (ASSIES, 2006, p. 93).

La diferente bibliografía menciona que el Comité surgió para defender los «intereses regionales», pocos autores especifican que el Comité fue fundado por y para la defensa de los intereses de la élite cruceña. En ese sentido, nos remitimos a la investigación de (BURBANO DE LARA, 2012).

Según el autor, Santa Cruz interactuó con el proceso nacionalista y revolucionario desde su propia visión de lo que había sido el Estado minero. Entre la élite cruceña y la revolución existían intereses compartidos en cuando a la necesidad de modificar el modelo económico sustentado en los enclaves mineros de la plata y el estaño. La modernización y el desarrollo constituían un posible lugar de encuentro donde podían empalmar perfectamente las luchas cruceñas por lograr la integración del oriente en el espacio nacional mediante una redefinición del modelo económico, tal como se proponía la revolución (BURBANO DE LARA, 2012, p. 60).

La convergencia de intereses entre élite gobernante y élite cruceña favorecieron el *boom* económico en la región. Según (ASSIES, 2006, p. 94) entre 1955 y 1975 las exportaciones aumentaron un 37%, los principales productos fueron petróleo y gas, seguido del algodón.

Los Comités se convirtieron en instancias de autogestión y liderazgo social. La convocatoria de un paro cívico era secundado por la mayor parte de la población. De esta cuenta el paro cívico se convirtió en un instrumento de presión imbatible (HARO GONZÁLEZ, 2008, p. 25). A finales de los años setenta e inicios de los ochentas el Comité se había convertido en el protector y defensor de la élite. Su fortalecimiento y presencia social se consolidó con el apoyo de las damas cruceñas.

Con la creación del Comité Cívico Femenino de Santa Cruz, en octubre de 1957, se institucionalizó la lucha femenina por los intereses de la élite.

Al analizar la directiva del Comité Cívico Femenino desde 1957 hasta 2014, se puede observar que desde la cúpula de la jerarquía institucional hasta los cargos más bajos, son liderados por mujeres descendientes y/o esposas (de) familiares de la élite. Los puestos funcionan con el modelo de rotación:¹⁰ presidencia, vicepresidencia, secretarías, 10 directorios y 13 pro-secretarías.

¹⁰ Véase: «Fundación del Comité Cívico Femenino de Santa Cruz: 55 años al servicio de Santa Cruz,» disponible en: www.comitecivicofemeninoscz.blogspot.com (Última consulta, 20/12/2016).

A partir de los años 70 el Comité Cívico Femenino fomentó la organización de Comités Cívico Femeninos en diferentes provincias del departamento de Santa Cruz, también en los departamentos del Beni y Pando. Su protagonismo inició en 2003 con el respaldo a la demanda por autonomía departamental. En 2004 se encargó de la recolección de 500.000 firmas para el referéndum departamental por las autonomías y en diciembre de 2006 participó como co-organizador de los diferentes cabildos.

Según Germán Antelo Vaca, presidente del Comité Cívico Pro Santa Cruz (2005-2007), el Comité en su lucha por la implementación de la autonomía departamental fue capaz de realizar cuatro cabildos: el primero de 150.000, el segundo de 300.000, el tercero de 500.000 y el cuarto de 1.000.000 de personas (REVISTA MOJÓN21, 2011, 48).¹¹

En ese contexto (SELEME ANTELO, 2008) sostiene que el Comité Pro Santa Cruz se convirtió en la institución bajo la cual se protegen los intereses económicos de su élite, capaz de articular cuatro componentes clave en la construcción de la identidad cruceña:

i) Lo geográfico (el oriente); ii) Lo histórico (la historia de olvido de una región); iii) La cultura (lo cambia); y iv) Lo ideológico (la cruceñidad), que se transforma en elementos homogeneizadores del andamiaje institucional corporativo e ideológico. Ese poder que es un poder simbólico ha sido y es reproducido por los canales disponibles de la élite (SELEME ANTELO, 2008, p. 171).

La cúpula jerárquica construyó un fuerte capital simbólico que logró dividir el territorio del Estado boliviano.

«La retórica autonomista se convirtió en un factor de movilización local y regional dominada por la tesis del Comité Pro Santa Cruz, que empezó a liderar el movimiento regional. Su estrategia consistió en definir y posicionar su propia agenda para condicionar cualquier refundación del país. Desde 2004 amplios sectores de la sociedad cruceña respaldaron las iniciativas propuestas por el Comité con enormes concentraciones públicas, paros departamentales, huelgas e incluso acciones violentas contra las instituciones públicas y grupos sociales que no se plegaban a los llamados del comité». (BURBANO DE LARA, 2012, p. 217).

La retórica autonomista que hace referencia Burbano de Lara¹² tuvo como portavoces a Rubén Costas Aguilera, presidente del Comité Cívico en la gestión 2002-2004. Germán Antelo Vaca, presidente en la gestión 2005-2007 y Branco Marinkovic Jovicevic, presidente en la gestión 2007-2009.

Cuando Marinkovic asumió la presidencia de Comité Pro Santa Cruz la demanda autonómica había alcanzado carácter político-regional; sin embargo, para

¹¹ El *Cabildo del Millón*, es considerado la mayor concentración social ocurrida en Santa Cruz de la Sierra.

¹² Para profundizar en el ascenso del movimiento autonomista y las crisis regionales. Véase Burbano de Lara (2012).

2008 no sólo se trataba de demanda autonómica, la fracción más radical de la élite al sentirse amenazada por Evo Morales intentó derrocarlo, pero fracasó en el intento y fue derrocada políticamente.¹³

5 Poder simbólico: la cruceñidad como discurso

Al igual que el Comité Pro Santa Cruz, la CAINCO desempeñó un papel importante en la construcción del proyecto cruceño, creó y sociabilizó los valores cruceños a través de los medios de comunicación, de las instituciones educativas y de los acontecimientos sociales y culturales.

Según (ARGIRAKIS, 2011), el Comité determinó los valores, contenidos y códigos simbólicos. Su capacidad funcional radica en pretorianizar,¹⁴ movilizar conciencia, voluntades y cuerpos al extremo de convertir individuos en masa amorfa indiferenciada y manipulable para sus intereses. El mito de la cruceñidad persigue desmontar los imaginarios sociales narrados por la memoria colectiva.

La cruceñidad es una interpretación de lo cruceño que a su vez se refiere a la constitución de Santa Cruz como una comunidad particular en todos los sentidos: políticos, económicos, sociales y culturales. Estas particularidades han desarrollado un proceso basado en hechos reales que han permitido que se forme una identidad cultural propia y diferenciada (PLATA QUISPE, 2008, 132).

La cruceñidad como elemento articulador de los intereses regionales tiene al Comité Pro Santa Cruz, ya que es la entidad supra local donde confluyen y se aglutinan la representación política regional. El discurso de la cruceñidad logró convertirse en el núcleo mítico de la ideología de la élite.

6 El cambia: el mito

En el auge de la demanda autonómica el imaginario regional adquirió tintes racistas contra los habitantes del occidente, principalmente en contra de los campesinos de origen quechuas y aymaras, denominados peyorativamente «collas» se les estigmatizó como los sujetos que no prosperan, la parte «fea» del país (ARGIRAKIS, 2011). Si «el colla» representa la parte atrasada, fea y pobre, «el cambia» representa lo contrario. En la publicación de (WALDMANN, 2003), se recoge un extenso listado de los rasgos característicos del cambia:

¹³ La primera etapa de reacomodo de las élites (2006-2009) estuvo dominada por fuertes episodios de conflictividad entre la nueva élite política y la élite cambia.

¹⁴ Pretorización entendida en la conversión de ciudadanos soldados militantes de la causa cruceña, caracterizado por las relaciones políticas polarizadas y visiones del mundo exclusivo y excluyente (Entrevista con Helena Argirakis Jordán, Santa Cruz de la Sierra, 16/08/2011).

«Dicharachero, conversador, sociable, extrovertido, amigüero; 2) alegre y optimista; 3) confiado; 4) botarate y no ahorrativo ni acumulativo, no se preocupa por el mañana; 5) conformista y satisfecho (conforme consigo mismo y con el medio); informal; sin etiquetas; 7) generoso y hospitalario; 8) impulsivo, temperamental y sensible a impresiones fuertes pero poco duraderas; 9) franco, directo y sincero; pragmático, práctico, poco apego a la reflexión teórica, abstracta y al pensamiento racional y lineal; 11) independiente e individualista; 12) imprevisible, inconstante, impaciente y superficial; 13) frívolo y hedonista, amante de la música, el baile, la ropa, el color; 14) orgulloso y cuidadoso de su honorabilidad; 15) honrado y “de palabra”; 16) sencillo y austero en vivienda y alimentación; 17) machista; 18) amoral; 19) gusto por el cambio y la novedad; 20) espíritu comerciante y aventurero, amante del riesgo y del “todo o nada”» (Cooperativa Cruceña de la Cultura, 1990, p. 326, citando en WALDMANN, 2003, p. 190).

En Santa Cruz a nadie le interesan mucho las normas que regulan el comportamiento social en forma transparente y previsible, las personas se reservan el derecho de modificarlas o derogarlas según la situación y el compañero de interacción.

«Esto no significa que el caos reine en la ciudad. Sería erróneo suponer que allí domina la falta de reglas, la anomia. En efecto, existen concepciones y modelos de orden, aunque no es posible expresarlos en preceptos o interdicciones concretas». (WALDMANN, 2003, p. 1992).

El autor menciona que al Estado se le observa como un cuerpo extraño, cuyas leyes le son impuestas, por lo tanto, sólo pueden tener una legitimidad relativa. El enfrentamiento se agudiza porque el gobierno es ejercido desde La Paz (por collas). Justamente por aquellos cuyos parientes pobres que inundan Santa Cruz y afean la imagen tradicional de la ciudad con sus puestos de ventas, pero que además cuestiona la tradicional identidad cambia.

Las dinámicas sociales entre élite y no-élite son marcadas y aceptadas. Por esa razón, el autor menciona que el más fuerte es el que lleva ventajas, es el que se impone, es el que dispone de más poder o de otros recursos sociales. El poder y la riqueza en recursos se miden no tanto por las cualidades individuales de una persona, sino según los criterios de pertenecía social siendo decisivo el grupo y las redes sociales.

El sector más radical de la élite cruceña alzó la bandera de cambio e intentó construir uno de sus proyectos más ambiciosos: separarse del Estado boliviano.

7 Élite política y élite cruceña: relación actual

La primera etapa del reacomodo de élites (2006-2009) estuvo marcada por continuas crisis políticas y sociales. Cuando Marinkovic asumió la presidencia del Comité Pro Santa Cruz la demanda autonómica había alcanzado carácter político-

regional; sin embargo, en 2008 no se trataba sólo de demanda autonómica sino de la lucha por el poder. Pero la nueva cúpula política encabezada por Evo Morales, Álvaro García Linera y Juan Ramón Quintana optó por la eliminación del sector más conflictivo: Matkovic Ribera, Guido Mayar, Branko Marinkovic, Francisco Cirbián, Pedro Yovhio y Ronald Castedo. El supuesto caso de terrorismo marcó el fin de la fracción más radical de la élite cruceña.

A grandes rasgos, el 16 de abril de 2009 un comando de élite de la policía intervino el hotel Las Américas, en Santa Cruz, en el operativo fueron asesinados Eduardo Rózsa, Michael Qwyer y Arpád Magyaros. Fueron detenidos Mario Tadic y Elöd Tóasó, acusados de ser los miembros de una banda internacional que junto a la fracción radical pretendía generar acciones separatistas.

De acuerdo a la versión gubernamental el supuesto grupo terrorista intentaba asesinar a Evo Morales. Según la fracción acusada de la élite cruceña se trató de un montaje político para eliminar a la oposición regional. Más allá de las versiones de ambas élites es importante subrayar que con el caso de terrorismo la fracción radical fue eliminada. El gobierno acusó formalmente a los presuntos implicados: Branko Marinkovic, Guido Náyar, Hugo Antonio Achá, Alejandro Melgar, Lorgio Balcázar y Gelafino Santistevan,¹⁵ (actualmente prófugos), la orden de captura fue dada a inicios de 2011 por el Fiscal Marcelo Sosa.

En ese marco Xavier Albó mencionó:

«El famoso caso que está lleno de interrogantes, pero fue bien definitorio para muchas cosas, de si estaba o no este terrorista famoso un boliviano-croata-búlgaro... fue un golpe muy duro para ellos. Como élite política ciertamente ha quedado muy rebajados y el MAS ha hecho el esfuerzo de meterse dentro de la “cancha de ellos” para ir ganando fuerzas». (Entrevista con Xavier Albó, La Paz, 31/07/2011).

El proceso de la investigación ha sido cuestionado por diferentes sectores: medios de comunicación, algunos políticos que representan a la derecha y por un reducido sector de la élite cruceña.

La segunda etapa de 2010 hasta hoy en día¹⁶ se caracteriza por grandes transformaciones. En la actualidad tanto la élite política como la económica presumen del *boom* económico por el que atraviesa el departamento de Santa Cruz: «Santa Cruz sube al 28,3% del PIB y fija su liderazgo». De acuerdo al discurso manejado por ambas élites la sociedad cruceña ha comenzado a sentir el crecimiento económico.

¹⁵ Véase: «Fiscal Sosa espera que la Interpol capture a Marinkovic, Náyar y Achá,» disponible en: <http://www.eldeber.com.bo/2011/2011-06-30/vernotaahora.php?id=110630155755> (Última consulta, 20/12/2016).

¹⁶ Para conocer las percepciones que existen en Bolivia, véase ESPINOZA, F. (2015). *¿Quiénes tienen el poder en Bolivia? Algunas percepciones de Santa Cruz y La Paz para entender la coyuntura política.* Newsletter. Observatório de elites políticas e sociais do Brasil. NUSP/UFPR, v.2, n. 12, outubro. p. 1-13. ISSN 2359-2826.

En 2012, en comparación con el año anterior la región aumentó su PIB de 27,1% a 28,3%. El PIB boliviano cerró con US 26.846 millones. La semana posterior de haberse publicado el informe se hizo público: *El Ranking Empleador Líder, 2012/2013*, un estudio que afirma que los trabajadores más felices de Bolivia están en Santa Cruz. Los cruceños son los empleados más satisfechos con un 75%, seguido de La Paz 73% y Cochabamba con 72%.¹⁷

A manera de reflexión se plantean la siguiente pregunta: ¿Qué factores influyeron para que se produjera el acercamiento entre ambas las élites?

El acercamiento de Evo Morales con la élite cruceña se dio porque es consciente que su gobierno no detenta el poder económico.

Cuando se produjo la escasez de arroz y azúcar en 2007 y 2008, provocada por el sector agroindustrial hubo una fuerte crisis alimentaria. Morales se vio obligado a importar estos productos de los países vecinos.

Con lo anterior estamos mencionando uno de los aspectos más significativos de las relaciones elitarias: la delimitación de los ámbitos sociales en los que se generan las interacciones entre las élites. Si en el período 2006-2009 el vicepresidente Álvaro García Linera había confrontado a la élite cruceña, en el período 2010-2016, tanto Evo Morales como Álvaro García Linera mantienen un discurso conciliador.

A principios de enero de 2013, en el marco de un encuentro departamental con el empresariado cruceño, García Linera dijo: «...se terminó el tiempo de la confrontación, de la discriminación y de las desigualdades económicas porque el Gobierno aplicó políticas para mejorar la economía y distribución de las riquezas equitativa.»¹⁸

De igual manera, en los dos últimos años representantes de la élite cruceña expresan el acercamiento hacia la élite política, por ejemplo, los medios de comunicación hicieron referencia a la postura de Gabriel Daddoub, líder del empresariado cruceño: «...el evento de ayer demuestra que Santa Cruz es buen ejemplo de concertación y diálogo; también solicitó a su sector que participe en todas las mesas que se instalan para impulsar la construcción de Santa Cruz 2025, en la que se beneficie con inversión y desarrollo productivo.»¹⁹

La nueva relación entre las élites fue comentada por algunos académicos cruceños: Gustavo Pedraza y Reymi Ferreira e incluso por Sergio Antelo, sostienen que la élite cruceña hizo un pacto con el gobierno y abandonó el cruceñismo.

¹⁷ Véase: «Los trabajadores más felices del país están en Santa Cruz,» <http://boliviainforma.wordpress.com/2013/08/30/los-trabajadores-mas-felices-del-pais-estan-en-santa-cruz/> (Última consulta, 20/12/2016).

¹⁸ «El Estado son muchas otras cosas y más allá con esta nueva Constitución, yo como ciudadano defiendiendo este Estado, pero el ámbito gubernamental empuja estas cosas y ha reforzado las viejas élites o élites emergentes, cuando digo élites emergentes, el tema saneamiento de tierras se ha parado en las tierras bajas, ¿por qué? O ese es parte de los acuerdos del dos mil nueve, ha aumentado el apoyo y el respaldo al agro negocio.» (Entrevista con Oscar Vega Camacho, La Paz, 12/07/2011).

¹⁹ Véase: «El gobierno se acerca más a empresarios cruceños,» disponible en: <http://www.eldeber.com.bo/nota.php?id=130117222911> (Última consulta, 20/12/2016).

Llama la atención algunas de las críticas que se le hacen a la élite camba. Se le echa en cara la falta de un proyecto político que sea capaz de hacer contrapoder al gobierno.²⁰ Se asume que una de las funciones de la élite económica es el contrapeso político al gobierno ¿Por qué la élite cruceña no está interesada en asumir ese papel? Porque la élite camba concentra el poder económico, pero no tiene capacidad de movilización social.²¹ En ese sentido, es importante mencionar que la élite camba no es una élite política, intentó llenar los vacíos de poder regional (oriente) cuando se produjeron conflictos sociales.

«Hubo una estrategia política de cooptación (por parte del gobierno) de invitarlos a hacer negocio. Efectivamente están haciendo buenos negocios en alianza con el Estado, pero de ninguna manera significa que son aliados del gobierno porque no piensan igual, siguen conservando su mentalidad racista y conservadora». (Entrevista con Helena Argirakis, Santa Cruz de la Sierra, 16/08/2011).

En julio de 2013, los medios de comunicación informaron que el gobierno boliviano compró 478.261 quintales de azúcar para exportarlos al mercado venezolano.²² De esta cuenta la élite cruceña (re)inició un nuevo ciclo de acumulación de riqueza marcado por la reapertura al mercado internacional.

Las alianzas entre las élites quedaron demostradas en la promulgación de la Ley No. 317 de apoyo a la producción y restitución de bosques. Con dicha ley se dio luz verde para que la CAO pueda expandir el área de producción de alimentos en todo el país. En la actualidad es de 1,1, pero pasará a 1,7 millones hectáreas (un 35% hasta el 2018).²³

Al analizar el balance de las exportaciones bolivianas se constata el *boom* económico que vive la élite cruceña desde 2010. De acuerdo al Instituto Boliviano de Comercio Exterior (IBCE), las exportaciones hasta el primer semestre de 2013, totalizaron 5.886 millones de dólares, por 13,4 millones de toneladas un incremento relativo del 14% en valor y 22% en volumen en comparación al año pasado.

El IBCE informó que las exportaciones podrían rebasar el récord histórico de \$ 11.589 millones logrados en 2012 y podrían acercarse a los \$us 13.000

²⁰ Véase: «*La élite pactó con el gobierno y abandonó el cruceñismo,*» disponible en: <http://www.eldeber.com.bo/la-elite-pacto-con-el-gobierno-y-abandono-al-crucenismo/130105191846> (Última consulta, 20/12/2016).

²¹ Hasta 2009 la élite cruceña había rechazado la presencia de Evo Morales. De acuerdo al diario La Razón, la única vez que el Jefe de Estado había asistido a Expocruz había sido en el año 2010, en esa oportunidad, Morales se disculpó por no haber participado de las anteriores versiones – por la oposición de algunas personas. Sin embargo, en la Expocruz de septiembre 2013, el presidente Evo Morales, no sólo la inauguró, sino que además estuvo gobernando el país desde la ciudad de Santa Cruz de la Sierra. Véase: «*Ávalos dice que Evo inaugurará Expocruz 2013,* » disponible en: http://www.la-razon.com/economia/Avalos-dice-Evo-inaugurara-Expocruz_0_1906609356.html (Consultado, 20/12/2016).

²² Véase: «*Insumos Bolivia comprara azúcar de Bermejo para exportar a Venezuela,*» disponible en: <http://www.eldeber.com.bo/insumos-bolivia-compra-azucar-de-bermejo-para-exportar-a-venezuela-/130703150047> (Última consulta, 20/12/2016).

²³ Véase: «*Gobierno y agro pactan para expandir la frontera agrícola,*» disponible en: <http://www.eldeber.com.bo/gobierno-y-agro-pactan-para-expandir-la-frontera-agricola/130111221858> (Última consulta, 20/12/2016).

millones. Entre los productos no tradicionales las exportaciones superaron por primera vez la barrera de los \$1.047 millones y los 2,6 millones de toneladas en volumen. La producción agroindustrial conformada por las oleaginosas como soya, girasol y sus derivados mantienen su lugar de privilegios en las ventas externas.

«Una vez superados los impasses con las industrias sucroalcoholeras, el Gobierno comenzó a dar buenas señales. De hecho, a través de la estatal Insumos Bolivia a fines de julio la exportación a Venezuela de 22.000 de las 60.000 toneladas de azúcar que había como excedentes en el país...Hasta el momento, entre el azúcar y alcohol, ya se ha exportado por un valor de \$us 47 millones y las perspectivas de crecimiento del sector cada vez se consolidan...El Gobierno subió de 2.000 a 5.000 toneladas el permiso para exportar y gestiona negocios a corto y mediano plazo en alianza con los ganaderos para consolidar el mercado peruano e incursionar en Venezuela China y la India». (El Deber, 18/08/2013).

El punto más llamativo del informe es la coincidencia entre el crecimiento económico de las exportaciones y los rubros beneficiados. Señala que la soya, el girasol y el alcohol de los ingenios Aguay y Guabirá son los que generan mayores ingresos.²⁴ Rubros que históricamente han estado en manos de las redes familiares pertenecientes a la élite cruceña.

Se menciona que en 2013 el azúcar, alcohol y derivados fueron exportados a 30 países de destinos: Colombia, Francia, Italia, Países Bajos, etc. Sin embargo, el mismo informe señala que el mercado de exportación es cada vez es más amplio ya que el complejo oleaginoso fue comercializado con 30 países: Venezuela, Chile, España, Egipto, Vietnam, Emiratos Árabes Unidos, Marruecos, Tailandia, Sudáfrica, etc. En ese sentido el diario El Deber del 19 de marzo de 2014, destaca que el IBCE sugirió al gobierno no entorpecer las (sus) exportaciones.

A finales de 2012, el sector empresarial cruceño presentó la «Marca Santa Cruz». De acuerdo al sitio web²⁵ la iniciativa presenta a Santa Cruz «como un todo» que fusiona tradición, modernidad e innovación. Al analizar este tipo de publicidad se percibe que el interés de la élite cambia es captar la inversión extranjera.

El *spot* publicitario: «*Santa Cruz, Bolivia...ni te imaginás*»²⁶ inicia con la pregunta: «¿Sabes cuál es la región que más crece en Sur América?, no te sorprendas si en este pueblo la hospitalidad es ley...esta es nuestra propia tierra de oportunidades». El discurso de la cruceñidad, es el mismo que menciona (WALDMANN, 2003), la novedad consiste en haberle agregado la palabra Bolivia (Santa Cruz, Bolivia).

²⁴ Véase: «*Joyas, carne, azúcar y alcohol apuntalan las exportaciones,* » disponible en: <http://www.eldeber.com.bo/joyas-carne-azucar-y-alcohol-apuntalan-las-exportaciones/130817172158> (Última consulta, 20/12/2016).

²⁵ Véase: Marca Santa Cruz, www.marcasantacruz.bo (20/12/2016).

²⁶ Véase: «*Santa Cruz, Bolivia...ni te imaginás,*» disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=VagmvPrMZ1U> (Última consulta, 20/12/2016).

8 Residencia actual de la élite cruceña

Un elemento importante en el estudio de la élite cambia es la relación que existe entre *boom* económico y lugar de residencia. Si con el *boom* del gaucho la élite residía en el Casco Viejo (SORUCO SOLUGUREN, 2008), con la reconstitución de los años 60 se trasladó a la zona de Equipetrol (GUSTAFSON, 2006). El actual *boom* económico le permite construir su propio *gated communities*²⁷ (barrio cerrado) en Colinas del Urubó.

Una de las ostentaciones de la nueva residencia es la construcción de una laguna artificial con arena blanca importada de Estados Unidos que tendrá el precio de 3 millones de dólares. La construcción de Mar Adentro inició en septiembre de 2013 y se estima que concluirá en 2016. «No se detalló el monto global de la inversión, se habla de varios millones de dólares.»²⁸ Se trata de un emprendimiento urbanístico cerrado que será edificado por la constructora Ivú SRL, constituida por inversionistas cruceños.

El lujoso proyecto se ubica a 13 kilómetros del puente del Urubó (Porongo).

«El “espejo” artificial de agua cristalina con playas de arena se construirá en siete hectáreas, de las 200 que abarca el complejo, se muestra como el mayor atractivo. Una isla de arena (12.000 m²), un arrecife artificial para bucear (7.000 m²), un club de velas y seis piscinas en el contorno de la laguna completan las obras en esta área. Solo en este punto estiman invertir \$us 5 millones.»²⁹

Mario Foianini es uno de los principales inversionistas de Colinas del Urubó, en una extensa entrevista al diario El Deber, explicó algunos detalles de la urbanización.

«...Colinas del Urubó como un proyecto planificado, hace que pueda crearse una ciudad que llegue a ser autónoma en algún momento...tenemos una inversión de aproximadamente \$us 50

²⁷ «The concept ‘Gated Community’, in Latin America also known as ‘Barrios Cerrados’ or ‘Barrios Privados’, is used to describe different types of fenced settlements that can today be found in nearly every country around the world. According to Vesselinov, the “physical barrier to entry” and the “restricted access” for non-residents are the two aspects most characteristic of ‘Gated Communities’ (Vesselinov 2008:538). Usually all aspects of daily life within Gated Communities are controlled by strict rules that are accepted voluntarily by the residents. “Both the sociological and the popular literature is replete with descriptions of the new gated communities, in which private security guards, high-tech surveillancesystems, and warning signs are all aimed at controlling entry and keeping “undesirables” out (Marcuse 1997:246). The target groups, though, are mainly senior citizens, members of the middle class, executive staff and social climbers» (ZIRZOW, ESPINOZA y JANSSEN, 2012).

²⁸ Véase: «Nace Mar Adentro con laguna artificial de \$us 3 millones.» disponible en: <http://www.eldeber.com.bo/nace-mar-adentro-con-laguna-artificial-de-us-3-millones-/130727190719> (Última consulta, 20/12/2016).

²⁹ Véase: «Inversores cruceños “anclan” Puerto Esmeralda en Urubó.» disponible en: <https://mail.google.com/mail/u/0/?tab=wm#trash/1412161abb6f45c1> (Última consulta, 20/12/2016).

millones entre puente, infraestructura, terrenos y obras. Hay inversiones, por ejemplo, Plaza Comercial Urubó debe estar rondando los \$us 6 millones, en el Urubó Business Center solo la torre uno costará unos \$us 20 millones y la torre dos unos \$ 15 millones, el Hotel Radisson costará otros \$ 20 millones, el hospital de tercer nivel, unos \$us 8 millones.»³⁰

A manera de reflexión se plantean las siguientes interrogantes ¿Colinas del Urubó es el espacio simbólico de autonomía de la élite camba?³¹

Por último, la consolidación de las buenas relaciones políticas entre ambas élites se dio públicamente en la Cumbre G77 + China realizada el 15 de junio de 2014 en el campo ferial de Santa Cruz, lugar que simboliza el éxito de la élite cruceña.

El estudio nos hace reflexionar en el fenómeno de cooptación de élites (BOTTOMORE, 1993; MILLS, 1957; WALDMANN, 2007). Resulta imposible separar lo político de lo económico ya que la economía nacional está vinculada a las instituciones del Estado. El caso boliviano demuestra que debido a la correlación de fuerza entre cada una de las élites se generó nuevo sistemas clientelares incluso entre dos grandes enemigos.

Conclusión

Al iniciar el presente artículo se planteó la siguiente pregunta ¿Cuál es el rol que desempeñan la vieja élite económica en la actual coyuntura política?

Realizar investigaciones de élites consolidadas como la cruceña ofrece algunas ventajas metodológicas ya que permite estudiar a profundidad el perfil social de la misma: origen, redes familiares, instituciones, poder simbólico y las relaciones coyunturales con la élite gobernante.

La periodización de las dos fases 2006-2009 y 2010 hasta hoy en día, permitió demostrar que a partir de dos mil diez se produjo un acercamiento entre ambas élites, fenómeno que fue percibido por las personas que participaron en las entrevistas: «Hubo una estrategia política de cooptación (por parte del gobierno) de invitarlos a hacer negocio. Efectivamente están haciendo buenos negocios en alianza con el Estado».

En términos generales existe cierto desencanto social cuando se compara el boom económico por los que atraviesa el país con los indicadores de pobreza y redistribución.

³⁰ Véase: «Mario Foianini Landívar: “Santa Cruz ve al Urubó como una competencia”,» disponible en: <http://www.eldeber.com.bo/mario-foianini-landivarsanta-cruz-ve-al-urubo-como-una-competencia/130609214431> (Última consulta, 20/12/2016).

³¹ El gobierno municipal de Santa Cruz, se encuentra debatiendo una ley que prohibiría la construcción de urbanizaciones cerradas, pero no afectará el proyecto de la familia Foianini, porque la futura ciudad pertenece al municipio de Porongo.

Desde 2005 hasta 2012, Bolivia descendió 16 puestos en el Índice de Desarrollo Humano. La élite política no maneja adecuadamente las instituciones políticas y económicas. Tampoco se han fortalecido las instituciones inclusivas que permitan la participación de la sociedad en su conjunto en las actividades económicas y políticas. Por el contrario, el acercamiento entre las élites fortalece la concentración de poder a favor de la élite cruceña.

En ese marco (ACEMOGLU y ROBINSON, 2012) sostienen que las causas de la pobreza y las desigualdades radican en el papel que desempeñan las instituciones políticas y económicas (reglas del juego), con las que la sociedad maneja sus economías y los derechos de sus ciudadanos. En todas las naciones existen dos tipos de instituciones: inclusivas y extractoras, las primeras son las que permiten y alientan a la participación de la sociedad en actividades económicas y políticas. La segunda, son las que están diseñadas para extraer la riqueza de un sector de la sociedad para continuar con los privilegios de las élites.

Desde que se produjo el remplazo de la vieja élite política en 2005, el gobierno de Evo Morales ha dado giros estratégicos para garantizarse la permanencia en el poder. Al conjunto de estrategias políticas incluyendo los pactos entre las élites, los hemos denominado «sistema clientelar de élites» debido a la predominancia de relaciones utilitaristas entre las élites existentes.

El clientelismo político se entiende como el intercambio de dos tipos diferentes de recursos y servicios: instrumentales (económicos y políticos) y expresivos (lealtad y confianza). En Bolivia la relación clientelar es dinámica debido al tipo de recursos que cada una de las élites concentra. La influencia que ejercen las élites permite relaciones de intercambios sociales e informales y beneficios mutuos.

Referencias

ACEMOGLU, D., ROBINSON A, J. (2012). Por qué fracasan los países. Bilbao: Deusto S. A. Ediciones.

ADLER LONMNITZ, L. (1994). Redes sociales, cultura y poder. Ensayos en antropología latinoamericana. México. D.F.: FLACSO.

___ (2003). Globalización, economía informal y redes sociales. Cultura en contacto: Encuentros y Desencuentros, p. 129-146. Madrid: Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

ADLER LONMNITZ, L., PÉREZ, L & SALAZAR, E. (2007). Globalización y nuevas élites en México. En Peter Birle, Wilhelm Hofmeister, Günther Maihold, Barbara Potthast (eds.), p. 140-168. Elites en América Latina, Iberoamericana-Vervuert, Madrid-Frankfurt.

ARGIRAKIS, H. (2011). El Comité Cívico Pro Santa Cruz como aparato ideológico de la élite cruceña. *Mojón 21*, No. 1, marzo, p. 42-46, Santa Cruz de la Sierra.

ASSIES, W. (2006). La “Media Luna” sobre Bolivia: nación, religión, etnia y clase social. *América Latina Hoy*, Universidad de Salamanca, Vol. 43, agosto, p.107- 130.

BOTTOMORE, T. (1993). *Élites and society*. London: Routledge.

BOURDIEU, P. (1988). Especio social y poder simbólico. *Revista de Occidente*, No. 81, pp.97-119.

— (2002). Estrategias de reproducción y modos de dominación. Colección pedagógica universitaria, diciembre, No. 37-38.

BURGANO DE LARA, F. (2012). Movimientos regionales y autonomías políticas en Bolivia y Ecuador, [Tesis], Universidad de Salamanca.

ESPINOZA, F. (2015). ¿Quiénes tienen el poder en Bolivia? Algunas percepciones de Santa Cruz y La Paz para entender la coyuntura política. Newsletter Observatório de elites políticas e sociais do Brasil. NUSP/UFPR, v.2, n. 12, outubro. p. 1-13. ISSN 2359-2826.

GUSTAFSON, B. (2006). O, lo que los toros y la reina de la belleza tienen que ver con el regionalismo en el Oriente. *Journal of Latin American Anthropology*, No.11, p. 351- 379.

HARO GONZÁLEZ, A. (2008). El proceso de descentralización boliviano: reforma institucional frente al poder de las sociedades regionales. *Paper*, Universidad Complutense de Madrid.

HOFMEISTER, W. (2007). Las élites en América Latina: un comentario desde la perspectiva de la cooperación para el desarrollo. En Peter Birle, Wilhelm Hofmeister, Günther Maihold, Barbara Potthast (eds.), pp. 125-141. *Elites en América Latina, Iberomericana-Vervuert*, Madrid-Frankfurt.

LAVAUD, J-P. (2007). Bolivia: ¿un futuro político hipotecado. *Revista Nueva Sociedad*, No. 209, mayo-junio, p. 142-159.

MARQUES GIMNEZ, H. (2010). O desenvolvimento da cadeia produtiva da soja na Bolivia e a presença brasileira: Uma história comum. Universidade de São Paulo.

MILLS, C. W. (1957). *La élite del poder*. México DF.: Fondo de Cultura Económica.

O'BRIAN, E. (2008). *Bolivia. La rebelión de los 100 clanes*. Montevideo: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD.

PALENCIA PRANDO, M. (mimeo). Elites y lógicas de acumulación en la modernización económica guatemalteca. Instituto de Investigaciones y Gerencia Política, Universidad Rafael Landívar, Ciudad de Guatemala.

PLATA QUISPE, W. (2008). El discurso autonomista de las élites en Santa Cruz. Ximena Soruco Sologuren (Coord.). Los barones del Oriente. El poder en Santa Cruz ayer y hoy, p. 101-166. Santa Cruz: Fundación Tierra.

PRADO SALMON, F. (2007). Poder y élites: Quienes son y como ejercen su poder. Fernando Prado Salmon (coord.). En Poder y élites en Santa Cruz: Tres visiones sobre un mismo tema, p. 147-200. Santa Cruz de la Sierra: El País.

REVISTA CASH: NEGOCIOS Y FINANZAS. (2009). Año V, No. 78, mayor, Santa Cruz de la Sierra.

REVISTA MOJÓN 21(2011), Año 2, No. 5, Santa Cruz de la Sierra.

SELEME ANTELO, S. (2008). Santa Cruz: Síntesis de La problemática y el contexto político regional. Alfonso Ferrufino Valderrama y Luis Alberto García Orellana (coords.). Configuraciones políticas en los departamentos de Bolivia. La construcción plural del nuevo campo político, p. 169-189. La Paz: SPC Impresores S. A.

SORUCO SOLOGUREN, X. (2008). Los barones del Oriente. El poder en Santa Cruz ayer y hoy. Santa Cruz: Fundación Tierra.

WALDMANN, P. (2007). Algunas observaciones y reflexiones críticas sobre el concepto de elite. Peter Birle, Wilhelm Hofmeister, Günther Maihold, BarbaraPotthast (eds.), p. 9-30, *Élites en América Latina*, Madrid-Frankfurt: Iberomericana-Vervuert.

__ (2003). *El Estado anómico. Derecho, seguridad y vida cotidiana en América Latina*. Caracas: Nueva Sociedad.

WALDMANN, A. (2008). *El hábitus cambia. Estudio etnográfico sobre Santa Cruz de la Sierra*. Santa Cruz: El País.

WHITE D. (1994). Enfoque de redes al estudio de comunidades urbana. *Revista de Estudio demográficos y urbanos*, Vol. 9, No 2, mayo/agosto, México D.F.

ZALLES CUETO, A. (2006). Una pieza más en el rompecabezas boliviano. *Revista Nueva Sociedad*, No. 201, Enero/Febrero, p. 20-32, Caracas.

ZIRZO, M., ESPINOZA, F., JASSEN, J. (2012). *Gated Community*. InterAmerican Wiki: Terms – Concepts – Critical Perspectives. www.uni-bielefeld.de/cias/wiki/g_Gated_Communities.html.

Otras fuentes

«Ávalos dice que Evo inaugurará Expocruz 2013,» disponible en: http://www.la-razon.com/economia/Avalos-dice-Evo-inaugurara-Expocruz_0_1906609356.html (Consultado, 20/12/2016).

«El gobierno se acerca más a empresarios cruceños,» disponible en: <http://www.eldeber.com.bo/nota.php?id=130117222911> (Última consulta, 20/12/2016).

Entrevista con Helena Argirakis Jordán, Santa Cruz de la Sierra, 16/08/2011.

Entrevista con Oscar Vega Camacho, La Paz, 12/07/2011.

Entrevista con Xavier Albó, La Paz, 31/07/2011.

«Fiscal Sosa espera que la Interpol capture a Marinkovic, Náyar y Achá,» disponible en: <http://www.eldeber.com.bo/2011/2011-06-30/vernotaahora.php?id=110630155755> (Última consulta, 20/12/2016).

«Fundación del Comité Cívico Femenino de Santa Cruz: 55 años al servicio de Santa Cruz,» disponible en: www.comitecivicofemeninoscz.blogspot.com (Última consulta, 20/12/2016).

«Gobierno y agro pactan para expandir la frontera agrícola,» disponible en: <http://www.eldeber.com.bo/gobierno-y-agro-pactan-para-expandir-la-frontera-agricola/130111221858> (Última consulta, 20/12/2016).

«Insumos Bolivia comprara azúcar de Bermejo para exportar a Venezuela,» disponible en: <http://www.eldeber.com.bo/insumos-bolivia-compra-azucar-de-bermejo-para-exportar-a-venezuela-/130703150047> (Última consulta, 20/12/2016).

«Inversores cruceños “anclan” Puerto Esmeralda en Urubó,» disponible en: <https://mail.google.com/mail/u/0/?tab=wm#trash/1412161abb6f45c1> (Última consulta, 20/12/2016).

«Joyas, carne, azúcar y alcohol apuntalan las exportaciones, » disponible en: <http://www.eldeber.com.bo/joyas-carne-azucar-y-alcohol-apuntalan-las-exportaciones/130817172158> (Última consulta, 20/12/2016).

«La élite pactó con el gobierno y abandonó el cruceñismo,» disponible en: <http://www.eldeber.com.bo/la-elite-pacto-con-el-gobierno-y-abandono-al-crucenismo/130105191846> (Última consulta, 20/12/2016).

«Los trabajadores más felices del país están en Santa Cruz,» <http://boliviainforma.wordpress.com/2013/08/30/los-trabajadores-mas-felices-del-pais-estan-en-santa-cruz/> (Última consulta, 20/12/2016).

«Mario Foianini Landívar: “Santa Cruz ve al Urubó como una competencia”,» disponible en: <http://www.eldeber.com.bo/mario-foianini-landivarsanta-cruz-ve-al-urubo-como-una-competencia/130609214431> (Última consulta, 20/12/2016).

«Nace Mar Adentro con laguna artificial de \$us 3 millones,» disponible en: <http://www.eldeber.com.bo/nace-mar-adentro-con-laguna-artificial-de-us-3-millones-/130727190719> (Última consulta, 20/12/2016).

«Santa Cruz, Bolivia...ni te imaginás,» disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=VagmvPrMZ1U> (Última consulta, 20/12/2016).

Marca Santa Cruz, www.marcasantacruz.bo (20/12/2016).

Recebido em 19/12/2016

Aceito em 24/12/2016

**A RESOLUÇÃO ONLINE DE LITÍGIOS (ODR) DE BAIXA INTENSIDADE
E SEUS REFLEXOS NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: UMA
ANÁLISE DA NORMATIVIDADE POLISSÊMICA DAS REDES
NUMÉRICAS**

**THE ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR) AND ITS REFLECTIONS
ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW: AN ANALYSIS OF POLISSEMIC
NORMATIVITY OF NETWORK NUMBER**

Fernando Sérgio Tenório de Amorim¹

Sumário: Introdução. 1 Que regulação para o ciberespaço? 2 A constituição de uma nova normatividade para o ciberespaço. 3 ODR e o Direito Internacional Privado: um diálogo possível? 4 Em busca da efetividade perdida: delimitando a jurisdição aplicável. 5 ODR e o Direito Internacional Privado: uma nova abordagem metodológica para o velho problema do conflito de leis e de jurisdições. Conclusão. Referências.

Resumo: O caráter conservador do Direito, decorrente da sua necessidade de preservação das estruturas sociais, e a natureza disruptiva das tecnologias de informação e transmissão de dados, que impõe à sociedade novas formas de relacionamento com o real, demarcam a relação nem sempre harmoniosa entre o Direito e a tecnologia. Não se pode negar a existência de uma certa distonia entre a regulação jurídica e o desenvolvimento tecnológico e tal fato conduz à formulação de duas questões fundamentais: é possível estabelecer um diálogo entre o Direito e as novas tecnologias de informação sem que a ausência de neutralidade da tecnologia comprometa a formação de um quadro de regulação específico para o ciberespaço e para a resolução dos conflitos dele decorrentes? Como estabelecer um modelo de regulação online de litígios que enfrente o caráter ubíquo e desterritorializado do ciberespaço, reformulando os tradicionais conceitos de fronteiras geográficas e jurisdicionais tão caros ao Direito Internacional, e, em especial ao Direito Internacional Privado? As respostas encontradas para tais problemas no âmbito interno das ordens jurídicas estatais possuem reflexos nítidos no cenário internacional, em especial quando se está a tratar de relações jurídicas que apresentem uma conexão internacional. Ao contrário do conhecimento científico, do ponto de vista econômico e cultural as tecnologias não são neutras, desenvolvendo-se a partir de suas necessidades utilitárias de adaptação à vida cultural. As possibilidades de utilização dos recursos tecnológicos para a resolução de conflitos são imensas. ODR consiste no uso dos recursos tecnológicos para a Resolução Alternativa de Litígios (ADR). A utilização da inteligência artificial na resolução de conflitos e das ferramentas de Dispute System Design (DSD) transbordam as fronteiras jurisdicionais nacionais, exigindo do Direito Internacional Privado uma revisão dos seus paradigmas e das teorias tradicionais de conflitos de leis e de jurisdições.

¹ Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife (PE), com Pós-Doutorado na Université de Montreal, Canadá. Professor na Fundação Educacional Jayme de Altavila (FEJAL)-CESMAC, Maceió (AL).

Palavras-chave: Online Dispute Resolution (ODR). Direito Internacional Privado. Ciberespaço. Jurisdição. Normatividade.

Abstract: The relation between technology and law does not always constitute itself in a harmonious fashion, considering either the conservative nature of the latter and its need to preserve social structures or the characteristics of disruptive technology, requiring changes in the society pattern behavior. This dystonia between legal regulation and technological development brings to light two key issues: how to establish a dialogue between law and new information technologies without the lack of neutrality of technology compromising the formation of a specific regulatory framework for cyberspace and the resolution of deriving conflicts? How to establish an online dispute regulation model that addresses both the ubiquitous and deterritorialized cyberspace characters, reshaping the traditional concepts of geographic and jurisdictional boundaries so important to the International law, in particularly to Private International Law? The online conflict resolution requires a review of the relationship between the internal law of States and international law. The solutions found within each juridical order have a direct impact on the international law stage, particularly when dealing with legal relations with international connection. This is the background on which the scope of this work is based. In opposition to science, technology develops from its utilitarian needs, integrating itself to the cultural life, to the works of the spirit and to the industrialized products without moral or ethical concerns. From an economic and cultural point of view, technology is not neutral, and his vaunted neutrality is an equivocal vision of its features. ODR consists in using the resources of technology for alternative dispute resolution. The possibilities of using the technology for resolving disputes are immense, involving complex issues from both theoretical and technological point of view, such as the use of artificial intelligence or the use of Dispute System Design (DSD) tools. Its application requires from Private International Law a revision of the traditional theories of conflict of laws.

Keywords: Online Dispute Resolution (ODR). Private International Law. Cyberspace. Jurisdiction. Normativity.

Introdução

Existe certo consenso em torno da ideia de que os modelos tradicionais de resolução de litígios não fornecem as soluções mais eficazes para os problemas criados pela sociedade da informação.² Com efeito, a utilização das novas tecnologias de informação e transmissão de dados mudou não apenas a economia mundial como transformou significativamente a maneira como os indivíduos estabelecem relações jurídicas. Longe de ser apenas mais uma ferramenta de comunicação, a Internet tornou-se o próprio espaço no qual se constituem inúmeras relações jurídicas, o que exige dos sistemas jurídicos nacionais uma nova abordagem sobre o velho problema da resolução de litígios. De um lado, a ubiquidade e a velocidade da formação das relações jurídicas no ciberespaço são a face mais

² O autor agradece aos Professores da Faculté de Droit de l'Université de Montréal Vincent Gautrais, Directeur du Centre de Recherches en Droit Public-CRDP; Karim Benyekhlef, Directeur du Laboratoire de Cyberjustice e Nicolas Vermeys, Directeur Adjoint du Laboratoire de Cyberjustice e Chercheur au Centre de Recherches en Droit Public-CRDP.

evidente de uma ruptura com os meios tradicionais de contratualização e comercialização. Doutro lado, o desenvolvimento sem precedentes das novas tecnologias de transmissão de dados alterou em definitivo o Direito.

É necessário, contudo, que se leve em consideração a dimensão ética que se impõe às novas formas de utilização da tecnologia. A relação entre a tecnologia e o Direito nem sempre se constituiu de maneira harmoniosa, dado o caráter conservador do primeiro e de sua necessidade de preservação das estruturas sociais; dadas as características disruptivas da tecnologia, que impõem à sociedade mudanças e transformações nos seus padrões de comportamento. Essa distonia entre regulação jurídica e desenvolvimento tecnológico traz a lume duas questões fundamentais: como estabelecer um diálogo entre o Direito e as novas tecnologias de informação e comunicação sem que a ausência de neutralidade da tecnologia comprometa a formação de um quadro de regulação específico para o ciberespaço e para a resolução dos conflitos dele decorrentes? Como estabelecer um modelo de regulação online de litígios que enfrente o caráter ubíquo e desterritorializado do ciberespaço, reformulando os tradicionais conceitos de fronteiras geográficas e jurisdicionais tão caros ao Direito Internacional e, em especial, ao Direito Internacional Privado?

A resolução online de conflitos pressupõe uma revisão da relação entre o Direito Interno dos Estados e o Direito Internacional. E isso ocorre porque as soluções encontradas no âmbito de cada ordem jurídica estatal têm reflexos diretos no cenário internacional, sobretudo quando se trata de relações jurídicas com conexão internacional, a exemplo dos contratos eletrônicos internacionais. Esse é pano de fundo sobre o qual se descortinam as questões abordadas neste trabalho. Contrariamente à ciência, a tecnologia se desenvolve a partir de suas necessidades utilitárias, integrando-se à vida cultural, às obras do espírito e aos produtos industrializados sem qualquer preocupação de natureza moral ou ética. Do ponto de vista econômico e cultural, a tecnologia não é neutra, e sua propalada neutralidade constitui uma visão equívoca das suas funcionalidades. Tais questões, portanto, exigem do Direito uma tomada de posição.

Uma mutação na noção de espaço alterou a maneira como as relações jurídicas são constituídas online, o que conduz à inevitável indagação de como os litígios decorrentes dessas relações podem ser regulados. As noções de ubiquidade, velocidade e desterritorialização das relações online constituem, portanto, vetores importantes para a construção de um sistema de Resolução Online de Litígios (Online Dispute Resolution – ODR)³ que permita não apenas a solução rápida e eficaz dos conflitos ocorridos na rede, como também promova a segurança jurídica para os seus usuários. A constituição da sociedade em rede transformou a Internet e as demais redes de transmissão de dados em um ambiente propício para a constituição de relações jurídicas, e tal fato exige do Direito o fornecimento de

³ Por questões de estilo, a sigla em inglês ODR (Online Dispute Resolution), consagrada pelo uso, será utilizada neste trabalho para representar, indistintamente, as expressões em português “Resolução Online de Litígios”, “Resolução Online de Conflitos” e “Resolução Online de Controvérsias, em razão do caráter intercambiável desses termos e sem prejuízo do rigor terminológico. De igual modo, a sigla em inglês ADR (Alternative Dispute Resolution) será utilizada para significar “Resolução Alternativa de Litígios”, “Resolução Alternativa de Conflitos” e “Resolução Online de Controvérsias”.

respostas para a construção de um novo modelo de resolução extrajudicial dos litígios.

Os meios de Resolução Online de Litígios (ODR) tornam-se, assim, muito mais do que uma simples aplicação dos recursos da tecnologia aos meios de Resolução Alternativa de Litígios (Alternative Dispute Resolution – ADR). O caráter relativamente recente do ODR demanda a constituição de uma teoria de base, que se deve afastar dos modelos mais tradicionais de resolução extrajudicial de litígios e ressaltar os aspectos inovadores que as tecnologias podem trazer para a resolução de conflitos.

ODR consiste, portanto, na utilização dos recursos da tecnologia para a Resolução Alternativa de Litígios, quer sejam estes decorrentes exclusivamente das relações jurídicas firmadas no ciberespaço, quer sejam originários de relações jurídicas constituídas no mundo dito “físico”. Nesse sentido, ODR pode ser considerado espécie do gênero ADR. Mas seria demasiado simplista imaginar que os meios de Resolução Online de Litígios sejam reduzidos a uma simples expressão dos meios de Resolução Alternativa de Controvérsias. As possibilidades de utilização da tecnologia para a resolução de litígios são imensas e envolvem questões complexas, tanto do ponto de vista teórico quanto sob o prisma tecnológico, como a utilização de inteligência artificial para fornecer uma solução para o conflito ou mesmo o uso das ferramentas de Dispute System Design (DSD), aplicando-as aos meios de Resolução Online de Litígios. Sob uma perspectiva mais pragmática, os sistemas informatizados e as plataformas de transmissão e recepção de dados constituem um terceiro interveniente no processo de conciliação, ou até mesmo podem constituir um quarto sujeito, nos casos da mediação e da arbitragem online.

Os meios de Resolução Online de Litígios e a utilização das redes numéricas exigem o reconhecimento de que as novas normatividades se constituem a par e a despeito do Direito do Estado. É nesse contexto que assomam questões importantes como a fixação da jurisdição competente para não apenas regular tais litígios como, também, nos casos da Resolução Online de Conflitos, reconhecer no âmbito de cada ordem jurídica estatal a força executória das decisões proferidas pelos sistemas de ODR. Um problema, portanto, se impõe. A antiga teoria dos conflitos de leis e de jurisdições, característica do Direito Internacional Privado, está preparada para lidar com os conflitos originados das redes numéricas que extrapolam as fronteiras de uma ordem jurídica estatal? Um ambiente em regra infenso à regulação do Estado, como é o ciberespaço, poderá conviver com regras nacionais de resolução espacial de conflitos, como ocorre com as normas de conflito do DIPr? Uma normatividade polissêmica caracteriza a formação das redes numéricas. Essa nova normatividade impacta diretamente o Direito Internacional, Público e Privado, e o Direito Interno dos Estados, em especial na maneira como as ordens jurídicas estatais irão lidar com a relativização dos conceitos de soberania e jurisdição. A análise dessas questões será efetuada a seguir.

1 Que regulação para o ciberespaço?

A desterritorialização está na origem da criação das normas reguladoras das relações jurídicas firmadas na Internet. No entanto, a emergência das redes numéricas obriga os sistemas jurídicos tradicionais a estabelecer um diálogo entre as diversas fontes de produção normativa, permitindo a possibilidade de correção das redes. A correção deve ser concebida em sentido mais abrangente do que aquele atribuído à regulação estatal, uma vez que pressupõe a criação de ambiente de trocas entre os diversos atores do ciberespaço e a formação de uma instância de mediação. A correção, contudo, é um processo que não produz necessariamente normas jurídicas em sentido estrito, ou ao menos não o faz no sentido proposto do monopólio da produção normativa por parte do Estado, uma vez que esse processo envolve diversos atores, notadamente atores estatais e não estatais. Existem não apenas valores a preservar, e a preservação desses valores deve ser efetuada pelos Estados; bem como existem práticas que devem ser promovidas, e essa promoção deve ficar a cargo dos usuários das redes. O resultado dessa interação entre atores estatais e não estatais demonstra que a singularidade da normatividade nas redes é uma consequência da forma de que se reveste essa normatividade no que concerne aos modos de sua expressão.

Enquanto o Direito dos Estados apresenta-se como um conjunto de normas que têm um caráter imperativo e obrigatório, a normatividade da Internet constitui um conjunto de regras de caráter programático. Essa diferença essencial entre as duas formas de enunciação da normatividade exige uma abertura dos sistemas jurídicos a fim de permitir uma aproximação de outras formas de normatividade, de natureza técnica, estatal ou ética, compondo assim um quadro de regulação que melhor se adapte às exigências do ciberespaço. Nesse contexto, a correção institui um processo de concertação entre os diversos atores, ao tempo em que cria um espaço de diálogo que favorece “[...] a emergência da relação entre os valores a preservar e as realidades vividas pelos usuários” (TRUDEL, 2002, p. 97). Tal concertação não cria regras jurídicas, mas permite o desenvolvimento de tendências que podem influenciar na edição de normas jurídicas mais adaptadas às necessidades da Internet. Elizabeth Longworth (2000, p. 47) afirma ser possível constituir um modelo de governança na Internet, contestando o caráter supostamente anárquico da rede:

É possível identificar o modelo de governança que emerge no ciberespaço e identificar os vários componentes do quadro jurídico que dele decorrem. A internet não é um ambiente no qual reina a anarquia. Ela já está regulamentada, mesmo se este não for o sentido clássico e tradicional do termo; as exigências próprias do ciberespaço eliminam o postulado de que as leis devem estar inscritas dentro dos limites geográficos.⁴

⁴ “Il est possible d’identifier le modèle de gouvernance qui se dégage pour le cyberspace et de déceler les diverses composantes du cadre juridique qui en découle. L’Internet n’est pas un milieu où règne

Existem, contudo, opções à correção. Uma dessas opções é a autorregulação, que consiste na elaboração, por parte dos usuários da rede, das regras que irão disciplinar suas atividades online, competindo aos próprios usuários garantir a aplicação de tais normas (DU MARAIS, 2002, p. 295). A adequação entre o campo de regulação e o campo geográfico da rede constitui uma das justificativas da eficácia desse modelo. Como os atores partilham o mesmo ambiente, o respeito às normas assim criadas é favorecido, uma vez que tais regras originam-se das negociações conduzidas por aqueles que não apenas devem aplicá-las como também a elas estão submetidos. Esse tipo de regulação, no entanto, pode conduzir a dois tipos de inconvenientes: de um lado, tem-se uma tendência a criar regras mais brandas e menos restritivas; doutro lado, corre-se o risco de que os próprios atores constituam um círculo fechado, impedindo o ingresso de novos agentes no processo de produção normativa. Tais questões conduzem, portanto, à necessidade de constituição de uma nova normatividade para o ciberespaço.

A regulação das relações jurídicas na Internet demanda, a princípio, a assunção do princípio geral da neutralidade tecnológica. Embora, como já visto, não se possa afirmar categoricamente que as tecnologias são neutras, a adoção do princípio da neutralidade tem um objetivo bem claro: prevenir a influência dos imperativos econômicos do comércio eletrônico na utilização das tecnologias de informação. Raciocínio semelhante pode ser efetuado em relação a outras formas de utilização das tecnologias de maneira a permitir a preservação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em domínios tão diversos quanto a propriedade intelectual, a proteção da vida privada, a liberdade de expressão e a governança global. Se o ciberespaço deve estar a serviço do bem comum, as tecnologias de informação e comunicação devem estar submetidas a um quadro jurídico capaz de promover esse bem comum.

2 A constituição de uma nova normatividade para o ciberespaço

À ideia corrente de que ao ciberespaço podem ser aplicadas as regras jurídicas próprias do mundo físico, deve-se contrapor a concepção de que o ciberespaço não admite essa transposição de maneira tão simples como à primeira vista se pode imaginar. Os desafios políticos, jurídicos, éticos e sociais da sociedade da informação exigem um acordo internacional sobre o ciberespaço (UNESCO, 2000, p. 08). O problema é que esse acordo não poderá estar fundado na noção corrente de que é possível efetuar uma aplicação direta das regras do mundo físico no ambiente virtual, uma tentação sempre presente nas ordens jurídicas nacionais. Embora assim ocorra em grande medida, deve-se ter em conta que o ambiente virtual é um espaço autônomo, e como tal deve ser concebido. A despeito disso, se o ciberespaço reivindica para si alguma autonomia e independência capazes de lhe conferir uma regulação jurídica específica, tal regulação não poderá restar apartada

l'anarchie. Il est d'ores et déjà règlementé même si ce n'est pas au sens classique et traditionnel du terme; les exigences propres au cyberspace éliminent le postulat selon lequel les lois doivent s'inscrire dans des frontières géographiques."

da proteção dos direitos fundamentais dos usuários da rede, dentre os quais se insere o direito de acesso à justiça.

Torna-se necessário não apenas regular as relações jurídicas na rede, determinando-lhes a lei aplicável, como também permitir a resolução de conflitos de maneira eficaz. O problema que se põe, portanto, consiste em saber em que medida o acesso à justiça torna-se possível no ambiente desterritorializado do ciberespaço e como os meios de Resolução Online de Litígios (ODR) fornecem soluções eficazes para essa questão. O modelo tradicional de produção normativa, fortemente hierarquizado, não mais é suficiente para acompanhar a velocidade das transformações na Internet. Tal modelo interfere diretamente no modo de resolução dos conflitos originários da rede e na maneira como as ordens jurídicas nacionais concebem esses modelos de resolução de conflitos. As interações dos indivíduos na Internet exigem assim uma revisão das categorias jurídicas clássicas a partir das quais as situações jurídicas são apreendidas. Pierre Trudel (2002, p. 92) faz referência à hipertextualização, uma espécie de sinergia entre as fontes do Direito, que é o resultado da passagem do ambiente da informação impressa para o ambiente em rede. A hipertextualização tem um efeito amplificador dos limites e das disfunções do Direito, aumentando os problemas e as contradições já existentes.

Compreendendo-se a maneira como o Direito é criado na Internet, pode-se apreender a complexidade da utilização das redes numéricas como um instrumento de promoção do acesso à justiça. Assim ocorre porque a regulação das atividades efetuadas na Internet é feita em parte por uma normatividade tecnológica e uma normatividade jurídica, ambas em permanente concorrência. Esses dois tipos de normatividade reivindicam duas formas bastante distintas de estruturação do quadro normativo. Os sistemas jurídicos, por um lado, organizam-se segundo uma concepção hierarquizada, na qual os órgãos são distribuídos obedecendo a uma ordem de subordinação. Os elementos do sistema possuem um lugar comum de produção normativa, uma fonte de criação do Direito que permite a edificação de estruturas cada vez mais hierarquizadas.

Diversamente dos sistemas jurídicos, a Internet é uma rede, o que põe em evidência o problema, comum a todas as redes, de determinação do centro de produção normativa. Inexiste na Internet um lugar fixo de produção de normas e de regras de conduta estruturado de maneira linear e hierarquizada, como ocorre com os sistemas jurídicos estatais. A constituição dessa estrutura em rede substitui as antigas formas de criação de regras jurídicas, criando um processo contínuo de diálogo entre as diversas fontes de produção normativa. Isso retira dos Estados e das instâncias internacionais o protagonismo e o monopólio da criação de regras jurídicas, uma vez que esses atores são sempre confrontados com outras fontes de normatividade.

O Direito pós-moderno privilegia, assim, a concertação e a participação dos principais protagonistas na elaboração da norma não estatal (BENYEKHELFI, 2015, p. 771). Karim Benyekhlef menciona a ocorrência de uma internormatividade polissêmica como sendo uma das principais características do Direito que emergiu com a globalização. Qual o sentido dessa polissemia normativa ou internormatividade? A expressão foi empregada inicialmente em 1997, por Jean

Carbonnier (BENYEKHELF, 2015, p. 770), tendo sido posteriormente objeto de inúmeras análises com o fito de se determinar o seu alcance e extensão. A rigor, dois sentidos podem ser atribuídos ao conceito de internormatividade. O primeiro deles refere-se à transferência ou passagem de uma norma ou regra jurídica de um sistema normativo a outro. O segundo sentido concebe a internormatividade a partir da dinâmica constituída na interface dos sistemas normativos. Trata-se, portanto, dos contatos, das relações de poder, de aproximação e de influência recíproca entre dois ou mais sistemas normativos. À diferença da primeira concepção, tem-se nesse caso uma abordagem que vai além da simples constatação da apropriação, por um sistema normativo, de uma regra jurídica originária de outro sistema. A preocupação funda-se nos mecanismos sociais, políticos e culturais que envolvem essa apropriação, numa relação de troca que desborda a mera assimilação.

A internormatividade não pressupõe apenas uma relação entre normas oriundas de distintas ordens jurídicas estatais. Tal como concebido em seu início, o conceito de internormatividade priorizava a interferência recíproca entre normas oriundas de sistemas diversos, mas atribuía uma preponderância às ordens jurídicas estatais. Noutros termos, a mera assimilação de uma regra jurídica não estatal far-se-ia a partir de uma ordem jurídica estatal, que passaria a reconhecer a eficácia normativa de uma regra jurídica que não fora criada pelo Estado. Mas nada impede, contudo, que a internormatividade se constitua também entre normas oriundas de sistemas jurídicos não estatais.

A ideia de um Direito cogente, necessariamente obrigatório, foi substituída pela noção, cada vez mais corrente, de flexibilização das normas jurídicas. Isso significa reconhecer que o Direito cedeu parte do seu caráter autoritário de regulação das condutas humanas, assumindo uma feição mais consentânea com as novas exigências das sociedades contemporâneas. A tradicional vinculação do Direito à coerção, que para as teorias positivistas clássicas significou a definição por essência da juridicidade, é substituída por uma concepção mais flexível do fenômeno jurídico. O Direito é forjado para resolver problemas cada vez mais complexos, não mais se restringindo à manutenção da ordem, segurança e paz sociais.

Uma desregulamentação estatal está em marcha. Em parte tal fenômeno é decorrente da interferência cada vez menor do Estado como único agente capaz de fornecer respostas para os problemas das sociedades complexas. Em parte, tal fenômeno é ainda uma consequência do reconhecimento de que outros atores, não estatais, são também eles produtores de normas e de regulação. Uma normatividade que se diferencia da normatividade posta pelos Estados por não pretender ser a expressão de valores fundantes da sociedade. Ao contrário, tal normatividade tem objetivos bastante específicos e pragmáticos, pois intenta ser apenas uma instância de regulação das atividades desenvolvidas por determinados setores da sociedade. A desregulamentação constitui, dessa forma, a face cada vez mais empalidecida de um Estado autoritário, criador de normas cogentes e obrigatórias. Um Estado que passa a reconhecer e conviver com outros agentes capazes de também produzir normas jurídicas, numa transferência de poder que conduz a uma necessária flexibilização do Direito.

Tais mudanças, contudo, não se fazem sem rupturas. Questões importantes precisam ser consideradas, como o reconhecimento do caráter de juridicidade dessas novas normatividades não estatais. A polissemia normativa, por óbvio, não se pode constituir num simples apanhado de normas não criadas pelo aparato estatal, sendo evidente que tais normas precisam do reconhecimento do próprio Estado para que possam produzir efeitos. Novamente o conceito de internormatividade precisa ser invocado. Como tais normas alternativas penetram o Direito positivo? Além disso, tais normas não se relacionam exclusivamente com a ordem jurídica estatal, uma vez que as normas alternativas também podem manter relações entre si. A despeito dessas discussões, é evidente que as novas normatividades e a polissemia normativa constituem um desafio para o Direito contemporâneo, em especial no que concerne à adoção de sistemas de resolução online de conflitos. E tal desafio também se impõe ao Direito Internacional Privado.

3 ODR e o Direito Internacional Privado: um diálogo possível?

O desenvolvimento dos modos de Resolução Online de Litígios (ODR) evidencia o problema recorrente da demarcação de fronteiras no ciberespaço. Como configurar um sistema eficaz de resolução de litígios originados de relações jurídicas no ciberespaço e, ao mesmo tempo, conciliar esse sistema com as noções de ubiquidade e desterritorialização características do ambiente virtual? Além disso, o ciberespaço desafia as noções tradicionais de limites, geográficos ou jurisdicionais, que formam a base da velha teoria do conflito de leis e de jurisdição do Direito Internacional Privado. O estabelecimento de uma teoria básica para o ODR, que não pretenda se afastar de maneira significativa das concepções mais tradicionais de Resolução Alternativa de Litígios (ADR), deve fazer face à constatação de que o ambiente virtual é refratário às fronteiras geográficas e jurisdicionais, o que inevitavelmente conduz à conclusão de que a Resolução Online de Litígios apenas será eficaz quando adstrita aos limites de uma determinada jurisdição.

Do ponto de vista pragmático, a Resolução Online de Conflitos restará tão mais eficaz quanto mais vinculada às ordens jurídicas nacionais, ou seja, ao Direito interno dos Estados. Em regra, em matéria de relação de consumo online, por exemplo, os conflitos submetidos ao sistema de ODR estão mais próximos da ordem jurídica do domicílio do consumidor. Assim ocorre porque os casos de contratos eletrônicos que rompem as fronteiras jurisdicionais de um determinado país são, ainda, exceção. Essa constatação decorre do fato de que os consumidores online sentem-se mais à vontade para adquirir produtos físicos originários de empresas que são também conhecidas por sua atuação no comércio dito físico, e não apenas no comércio eletrônico. Além disso, a aquisição de produtos físicos efetuada em sítios de empresas situadas no exterior pode enfrentar limitações de natureza alfandegária e, principalmente, tributária. Tais fatos limitam consideravelmente as vantagens de se efetuar a compra online, considerando-se ainda que muitas empresas mostram-se reticentes em vender e despachar seus produtos para o exterior.

Idêntico raciocínio, contudo, não pode ser aplicado à aquisição de bens e serviços eminentemente virtuais. O *download* de um programa de computador não necessariamente será realizado a partir de um servidor localizado no país de domicílio do consumidor e, em razão do caráter desterritorializado do ciberespaço, não se pode vincular a relação contratual firmada online a uma determinada ordem jurídica estatal. O problema, que não é novo, consiste em identificar a legislação aplicável a essa relação negocial e, em caso de conflitos decorrentes de eventual inadimplemento contratual, fixar a jurisdição competente para regular tais litígios. Como esses casos ocorrem no ambiente virtual, a utilização dos sistemas de ODR pode se constituir numa importante via de resolução mais célere e eficaz do conflito.

Tratando-se de conflitos vinculados a uma mesma ordem jurídica estatal, e esses são, ainda, maioria, o recurso aos sistemas de ODR torna-se economicamente viável. No entanto, quando o litígio extrapola as fronteiras de uma jurisdição, deve-se ter em conta que o conflito de leis e de jurisdições continua a existir. E tais conflitos possuem um impacto preponderante na avaliação dos riscos econômicos de sua submissão aos modos de Resolução Online de Conflitos. A aplicação das regras de conflitos de leis do Direito Internacional Privado, nesse contexto, não surge como uma questão anacrônica e despropositada, uma vez que, a despeito do modo de resolução de litígios utilizado, judicial ou extrajudicial, físico ou virtual, ainda restarão duas questões fundamentais a serem respondidas: qual a jurisdição competente e que lei material deve ser aplicada para regular o conflito?

4 Em busca da efetividade perdida: delimitando a jurisdição aplicável

A determinação da competência jurisdicional e da lei aplicável às relações jurídicas constituídas no ciberespaço enfrenta problemas de natureza prática. No âmbito de sua regulamentação, por exemplo, é necessário efetuar uma distinção entre três níveis: um nível de regulação, que se efetiva no âmbito do direito interno dos Estados; um nível internacional e, no caso da Europa, um nível comunitário, com a adoção da diretiva europeia sobre o comércio eletrônico (VALLERERSUNDI, 2002, p. 501). A distinção entre esses três níveis é importante para que se efetue uma análise de como as relações jurídicas firmadas no ciberespaço impactam o Direito interno dos Estados, em especial no que diz respeito à fixação da jurisdição competente e da lei aplicável. A integração europeia permitiu a adoção da Diretiva 2000/31, do Parlamento Europeu e do Conselho, Diretiva sobre o Comércio Eletrônico, cujas disposições foram posteriormente completadas pela Diretiva 2011/83. A Diretiva 2000/31 afastou a incidência das regras de conflitos de lei do Direito Internacional Privado e instituiu a lei do país de origem como critério para determinação do direito aplicável às atividades do comércio eletrônico. A adoção da lei do país de origem permite o controle das atividades realizadas na Internet e limita os riscos de danos em larga escala que eventualmente uma atividade ilegal possa produzir (VALLERERSUNDI, 2002, p. 502). A despeito do fato de que a Diretiva não prevê regras de competência, a sua utilização estabelece uma certa uniformização no contexto da regulamentação dos contratos eletrônicos na União Europeia.

No entanto, é no âmbito das relações jurídicas internacionais que a questão se torna mais complexa, uma vez que a diversidade legislativa e a multiplicidade de regimes legais impõem aos países a consideração dessa diversidade. Com efeito, as redes numéricas sempre despertaram o problema da plurilocalização do contrato e das demais relações jurídicas, sendo necessário identificar se um estabelecimento prestador de serviços estará obrigado pela oferta de contratação disponível sobre o seu sítio na Internet e a acessível a partir de qualquer país. A desterritorialização do contrato conduz à possibilidade de aplicação de vários regimes jurídicos distintos, que podem variar de acordo com o país no qual a mensagem e a informação eletrônica foram acessadas. Essa possibilidade de aplicação cumulativa de leis originárias de diversos sistemas jurídicos não é recomendável e a incerteza que ela provoca pode conduzir a uma retração da atividade econômica na rede, uma vez que as empresas podem se sentir dissuadidas a vender noutros mercados em razão da pluralidade de regras aplicáveis aos contratos por elas firmados. Uma possível solução para esse problema seria considerar as redes numéricas como uma categoria autônoma, uma espécie de regra de conexão única capaz de afastar as demais regras de conexão do Direito Internacional Privado.

A ubiquidade das atividades na Internet não impede que os tribunais adotem conclusões diferentes sobre o problema da determinação da jurisdição competente para regular os litígios decorrentes das relações jurídicas e das obrigações contratuais do comércio eletrônico. Como a comunicação na Internet não conhece fronteiras geográficas, a noção de território não é útil para determinar a jurisdição competente. Uma oferta de contratação disponível em um sítio na Internet pode atravessar o território de diversos países soberanos, sem que se possa definir previamente, em razão do lugar da conclusão do contrato, qual será a lei aplicável e que jurisdição será competente para julgar os conflitos decorrentes dessa relação contratual. A difusão simultânea de informações direcionadas a um público mundial atinge indivíduos e organizações em diferentes pontos do planeta, o que impõe o problema da fixação da jurisdição competente.

Quando uma sociedade comercial realiza atividades na Internet, tais atividades podem ser submetidas à apreciação de uma jurisdição estrangeira. A fixação da competência do tribunal depende, evidentemente, da natureza da atividade realizada na rede numérica. É necessário efetuar uma distinção entre uma postura ativa e uma posição passiva, uma vez que o uso da Internet para concluir um contrato ou trocar arquivos digitais, o que caracterizaria uma postura ativa, será sempre diferente da sua utilização para veicular uma informação, numa posição claramente passiva. Essa distinção é importante na medida em que as empresas que adotam uma estratégia de comércio eletrônico devem ter em conta os riscos que essa atividade pode acarretar, em virtude da possibilidade de que um conflito seja submetido a um tribunal estrangeiro. O risco de ter contra si uma ação judicial numa jurisdição estrangeira pode provar uma limitação da atividade dessa empresa nas redes numéricas (S. LAKSHMINARAYAN, 2002, p. 533).

Os tribunais buscam, portanto, pontos de contato mínimos entre a sua sede, o sítio na Internet e a atividade realizada na rede numérica. Essa distinção funciona perfeitamente quando se trata da utilização do computador como uma ferramenta de comunicação entre os contratantes. No entanto, o processo ganha em complexidade

quando o computador torna-se, ele próprio, o ambiente de troca de informações. Isso significa dizer que o ciberespaço é o ambiente no qual a relação jurídica é firmada, o que finda por provocar uma desterritorialização do contrato e dificulta uma determinação precisa da jurisdição adequada para melhor regular os litígios. A noção de atividade dirigida ao exterior, consagrada no Art. 17.1 c) Regulamento UE nº 1215/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (reformulação), que alterou o Regulamento nº 44/2001 (dito Regulamento Bruxelas I), constitui uma resposta eficaz a esse tipo de problema. O Art. 17.1 c) do Regulamento UE nº 1215/2012 estabelece o conceito de atividade dirigida:

[...] quando, em todos os outros casos, o contrato tenha sido celebrado com uma pessoa que exerça atividades comerciais ou profissionais no Estado-Membro em cujo território o consumidor tem domicílio ou que, por qualquer meio, dirige essas atividades para esse Estado-Membro ou para vários Estados, incluindo esse Estado-Membro, e o contrato seja abrangido por essas atividades.

Essa redação efetua uma mudança de critérios em relação à antiga redação da Convenção de Bruxelas, substituindo o critério da venda direta efetuada pelo fornecedor, em um contrato de consumo, pelo critério da atividade dirigida (CASTETS-RENARD, 2010, p. 470). A mudança tem por objetivo levar em consideração as vendas online. Quando um consumidor, originário da União Europeia, adquire um bem em um sítio situado no exterior, ele poderá sempre acionar os tribunais nacionais, sem considerar a eventual existência de cláusula contratual atributiva de competência exclusiva aos tribunais do lugar de domicílio do cibervendedor. O critério utilizado para definir a competência jurisdicional é a intenção do operador do sítio na Internet de levar a cabo suas atividades no país de domicílio do consumidor. Essa intenção deve estar explícita, ou seja, o simples fato de que um sítio na Internet seja acessível não é suficiente para que se possa aplicar a regra do Art. 17.1 c) do Regulamento UE nº 1215/2012, sendo necessários outros elementos: o operador deve dirigir sua atividade de maneira substancial em direção a um outro país e seu sítio na Internet deve “convidar” o consumidor a concluir o contrato. Essa maneira de regular a competência jurisdicional foi influenciada pelos tribunais norte-americanos, mas tais critérios não são seguidos por outros países, como ocorre com o sistema jurídico brasileiro. Uma forma mais eficaz de resolver os conflitos de leis e de jurisdições nas redes numéricas é evitando submetê-los ao juiz estatal. Os modos de Resolução Online de Litígios podem se constituir numa solução adequada para esse tipo de problema.

5 ODR e o Direito Internacional Privado: uma nova abordagem metodológica para o velho problema do conflito de leis e de jurisdições

Longe de ameaçarem o Direito Internacional Privado, as redes de transmissão de dados e de informação reforçam a sua existência (FAUVARQUE-COSSON, 2002, p. 55). Ao contrário do que podem afirmar alguns críticos mais

céticos em relação ao papel que o Direito Internacional Privado desempenha na sociedade em rede, a teoria dos conflitos de leis e de jurisdições não perde sua força e importância com o advento das novas tecnologias de informação e transmissão de dados e com as novas formas de Resolução Online de Conflitos (ODR). É bem verdade que a noção de espaço sobre a qual se fundava no Direito Internacional Privado clássico caracterizava-se por fronteiras geográficas bem delimitadas. No entanto, o surgimento das redes numéricas não significa necessariamente o desaparecimento das fronteiras físicas e dos limites territoriais. Tais limites continuam a existir, ainda que se considere o ciberespaço como um espaço autônomo.

Com efeito, se a Internet permite a aproximação das pessoas e, por consequência, as relações jurídicas nela firmadas apresentam cada vez mais um elemento de extraneidade; se as violações dos direitos e das liberdades individuais continuam a se produzir na rede, numa espécie de simulacro virtual do mundo dito “físico”, os velhos problemas sobre a fixação da jurisdição competente e a determinação da lei aplicável continuam na ordem do dia. As questões clássicas do Direito Internacional Privado permanecem, portanto, as mesmas. E se se pode estabelecer uma diferença entre tais questões e as decorrentes das relações jurídicas firmadas nas redes numéricas, essa distinção se produz ao nível do método do Direito Internacional Privado (FAUVARQUE-COSSON, 2002, p. 56).

Em lugar de se constituir num problema ontológico, relativo à própria definição do DIPr e da delimitação do seu objeto, essa é uma questão de natureza metodológica, ou seja, de como o Direito Internacional Privado poderá fornecer respostas para determinar a lei aplicável a uma determinada relação jurídica firmada na Internet sem recorrer aos tradicionais elementos de conexão vinculados a uma base territorial. Fazendo uso de uma expressão cara ao método conflitual clássico de inspiração savigniana, a resolução online dos conflitos de lei e de jurisdições deve suplantiar os velhos problemas de fixação da sede das relações jurídicas.

A resposta para esse problema pode vir revestida de uma uniformização normativa e de uma tendência a se abandonar o método conflitual clássico do DIPr. Diante da ausência de limites territoriais, em virtude da desterritorialização das redes numéricas, o espaço livre da Internet põe em evidência, como já ressaltado, uma nova forma de normatividade, ou seja, a criação de um direito de pretensões universais, em razão de ser desterritorializado, aplicável às redes numéricas. Essa *lex electronica*, nascida à imagem e semelhança da velha *lex mercatoria*, apresenta-se talvez mais bem adaptada às novas tecnologias de transmissão de informação e de dados do que o método conflitual clássico do Direito Internacional Privado. A ideia de criação de uma norma “universal” para regular as relações jurídicas online não é inteiramente nova. No entanto, se a *lex electronica* é defendida por aqueles que propõem uma regulação jurídica para o ciberespaço, o método que lhe é subjacente está muito mais próximo do método material do Direito Internacional Privado. Essa constatação põe em evidência questões teóricas e metodológicas bastante importantes.

Em primeiro lugar, é necessário reconhecer que aspectos tão diversos das relações jurídicas firmadas na rede como a liberdade de expressão, a proteção de

dados pessoais, a proteção dos consumidores e da propriedade intelectual não são concebidos da mesma forma pelos diversos sistemas jurídicos. Em segundo lugar, o aumento significativo do número de relações jurídicas firmadas nas redes numéricas põe em destaque o crescimento dos conflitos de leis e de jurisdições. Nesse sentido, as divergências existentes entre os diversos sistemas jurídicos e, principalmente, as diversas abordagens metodológicas de que se utilizam para resolver o problema dos conflitos de leis exigiriam uma passagem, talvez inevitável, do método conflitual clássico para um método material no âmbito do Direito Internacional Privado. Levando-se em conta as distintas tradições jurídicas, torna-se evidente que essa passagem de uma metodologia a outra não é tão simples.

A adoção de um direito único, aplicável às relações jurídicas firmadas na rede, exigiria dos cibermagistrados um conhecimento universal do direito, o que não seria razoável admitir (FAUVARQUE-COSSON, 2002, p. 57). De igual modo, se em relação à determinação da lei aplicável às relações jurídicas online os obstáculos a serem suplantados são imensos, os problemas da fixação da jurisdição competente dificultam ainda mais a constituição de um sistema online de resolução de litígios. A Resolução Online de Litígios se depara com uma lacuna jurisdicional, uma vez que inexistente um sistema de reconhecimento célere e direto da validade e eficácia das decisões proferidas pelos tribunais nacionais.

É preciso considerar que o método conflitual no Direito Internacional Privado consagra sempre uma vinculação territorial das relações jurídicas internacionais. A aplicação da regra de conflito tem por objetivo a fixação de uma ligação entre o objeto do litígio e uma determinada ordem jurídica estatal, estabelecendo uma sede para a relação jurídica. Por razões puramente lógicas, a aplicação da regra de conflito deve ser sempre precedida da determinação da competência jurisdicional, o que conduz ao problema de fixação do tribunal (jurisdição) competente para decidir o litígio.

Antes de decidir sobre o direito aplicável à relação jurídica, o juiz deve resolver o problema da competência internacional. A atribuição dessa competência é, portanto, uma consequência da aplicação das normas internas de cada país, uma vez que a competência internacional vincula-se à noção de soberania estatal, sendo-lhe aplicado o princípio da *plenitudo jurisdictionis*. Segundo esse princípio, uma norma atributiva de competência internacional não pode atribuir competência a tribunais outros além daqueles do país do qual emana a norma definidora da competência. A exclusividade da jurisdição resta adstrita, assim, aos limites do ordenamento jurídico do tribunal competente. Esse tipo de solução efetua uma aproximação entre uma competência legislativa, no que diz respeito à determinação da lei material aplicável, e a competência jurisdicional. Uma tendência que se torna mais evidente quando se trata de definir a jurisdição competente e a lei aplicável aos litígios decorrentes da utilização da Internet.

Transportados para a Resolução Online de Conflitos (ODR), tais problemas assumem outra dimensão e têm um impacto decisivo nas ordens jurídicas internas estatais e em suas regras de conflitos de leis e de jurisdições. Em primeiro lugar, porque a resolução desses litígios terminará quase sempre com um acordo que assume a feição e a forma de um contrato. Em segundo lugar, não se deve

desconsiderar o fato de que as partes que recorrem aos modos de Resolução Extrajudicial de Litígios pretendem, antes de tudo, evitar a submissão do conflito ao juiz estatal, razão pela qual as normas do Direito interno dos Estados, reguladoras da jurisdição internacional, não seriam consultadas. A decisão proferida pelo terceiro neutro, ou mesmo o acordo firmado pelas partes sem a intervenção do conciliador, do mediador ou do árbitro, não produzirá, a rigor e de acordo com a orientação adotada por cada ordem jurídica em particular, os efeitos de coisa julgada. O descumprimento do acordo firmado ao término da resolução do conflito, no entanto, pode conduzir a dois tipos distintos de execução: uma execução forçada pela via judicial e uma execução forçada pela via extrajudicial. E será no âmbito da execução dessas decisões que reside a maior fragilidade dos sistemas de ODR.

Nos casos de litígios que ultrapassam as fronteiras jurisdicionais dos países, por apresentarem um elemento de extraneidade, a execução forçada pela via judicial ensejará uma tomada de posição da autoridade jurisdicional em relação ao reconhecimento desses acordos. Esse tipo de procedimento é normalmente evitado pelas partes, uma vez que não lhes interessaria submeter o litígio à apreciação do juiz estatal. Além disso, os aspectos extraterritoriais que envolvem o conflito dificultam significativamente o recurso aos meios judiciais para que a decisão seja efetivamente cumprida. Em tais casos, há evidentemente um déficit de eficácia da resolução alcançada, uma vez que as partes terão de levar em conta as vantagens e desvantagens econômicas de se submeter o acordo a uma determinada jurisdição estatal, considerando inclusive a aplicação das regras internas de fixação da competência jurisdicional para regular a execução e, por óbvio, as normas materiais aplicáveis ao próprio processo de execução.

Algumas saídas para os impasses causados por tais situações têm sido buscadas pelos sistemas de ODR. Tais saídas dizem respeito à execução forçada extrajudicial dos acordos resultantes da Resolução Online do Conflito e essa execução conduz à adoção de medidas que, se por um lado evitam que as partes tenham de se submeter à jurisdição dos Estados para dotar tais acordos de eficácia, por outro lado essas medidas não se conformam ao quadro normativo mais tradicional em matéria de execução de decisões. A autoexecução tecnológica (TRAESCH, 2010, p. 365) é uma dessas medidas e um dos exemplos desse tipo de solução é o adotado pelo Sistema de Resolução de Controvérsias sobre Nomes de Domínio na Internet (Uniform Dispute Resolution Policy – URDP) da ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers). O controle do processo de execução da decisão proferida ao fim da Resolução Online do Conflito está centrado no organismo que detém os recursos e os meios tecnológicos para fazer cumprir a decisão. No caso dos nomes de domínio na Internet, a ICANN possui esses recursos, atribuindo à parte vencedora na demanda o domínio por ela reivindicado.

É evidente que tal medida é aplicável em circunstâncias bastante peculiares, uma vez que pressupõe que o organismo que gerencia o sistema de ODR esteja preparado para fazer cumprir automaticamente a decisão. Além disso, no caso da ICANN, o Estado norte-americano monitora as ações do órgão, retirando-lhe o caráter de organização exclusivamente profissional situada à margem dos poderes públicos estatais. No entanto, medidas similares vêm sendo utilizadas noutros casos, a exemplo das coerções técnicas, que impedem o *download* de um determinado

arquivo de música ou de vídeo. Essas medidas possuem um alcance limitado, pois demandam de quem as aplica o controle técnico dos meios eletrônicos, o que nem sempre é possível.

Outras medidas de execução extrajudicial dos acordos de ODR podem assumir uma feição bem mais diversa. O sistema de resolução de litígios desenvolvido para o sítio Internet da empresa eBay foi pioneiro na utilização de uma ferramenta de avaliação do vendedor e do comprador a partir de alguns critérios pré-determinados, como confiabilidade das informações fornecidas, presteza no envio, qualidade do produto e adimplemento do pagamento. A avaliação das partes não se constitui, a rigor, em medida executória da decisão proferida no âmbito de um procedimento de Resolução Online de Conflitos. Seu objetivo principal consiste em incentivar os contratantes a cumprir o contrato, sob pena de perda da sua credibilidade no mercado.

A possibilidade de retenção do pagamento até que as obrigações contratuais sejam adimplidas fornece uma garantia maior ao consumidor. Esse procedimento é também utilizado por administradoras de cartão de crédito, tornando-se uma opção que desestimula o recurso aos modos de ODR, pois as partes, notadamente o consumidor, sempre se dão por satisfeitas com a possibilidade de devolução do dinheiro. Igual eficácia assumem as formas de pagamento que utilizam um terceiro neutro, que apenas libera a quantia para o vendedor quando o comprador autoriza essa liberação, dando por adimplidas as obrigações do fornecedor. A inclusão de cláusula contratual que obriga unilateralmente um dos contratantes, nesse caso o fornecedor do produto ou serviço, também pode se constituir em estímulo para o cumprimento das obrigações contratuais. Tem-se nesses casos um contrato unilateral, que cria um vínculo apenas para um dos contratantes, obrigando-o a cumprir o disposto no instrumento negocial.

As medidas aqui mencionadas não conferem diretamente um caráter coercitivo às decisões e acordos provenientes dos procedimentos de ODR. Trata-se, na verdade, de medidas protetoras da parte mais frágil na relação negocial, o consumidor. No entanto, resta evidente que essas medidas apenas são aplicáveis a um tipo específico de relações jurídicas firmadas online, as relações de consumo. Mas não se pode dizer que possam ser estendidas a todas as relações jurídicas que se constituem nas redes numéricas. Existe, portanto, um amplo espectro de situações jurídicas para as quais a Resolução Online de Litígios pode não se constituir na via mais vantajosa do ponto de vista econômico, em razão das dificuldades de execução, judicial ou extrajudicial, de tais acordos. De todo modo, a despeito dessas dificuldades, o Direito interno dos Estados tem de lidar com as novas fontes de normatividade. E não será diferente com a teoria do conflito de leis, tão cara ao Direito Internacional Privado. Do ponto de vista do reconhecimento, pelas ordens jurídicas estatais, das decisões proferidas no âmbito dos procedimentos de ODR, não se pode deixar de considerar que os Estados poderão intervir restringindo o alcance da decisão, aplicando a exceção de ordem pública interna ou, ainda, fazendo incidir suas normas imperativas de aplicação obrigatória.

Conclusão

As redes numéricas impõem uma alteração fundamental no objeto do Direito Internacional Privado, cada vez mais internacionalizado, e na sua relação com o Direito interno dos Estados. A aplicação de uma norma estatal interna a um conflito originado na Internet pode não atender às reais expectativas dos contratantes. O Direito Internacional Privado, inicialmente um direito de remissão, de determinação da lei aplicável às relações jurídicas multiconectadas, transforma-se para dar guarida a uma pluralidade normativa que não mais está centrada no Estado como única instância de enunciação de normas. Não se trata mais de indicar a norma jurídica que melhor convenha, nos moldes da glosa acursiana, mas de considerar uma pluralidade de fontes normativas que não necessariamente irão remeter a solução do litígio para um direito estatal.

A tendência à adoção do territorialismo é uma tentação que subjaz à resolução dos conflitos de leis relativos às relações jurídicas constituídas online. Mas não se pode imaginar que tais relações estarão sempre vinculadas a um determinado território. O século XX testemunhou uma internacionalização crescente do Direito Internacional Privado em função de um processo de uniformização das regras de direito material e das próprias regras de conflitos de leis. No entanto, os conflitos originários das redes numéricas exigem que se dê um passo adiante. Essa internacionalização do DIPr, que caracteriza a constituição de suas fontes internacionais, cede um espaço cada vez maior para as fontes privadas, não estatais.

As antigas distinções entre o Direito interno dos Estados e o Direito Internacional, entre normas estatais e normas estrangeiras, entre as regras que regulam os conflitos de leis e aquelas que regulam os conflitos de jurisdições perdem a sua supremacia diante dos desafios impostos pelas redes numéricas. Tem-se, dessa forma, uma alteração inevitável dos antigos conflitos de leis, que agora se transmudam em conflitos entre fontes do Direito. De igual modo, os antigos conflitos de jurisdições transformam-se em conflitos de decisões. Os exemplos acima elencados sobre as dificuldades de execução dos acordos provenientes dos procedimentos de Resolução Online de Litígios são uma ilustração clara dessas transformações.

As experiências de ODR desenvolvidas nas últimas décadas indicam que o Direito não mais está circunscrito exclusivamente aos Estados, então considerados como centros únicos de criação e enunciação de normas jurídicas. A polissemia normativa que caracteriza as redes numéricas constitui, portanto, o maior desafio para a resolução dos conflitos que se originam dessas mesmas redes. A criação de uma *lex electronica* aplicável indistintamente a todas as relações jurídicas firmadas online poderia consistir numa solução viável para esse tipo de problema. No entanto, tal cenário revela-se antes uma miragem, pois não se pode imaginar que um Direito próprio para as redes numéricas, nascido das práticas dos usuários dessas redes, poria um fim aos inevitáveis conflitos de leis. Embora se possa aceitar a afirmação de que os modos de Resolução Online de Conflitos (ODR) não tratariam a princípio de relações jurídicas vinculadas a sistemas jurídicos distintos, restando muito mais

vinculados à ordem jurídica de um único Estado, não se pode, por outro lado, desconsiderar o caráter ubíquo e desterritorializado do ciberespaço, que amplia as possibilidades de que os conflitos sejam verdadeiramente transnacionais. Se tais relações jurídicas ainda não assumem atualmente um caráter internacional, talvez tal fato decorra da inexistência de um sistema de Resolução Online de Conflitos que seja capaz de produzir decisões com eficácia transnacional.

A ruptura metodológica realizada no âmbito do Direito Internacional Privado, substituindo-se o método conflitual clássico, fundado em regras de conflito e seus elementos de conexão, pelo método material, fundado em um Direito único, aplicável a essas relações constituídas online, não erradica, ainda assim, o Direito Internacional Privado e suas regras de conflito. Assim ocorre por duas razões: a *lex electronica*, ao designar um direito emanado dos utilizadores das redes numéricas, não elimina todos os conflitos de leis. A constituição de um Direito universal, se possível, exigiria uma instância jurisdicional também universal, o cibermagistrado. A constituição de tribunais online não afastaria por completo a figura do juiz estatal, sobretudo quando os tribunais nacionais são chamados a intervir em casos que reclamem a exceção de ordem pública ou exijam a incidência de normas imperativas do foro. O Direito Internacional Privado, portanto, continuará na ordem do dia.

No entanto, esse novo Direito Internacional Privado, que não mais se estrutura a partir das ordens jurídicas internas dos Estados, precisa estabelecer um diálogo contínuo entre outras fontes de normatividade. E tais fontes não necessariamente estarão vinculadas a ordens jurídicas estatais. Mas não se pode concordar de todo com afirmações que defendem uma simples adaptação das regras de Direito interno dos países com o objetivo de aplicá-las às relações online. Fazê-lo é correr o risco de enquadrar uma determinada relação jurídica numa categoria que lhe é absolutamente estranha. A mesma conclusão serve para os modos de resolução extrajudicial de conflitos. As questões relativas às relações jurídicas firmadas no ciberespaço exigem a constituição de um sistema de regulação dos conflitos oriundos dessas relações que não esteja necessariamente vinculado a ordens jurídicas estatais. Essa é a maior virtude e, ao mesmo tempo, a maior tibiaza das redes numéricas. Os modos de Resolução Online de Litígios (ODR) demonstram que é possível construir sistemas de solução de conflitos que estejam dissociados do Direito interno dos Estados. Essa dissociação, contudo, jamais será absoluta. E não se pode pretender que o seja. Mas não se pode olvidar que ao menos uma constatação assume ares de verdade, ainda que provisória. A melhor maneira de regular os conflitos que se originam nas redes numéricas é fazendo uso dos recursos que a tecnologia de informação e comunicação põe à disposição. Máquinas pensantes podem, sim, fornecer soluções para questões meramente humanas. E essa não é uma utopia fundada nas obras de ficção científica.

Referências

ALBORNOZ, Maria Mercedes e MARTÍN, Nuria González. Feasibility Analysis of Online Dispute Resolution in Developing Countries. *In: Interamerican Law Review*. Vol. 44:1. Nov. 2013.

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. **Autonomia da vontade nos contratos eletrônicos internacionais de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008.

ARAUJO, Nadia de. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARAUJO, Nadia de. **Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BENYEKHLEF, Karim e GÉLINAS, Fabien. Online Dispute Resolution. *In: Lex Electronica*, vol.10 nº2 (Été/Summer 2005). Disponível em: <http://www.lex-electronica.org/articles/v10-2/Benyekhlef_Gelinas.pdf> Acesso em: 15 ago. 2015.

BRAND, Ronald A. Party Autonomy and Access to Justice In the UNCITRAL Online Dispute Resolution Project. *In: Legal Studies Research Paper Series*. University of Pittsburg, August, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2125214> > Acesso em: 15 jul. 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 12 ago. 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 12 ago. 2015.

CASTETS-RENARD, Céline. **Cours Droit de l'Internet**. Paris: Montchrestien, 2010.

CNJ. **Judicialização da Saúde no Brasil: dados e experiências**. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf> > Acesso em: 08 jul. 2015.

CONSUMIDOR.GOV.BR. Disponível Em:
<<https://www.consumidor.gov.br/pages/principal/sobre-servico>>. Acesso em 21 out. 2015.

DU MARAIS, Bertrand. Autorégulation, régulation et co-régulation des réseaux. *In: CHATILLON, Georges. (Org.) Le droit International de l'Internet*. Bruxelles: Bruylant, 2002.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. Le Droit International Privé classique à l'épreuve des réseaux. *In: CHATILLON, Georges. (Org.) Le droit International de l'Internet*. Bruxelles: Bruylant, 2002.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *In: Recueil des Cours*, Den Haag, 1995, p. 9-267.

GELLMAN, Robert. **A brief history of the Virtual Magistrate Project: the early months.** Disponível em: < <http://www.umass.edu/dispute/ncair/gellman.htm> >. Acesso em: 20 ago. 2015.

GUILLEMARD, Sylvette. **Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial.** Disponível em: <<http://www.theses.ulaval.ca/2003/20565/20565.html>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

GUTZWILLER, M. Le développement historique du droit international privé. *In: Recueil des Cours*, Den Haag, t. IV, 1929.

ICANN. **Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy.** Disponível em : < <https://www.icann.org/resources/pages/policy-2012-02-25-en> > Acesso em: 12 set. 2015.

ICANN. **Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (the "Rules").** Disponível em : <<https://www.icann.org/resources/pages/udrp-rules-2015-03-11-en>> Acesso em: 12 set. 2015.

KATSH, Ethan e RIFIKIN, Janet. **Online Dispute Resolution: resolving conflicts in cyberspace.** San Francisco: Jossey-Bass, 2001.

KATSH, Ethan. ODR: a look at history. *In: WAHAB, Mohamed S. Abdel; KATSH, Ethan e RAINEY, Daniel (Eds). Online dispute resolution: theory and practice. A treatise on technology and dispute resolution.* The Hague: Eleven International, 2012.

LAGARDE, Paul. Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin de 1980. **Revue Critique de Droit International Privé**, Paris, n. 80, p. 287-340, Avr./Juin., 1991.

LONGWORTH, Elizabeth. Opportunité d'un cadre juridique applicable au cyberspace – y compris dans une perspective Néo-Zélandaise. *In: Les dimensions internationales du droit du cyberspace.* Paris: Ed. UNESCO, 2000.

PEREIRA, Clovis Brasil. **Conciliação e Mediação no Novo CPC.** Disponível em: <<http://www.conima.org.br/arquivos/4682>> Acesso em: 08 set. 2015.

RABINOVICH-EINY, ORNA e KATSH, Ethan. Digital Justice: reshaping boundaries in an online dispute resolution environment. *In: International Journal of Online Dispute Resolution.* Vol. 1. 2014. Disponível em: < http://www.international-odr.com/first_issue > Acesso em: 18 ago. 2015.

RABINOVICH-EINY, ORNA e KATSH, Ethan. Lessons from online dispute resolution for Disputes Systems Design. *In: WAHAB, Mohamed S. Abdel; KATSH, Ethan e RAINEY, Daniel (Eds). Online dispute resolution: theory and practice. A*

treatise on technology and dispute resolution. The Hague: Eleven International, 2012.

RABINOVICH-EINY, ORNA e KATSH, Ethan. Technology and Dispute Systems Design. *In: Harvard Negotiation Law Review*. Vol. 17:151, Spring, 2012.

RABINOVICH-EINY, ORNA e KATSH, Ethan. Digital Justice Reshaping Boundaries in an Online Dispute Resolution Environment. *In: International Journal of Online Dispute Resolution*. Vol. 1. Issue 1. Eleven International Publish 2014, p. 05-36.

RANOUIL, Véronique. **L'autonomie de la volonté**: naissance et évolution d'un concept. Paris: Presses Universitaires de France, 1980.

RULE, Colin. **Online Dispute Resolution for Business**. San Francisco: Jossey-Bass, 2002, p. 204.

RULE, Colin and SEN, Indu. Online Dispute Resolution and Ombuds: Bringing Technology to the Table. *In: Journal of the International Ombudsman Association*. Vol. 08, number 1, 2015, p. 76.

S.LAKSHMINARAYAN. Juridictions Compétentes et Internet. *In: CHATILLON, Georges. (Org.) Le droit International de l'Internet*. Bruxelles: Bruylant, 2002.

STRENGER, Irineu. **Autonomia da vontade em direito internacional privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SZLAK, Gabriela R. Online Dispute Resolution in Latin America: Challenges and opportunities. *In: WAHAB, Mohamed S. Abdel; KATSH, Ethan e RAINEY, Daniel (Eds). Online dispute resolution: theory and practice. A treatise on technology and dispute resolution*. The Hague: Eleven International, 2012.

TRUDEL, Pierre. L'influence de l'Internet sur la production du Droit. *In: CHATILLON, Georges. (Org.) Le droit International de l'Internet*. Bruxelles: Bruylant, 2002.

UE. **Directive 2000/31/CE du Parlement Européen et du Conseil, du 8 Juin 200, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»)**. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:fr:HTML>> Acesso em: 10 jul. 2015.

UE. **Règlement (CE) N° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale**. Disponível em: <<http://publications.europa.eu>> Acesso em: 06 jul. 2015.

UE Regulamento UE n° 1215/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (reformulação). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:32012R1215>>. Acesso em: 06 jul. 2015.

UE. Regulamento (UE) N° 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2013 sobre a resolução de litígios de consumo em linha, que altera o Regulamento (CE) n° 2006/2004 e a Diretiva 2009/22/CE (Regulamento RLL). Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:165:0001:0012:PT:PDF>> Acesso em: 10 out. 2015.

UNCITRAL. A/CN.9/WG.III/WP.105. Règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/commission/working_groups/3Online_Dispute_Resolution.html> Acesso em: 10 ago. 2015.

UNESCO. Les dimensions internationales du cyberspace. Paris: Economica, 2000.

VALLERERSUNDI, Ana Palacio. In: CHATILLON, Georges. (Org.) Le droit International de l'Internet. Bruxelles: Bruylant, 2002.

WAHAB, Mohamed S. Abdel; KATSH, Ethan e RAINEY, Daniel (Eds.). Online dispute resolution: theory and practice. A treatise on technology and dispute resolution. The Hague: Eleven International, 2012

WING, Leah e RAINEY, Daniel. Online dispute resolution and the development of theory. In: WAHAB, Mohamed S. Abdel; KATSH, Ethan e RAINEY, Daniel (Eds.). Online dispute resolution: theory and practice. A treatise on technology and dispute resolution. The Hague: Eleven International, 2012.

Recebido em 12/08/2016

Aceito em 30/11/2016

AS PERSPECTIVAS DO ACORDO DE COOPERAÇÃO UE / MERCOSUL E DO CUMPRIMENTO DA SUA META FINAL¹

THE PERSPECTIVES OF THE EU / MERCOSUR COOPERATION AGREEMENT AND COMPLIANCE WITH ITS FINAL GOAL

Werter R. Faria²

Elizabeth Accioly³

Sumário: Introdução. 1 Acordo União Europeia e Mercosul – relato histórico. 2 Acordo União Europeia e Mercosul – Estado da arte. Considerações finais. Referências.

Resumo: O presente artigo pretende analisar as etapas de negociação do Acordo Quadro Inter-Regional de Cooperação, entre a União Europeia e o Mercosul, assinado em 1995. Duas décadas mais tarde, tanto o contexto histórico quanto o atual estado da arte são abordados, a fim de compreender se os seus objetivos poderão ser cumpridos, considerando os novos rumos da comunidade internacional.

Palavras-chave: Associação de Livre Comércio. Blocos regionais. Integração Económica. União Europeia. Mercosul

Abstract: This article aims to analyze the negotiation of the Framework Agreement for Inter-regional Cooperation between the European Union and Mercosur signed in 1995. Two decades later, both the historical context and the current state of art are approached with a view to understanding whether its goals have been fulfilled considering the new directions the international community has taken since then.

Keywords: Free Trade Association. Regional integration. Economic integration. European Union. MERCOSUR.

¹ Este artigo, com algumas atualizações, foi publicado no Livro em Homenaje a Roberto Diaz Labrano. Assunción: CEDEP, 2013.

² A título póstumo, com a devida autorização da Prof.^a Doutora Guiomar T. Estrella Faria, em 2013. Prof. Werter Faria foi Diretor-Presidente da Associação Brasileira de Estudos da Integração (ABEI), Presidente do Conselho Científico do Instituto Eurolatinoamericano de Estudios para la Integración (IELEPI), Presidente da *European Community Studies Associations* (ECSA-Brasil) e Presidente do CADE.

³ Professora da Universidade Europeia de Lisboa. Advogada no Brasil e em Portugal

Introdução

Destrinçando alguns textos que pudessem servir de referência para o presente artigo, encontrei nos meus arquivos um estudo do querido Prof. Werter Faria, que, pela sua importância e atualidade junto à primeira parte deste trabalho, com uma exposição histórica do acordo UE/Mercosul, relatada pelo saudoso Professor, com sua bagagem infindável de conhecimento, possuidor de uma humildade que a todos encantava e que já há mais de uma década, nos deixou órfãos dos seus ensinamentos e da sua amizade. Na segunda parte avaliaremos o estado atual do Acordo para, em forma de conclusão, saber se, afinal, o mais ambicioso acordo inter-regional do mundo, envolvendo 750 milhões de pessoas, firmado há mais de vinte anos, poderá se tornar realidade.

1 Acordo União Europeia e Mercosul – relato histórico

A União Europeia e os seus Estados-membros, por um lado, e o Mercosul e seus Estados-Parte, por outro, em 15 de novembro de 1995, celebraram o acordo-marco inter-regional de cooperação, em cujo preâmbulo consideram

a vontade política das partes de estabelecerem, como meta final, uma associação inter-regional de caráter político e econômico baseada numa cooperação política reforçada, numa liberalização gradual e recíproca de todo o comércio, tendo em conta a sensibilidade de certos produtos e em cumprimento das regras da Organização Mundial do Comércio, e baseada, por último, na promoção dos investimentos e no aprofundamento da cooperação.

O final do preâmbulo daquele instrumento menciona os termos da declaração solene conjunta

pela qual ambas as partes se propõem celebrar um Acordo-marco inter-regional que abranja a cooperação econômica e comercial, bem como a preparação da liberalização gradual e recíproca das trocas comerciais entre as duas regiões, como fase preliminar preparatória para a negociação de um acordo de associação inter-regional entre elas.

Em conformidade com a enunciação antecipada do conteúdo do acordo de cooperação, os seus objetivos e o âmbito de aplicação constam do art. 2.º:

- 1. O presente acordo tem por objetivos o aprofundamento das relações entre as partes e a preparação das condições para a criação de uma associação inter-regional.*
- 2. Para o cumprimento desse objetivo, o presente acordo abrange os domínios comercial, econômico e de cooperação para a integração,*

bem como outras áreas de interesse mútuo, com o propósito de intensificar as relações entre as partes e respectivas instituições”.

Os títulos II a VI são dedicados a cada âmbito de aplicação do acordo: comercial, cooperação econômica, reforço da integração, cooperação interinstitucional e outras áreas de cooperação (formação e educação em matéria de integração regional, aprofundamento das relações culturais e fomento e divulgação dos processos de integração das Partes, coordenação e intensificação dos seus esforços na luta contra o tráfico de entorpecentes).

A cláusula evolutiva do art. 23 do acordo permite a ampliação do seu âmbito de aplicação, com o objetivo de elevar os níveis de cooperação e de completá-los, na forma das legislações das Partes, por meio da celebração de acordos relativos a setores ou atividades específicos.

O acordo tem dois objetivos iniciais: o aprofundamento das relações entre as Partes e a preparação das condições para a criação de uma associação inter-regional.

Quanto ao aprofundamento das relações entre as Partes, o art. 2.º, n. 2, assinala os domínios que o acordo deve cobrir: comercial, econômico, de cooperação para a integração e outras áreas de interesse mútuo. Também expressa que a intensificação das relações envolve as instituições das Partes, quer dizer, os órgãos da União Europeia e do Mercosul.

O art. 24, n. 1, contém um compromisso pelo qual as Partes proporcionarão os meios adequados para realização da cooperação, inclusive financeiros, de acordo com as suas disponibilidades e mecanismos próprios.

Pelos arts. 25, 27 e 29 do capítulo referente ao quadro institucional são criados três órgãos: o Conselho de Cooperação, a Comissão Mista de Cooperação e a Subcomissão Mista Comercial. Ao primeiro compete supervisionar a execução do acordo; ao segundo, assistir o Conselho no exercício das suas funções; e ao terceiro assegurar o cumprimento dos objetivos comerciais previstos no instrumento e preparar os trabalhos para a posterior liberalização das trocas comerciais.

Os arts. 26, n. 1, 27, n. 1, e 29, n. 2, dispõem sobre a constituição dos órgãos do quadro institucional: o Conselho é composto por membros de duas instituições da União Europeia (o Conselho e a Comissão) e por membros de dois órgãos do Mercado Comum do Sul (o Conselho e o Grupo); a Comissão Mista de Cooperação, por membros do Conselho da União Europeia e da Comissão Europeia e por representantes do Mercosul; e a Subcomissão Mista Comercial, por membros da Comissão Europeia e por representantes do Mercosul.

O art. 27, n. 4, autoriza o Conselho de Cooperação a delegar todas ou parte das suas competências à Comissão Mista, e o art. 28 a decidir da constituição de qualquer outro órgão para assisti-lo no exercício das suas funções.

O acordo regula o cumprimento dos objetivos que dizem respeito ao fortalecimento das relações existentes entre as Partes e a preparação de condições para a criação da associação inter-regional. O final do preâmbulo do acordo qualifica

de fase preparatória para a negociação da associação o conjunto das ações e medidas dedicadas ao aprofundamento das relações entre a União Europeia e o Mercosul e a liberalização gradual e recíproca das trocas comerciais entre as duas regiões.

O preâmbulo do acordo esboça sua “meta final”, que é o estabelecimento de

uma associação inter-regional de caráter político e econômico baseada numa cooperação política reforçada, numa liberalização gradual e recíproca de todo o comércio, tendo em conta a sensibilidade de certos produtos e em cumprimento das regras da Organização Mundial do Comércio, e baseada, por último, na promoção dos investimentos e no aprofundamento da cooperação.

O art. 3.º prevê a instituição de um diálogo político regular, que acompanhará e consolidará a aproximação entre a União Europeia e o Mercosul, nos termos da declaração comum anexa ao acordo, irregularmente omitida na publicação deste no Boletim Oficial do Mercosul. O diálogo será efetuado no âmbito do Conselho de Cooperação ou em outras instâncias do mesmo nível, tomadas as decisões por mútuo consenso.

Os arts. 2.º, n. 1, 4.º, 25, ns. 1 e 3, e 27, n.º 5, d), simplesmente aludem à associação inter-regional. O art. 4.º é o único que inclui na definição os objetivos do acordo na área comercial (intensificação das relações entre as Partes, com o intuito de fomentar o incremento e a diversificação das suas trocas comerciais; preparação da futura liberalização progressiva e recíproca destas) a criação de condições favorecedoras do estabelecimento da associação.

Em conformidade com o disposto no art. 5.º, as áreas de cooperação comercial serão determinadas pelas Partes, de comum acordo, sem exclusão de qualquer setor. Também prescreve para esse efeito um diálogo econômico e comercial periódico, no âmbito do quadro institucional instituído pelo acordo.

O “Comunicado Conjunto do Rio de Janeiro”, emitido pelos Chefes de Estado e de Governo do Mercosul, do Chile e da União Europeia, em 28 de junho de 1999, não contém nenhuma apreciação sobre a aplicação do acordo. Limita-se a reafirmar o compromisso, exarado nesse instrumento, de

intensificar suas relações para fomentar o incremento e a diversificação de seus intercâmbios comerciais, mediante uma liberalização progressiva e recíproca do comércio e criando condições que favoreçam o estabelecimento de uma associação inter-regional, tendo em conta, em conformidade com as normas da Organização Mundial do Comércio, a sensibilidade de determinados produtos e serviços.

Posteriormente à assinatura do acordo com o Mercosul, a União Europeia celebrou um acordo-marco de cooperação com o Chile, visando à criação de uma associação econômica e política. Nos termos do comunicado, “os resultados das negociações entre o Mercosul e a União Europeia e entre o Chile e a União Europeia

constituirão um compromisso único, aplicável pelas Partes como um todo indivisível”.

Os dois processos de integração estão inter-relacionados, mas sujeitos à supervisão de órgãos distintos.

Como se deduz do art. 2.º, n. 1, os seus objetivos preliminares deverão ser alcançados em duas etapas: a primeira de aprofundamento das relações existentes entre as Partes e a segunda de preparação das condições para a criação da associação inter-regional. Como dispõe o art. 4.º, as Partes comprometem-se a intensificar as suas relações com tríplice finalidade: a) fomentar o incremento e a diversificação das trocas comerciais; b) preparar a futura liberalização progressiva e recíproca dos intercâmbios; e c) criar condições que favoreçam o estabelecimento da associação inter-regional.

O comunicado conjunto das Partes no momento da autenticação do acordo revela a importância que lhe atribuíam:

À espera do cumprimento dos procedimentos necessários para a entrada em vigor do Acordo, as Partes declaram-se dispostas a acordar, antes da assinatura do Acordo, as modalidades que garantam a aplicação antecipada deste, no que respeita, em especial, às disposições de competências comunitárias sobre a cooperação comercial previstas no Título II do Acordo, assim como no que respeita ao quadro institucional estabelecido para esta cooperação.

Desde então (15/12/95) até o Comunicado Conjunto do Rio de Janeiro (28/6/99), decorreram aproximadamente três anos e meio, e os Chefes de Estado e de Governo reunidos na Cúpula da América Latina e do Caribe não tiveram o que avaliar. Disseram laconicamente que ambos os processos de cooperação iniciariam com a formulação de “*propostas para a definição da estrutura, metodologia e calendário das negociações*”.

Ainda no limiar do aprofundamento das relações existentes entre a União Europeia e os seus Estados-membros e o Mercosul e os seus Estados-Parte, é difícil prever como poderá ser atingida a meta final do acordo: o estabelecimento da associação inter-regional.

O preâmbulo do acordo exprime a vontade política das Partes com referência à sua meta final. A associação inter-regional deverá possuir caráter político e econômico e basear-se em dois elementos: a cooperação política reforçada e a liberalização gradual e recíproca de todo o comércio entre as Partes.

Cabe ressaltar o grande alcance de uma associação de caráter político e econômico num período politicamente regressivo (a política reduzida à economia), como o qualificam Edgar Morin e Sami Nair no prefácio da obra “Uma Política de Civilização”.

Cumprir notar que já se pensa em reduzir o objetivo final do acordo ao estabelecimento de uma zona de livre comércio e submeter o processo de mínima

integração econômica a interesses privados. Com esse propósito atua o Fórum Empresarial Mercosul – União Europeia.

A razão da existência de negociações paralelas para promover a liberalização das trocas comerciais seria evitar que o Mercosul se tornasse dependente de um país ou grupo de países. Penso o contrário: o ingresso da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai na Área de Livre Comércio das Américas firmará a hegemonia dos Estados Unidos no campo econômico e reforçará o domínio que exerce nas áreas militar, política e cultural. A hegemonia total dos Estados Unidos ameaçará o sistema de comércio internacional, cujo fortalecimento foi defendido no Comunicado Conjunto do Rio de Janeiro.⁴

A ambiguidade que marca toda a evolução do Mercosul manifesta-se, também, na compreensão do acordo de cooperação. A vontade política de criar “uma associação inter-regional de caráter político e econômico baseada numa cooperação política reforçada, numa liberalização recíproca de todo o comércio”, exige uma definição, ainda na “fase preparatória para a negociação de um acordo de associação inter-regional”. Não pode haver preparação das condições para criá-la se continuar dúvida a forma de associação pretendida.

Em círculos oficiais e empresariais aventa-se a ideia de que a associação inter-regional seja uma zona de livre comércio. Neste caso, a política ficaria subjugada à economia, e o diálogo político regular entre a União Europeia e o Mercosul perderia o sentido.

A zona de livre comércio é um tipo de integração entre as economias de dois ou mais países em que se verifica a livre circulação dos produtos originários dos seus territórios, em consequência da eliminação das barreiras prejudiciais ao intercâmbio comercial.

Um acordo de associação pode ter entre os seus objetivos a criação de zona de livre comércio. Entretanto, o acordo de associação inter-regional foi idealizado para ter caráter político e econômico, e não simplesmente econômico. O art. 3.º, relativo à instituição do diálogo político, faz referência à “aproximação entre a União Europeia e o Mercosul” e o penúltimo considerando do preâmbulo, à “cooperação política reforçada” como bases da associação inter-regional. Esta dimensão política do acordo deve prevalecer ao fim econômico.

Para a União Europeia o fundamento dos acordos de associação está no art. 217 (ex-art. 310) do TFUE. Segundo esta disposição: “*A União pode celebrar com um ou mais países terceiros ou organizações internacionais acordos que criem uma associação caracterizada por direitos e obrigações recíprocos, ações comuns e procedimentos especiais*”.

No verbete “Acordo de Associação”, do Dicionário Jurídico da União Europeia, Josiane Auvret-Finck faz a seguinte advertência: “*Os acordos de*

⁴ A ameaça da ALCA, aqui destacada pelo Prof. Werter Faria, já foi há muito afastada, mas curiosamente os EUA voltam hoje a interferir, ainda que indirectamente, na conclusão do Acordo UE-Mercosul, como adiante veremos.

associação não deveriam ser determinados só por referência à sua denominação formal. É o seu fundamento jurídico (...) que comanda sua qualificação”. Logo após dá a seguinte noção de acordo de associação: “A especificidade do vínculo de associação, na falta de precisão textual, é revelada pela prática; mais precisamente, pelas relações estabelecidas entre a CEE e determinados terceiros Estados. Reside na adesão dos Estados não membros a objetivos comunitários, que se traduzem por uma estreita cooperação, cuja finalidade apresenta-se como essencialmente política. Variável conforme os acordos, esta comanda as suas disposições materiais e institucionais”.

Os acordos de associação são categorias jurídicas que apresentam caracteres comuns, assim especificados por Auvret-Finck:

- a) seu fundamento jurídico é o art. 217.º (ex-art.º 310.º) do TFUE;
- b) a qualidade dos co-contratantes reveste uma importância decisiva, pois qualquer que seja a tipologia do acordo, devem oferecer garantias no tocante ao respeito aos direitos humanos e à adoção da economia de mercado;
- c) são regidos pelo princípio da reciprocidade, embora a paridade jurídica seja suscetível de assimetria de direitos e obrigações se, por exemplo, o nível de desenvolvimento das partes for desigual;
- d) as estruturas institucionais criadas têm a atribuição de assegurar a execução do acordo.

Existem acordos de associação pré-adesão à União Europeia, como os realizados com os países candidatos que aspiram se tornar membros daquela Organização Internacional, e, por isso, os instrumentos internacionais contêm disposições sobre a livre circulação de pessoas e políticas comuns.

Outros, que são os mais numerosos, pretendem a cooperação, especialmente no que concerne ao desenvolvimento econômico e social.

O acordo inter-regional celebrado com o Mercosul e seus Estados-Parte pertence a essa última classe, e tem em vista a intensificação das relações existentes para fomentar o incremento e a diversificação das trocas comerciais, como preparação para a sua futura liberalização e criação de condições que favoreçam o estabelecimento da associação inter-regional.

O acordo de cooperação resulta dos “*profundos laços históricos, culturais, políticos e econômicos que unem as Partes, e inspira-se “nos valores comuns aos seus povos”*. No cumprimento das obrigações assumidas, não podem as Partes desconhecer os motivos que as levaram a celebrá-lo, e reduzir ao campo econômico uma iniciativa que escapou ao vazio do pensamento político.

É preciso que os povos unidos por laços históricos, culturais, políticos e econômicos profundos não sejam ignorados nas reuniões em que se formularão propostas para definição da estrutura, metodologia e calendário das negociações relacionadas com a execução do acordo. É necessário impedir que obedeça exclusivamente às sugestões resultantes do entendimento entre organizações

empresariais e líderes políticos da União Europeia e do Mercosul, em especial sobre a conversão da associação política numa esvaziada zona de livre comércio.

A dimensão política é a principal característica do acordo, e não se pode prever a longo prazo as consequências das ações neste campo. Nenhuma das Partes mostra-se firmemente disposta a encetar o diálogo político com a finalidade de acompanhar e consolidar a aproximação entre a União Europeia e o Mercosul. Diante da hesitação, os interesses econômicos procuram acomodar ao seu molde os objetivos do acordo de cooperação, que não se restringem – nunca é demais insistir – à criação de uma zona transatlântica de livre comércio.

Por vivermos num tempo em que tudo converge para as questões econômicas, temos de conscientizar-nos de que a mundialização liberal é incapaz de dissolver as identidades étnicas, religiosas e culturais; ao contrário, faz com que se robusteçam.

Nas negociações para concluir o acordo de cooperação, as Partes levaram em consideração não somente os laços econômicos, como os históricos, culturais e políticos que as unem, e se inspiraram nos valores comuns aos seus povos. Esses laços e valores são os que devem reger o cumprimento das obrigações contraídas pela União Europeia e os seus Estados membros e o Mercosul e os seus Estados Partes.

2 Acordo União Europeia e Mercosul – Estado da arte

Após trazer as lições do Prof. Werter Faria, no relato histórico acima, vamos analisar as etapas de negociação que estavam alicerçadas em três pilares: o diálogo político, a cooperação e o livre-comércio que, no início das rodadas, inauguradas no final do Século XX, geraram a expectativa de que em poucos anos poderia estar concluída a maior integração regional do mundo, para posteriormente diagnosticar o estado atual do acordo.

As negociações não se avizinhavam fáceis, aliás, nunca o são quando há interesses conflitantes em jogo, e neste xadrez é sempre oportuno lembrar a velha máxima: “comércio, comércio, amizade à parte”. E realmente não tardou para o primeiro impasse surgir.

De um lado, os Estados membros da União Europeia – sobretudo a França – opunham-se à abertura agrícola, como queriam os sócios mercosulistas, sob a alegação de que tal cedência dizimaria a agricultura europeia. Do outro lado, os sócios sul-americanos não aceitavam liberalizar a indústria, os serviços e os investimentos, sem uma contrapartida equilibrada.

O auge do embaraço ocorreu na reunião de 2004, quando os jornais brasileiros estamparam a seguinte manchete: “*Quiseram-nos fazer de bobos*”. O autor da frase, segundo os periódicos, foi o então Ministro das Relações Exteriores do Brasil, Celso Amorim, que dizia: “*Que ninguém pense que nós estamos desesperados por um acordo. Nós queremos um acordo, sim, mas não a qualquer*

custo. (...) Amorim usou o exemplo da carne para ilustrar o incômodo do Brasil com a oferta dos europeus de parcelar em dez anos as cotas de exportação de produtos agropecuários com taxas mais flexíveis. Segundo ele, o Mercosul teria direito a exportar apenas 6.000 toneladas no primeiro ano. A parte brasileira seria, então, de 2.400 toneladas. 'Isso é só um caminhão. É ridículo'. Depois, em entrevista coletiva, Amorim falou sobre a decisão de interromper as negociações em Bruxelas".⁵

Tal impasse custou seis anos de paralisação “*entrvados por queixumes recíprocos de incompreensão e de birra burocrática ... apesar dos elogios mútuos e dos decantados laços históricos, culturais e econômicos*”.⁶

Foi no primeiro semestre de 2010, na VI Cimeira UE-América Latina e Caribe, quando a Espanha exercia a presidência rotativa da União Europeia, que houve o relançamento das negociações UE-Mercosul, na busca de um acordo “*compreensivo, equilibrado e ambicioso*”, que integrasse na dimensão comercial não apenas o comércio de mercadorias, mas também serviços, investimentos, contratos públicos, propriedade intelectual (incluindo as denominações geográficas), facilitação do comércio, medidas sanitárias e fitossanitárias, comércio e desenvolvimento sustentável, concorrência ou instrumentos de protecção do comércio.

Os anos de 2010 e 2011 seguiram com reuniões de trabalho, sem definições importantes para uma convergência entre as partes. Naquela altura, o Comitê Econômico e Social Europeu (CESE), um dos órgãos consultivos da UE, já alertava: “*As fragilidades estruturais do Mercosul têm constituído, historicamente, um entrave considerável à concretização do Acordo de Associação. Entre estas, há que destacar: um défice de redes e estruturas comuns, num território com uma superfície três vezes maior que o da UE, uma baixa percentagem de comércio inter-regional (15% no MERCOSUL, 45% no NAFTA e 66% na UE) e o predomínio do comércio extra-regional, uma união aduaneira incompleta, uma coordenação limitada das políticas macroeconómicas, a fragilidade das instituições regionais*”.⁷

Em 2012, o Embaixador Rubens Barbosa, grande estudioso das integrações regionais, já vaticinava: “*Sempre fui cético a respeito das perspectivas de conclusão dos entendimentos visando a um acordo comercial amplo e abrangente com a UE, por dificuldades políticas nos principais países do Velho Continente. Nunca acreditei que eles pudessem aceitar as condições do Mercosul na área agrícola como contrapartida às concessões nos setores industriais e de serviço de interesse europeu*”.⁸

⁵ Site: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi2307200416.htm>. Consulta em 23-12-2016.

⁶ Jorge Fontoura. União Europeia e Mercosul, a história inadiável. Jornal Gazeta do Povo, 18.07.2010. In: <http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/conteudo.phtml?id=1026172&tit=Uniao-Europeia-e-Mercosul-a-historia-inadiavel>. Consulta em 23-12-2016.

⁷ Parecer do CESE “Para um Acordo de Associação UE-Mercosul: contributo da sociedade civil organizada”, publicado no JOUE em 15-06-2011, p. 5. In: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/dmer/dv/cese_opinion_aa_eu_mercosur_2011/_cese_opinion_aa_eu_mercosur_2011_pt.pdf. Consulta em 23-12-2016.

⁸ Jornal “O Estado de São Paulo”. As difíceis negociações entre o Mercosul e a UE, 08 de maio de 2012.

Em 2013, os negociadores dos dois blocos econômicos apostaram numa orientação mais concreta sobre os seus próximos passos, por ocasião da primeira Reunião de Cúpula União Europeia-CELAC (Comunidade de Estados Latino-Americanos e do Caribe). Nesta reunião foi firmado um compromisso entre os Estados-membros do Mercosul com representantes da Comissão Europeia (UE) comprometendo-se a apresentar, até o fim daquele ano, novas propostas ao acordo bilateral, o que não ocorreu.

Entre 2014 e 2015 não houve avanços, por conta de eleições presidenciais na Argentina e no Brasil, por conta de crises políticas e econômicas na América do Sul e na Europa, dentre as quais a suspensão do Paraguai e a entrada da Venezuela no Mercosul; as eleições presidenciais no Brasil, seguidas de impeachment do governo Dilma Russel e dos escândalos de corrupção; do colapso político e econômico na Venezuela, e da recente suspensão deste Estado no seio do Mercosul; e, do outro lado do continente, a velha Europa também enfrenta uma das maiores crises, de ordem econômica e política, desde a falência de alguns Estados que precisaram recorrer à ajuda financeira internacional, à falta de respostas com relação aos refugiados, e, por último, o Brexit, que fortalece sobremaneira os eurocéticos, considerado como o maior terremoto político no seio da UE.

Em maio de 2016, houve finalmente troca de ofertas de bens, serviços, investimentos e compras governamentais entre UE e Mercosul e a muralha praticamente intransponível por parte da Europa comunitária, – o sensível setor agro-industrial – cedeu alguns milímetros, pese embora o braço de ferro em relação à carne bovina e o etanol, que a Europa insiste em deixar fora do acordo. Isso pode ser um bom prenúncio para o avanço das negociações, cientes de que a natureza não dá saltos e que o terreno não tem sido fértil para os dois blocos regionais desde a retomada das negociações, em 2010, como acima já exposto.

De se louvar, ainda a boa vontade demonstrada na Reunião de Cúpula do Mercosul, em setembro de 2016, com a assinatura de uma declaração conjunta, exortando a continuidade das negociações, com o seguinte teor:

Os Chanceleres da República Argentina, Susana Malcorra, da República Federativa do Brasil, José Serra, da República do Paraguai, Eladio Loizaga, e da República Oriental do Uruguai, Rodolfo Nin Novoa, reunidos em Nova York, examinaram a agenda de negociações comerciais externas do bloco. Nessa perspectiva, destacam a importância de impulsionar as negociações do Acordo de Associação Birregional Mercosul-União Europeia, pelos tradicionais laços culturais, comerciais e de investimentos que já unem os dois blocos e pelo grande potencial de crescimento dos fluxos de comércio e investimentos entre eles.

Em outubro de 2016 decorreu, em Bruxelas, uma reunião com o objetivo de discutir as propostas apresentadas pelas partes, no passado mês de maio, sem resultados conclusivos, segundo se depreende do comunicado conjunto divulgado:

Esta ronda de negociaciones, que se llevó a cabo del 10 al 14 de octubre en la capital belga, ha sido “la primera completa” desde 2012 y la primera en realizarse tras el esperado intercambio de ofertas de acceso a mercados del pasado 11 de mayo, algo que no se producía desde 2004 y que ambas partes perseguían desde que decidieron retomar las tratativas en 2010.

Los equipos negociadores de ambos bloques “analizaron el conjunto de los textos y reglas en negociación” y, además, “intercambiaron puntos de vista sobre cómo avanzar en los temas de acceso a mercado”, subrayó el comunicado conjunto.

Señalaron que se comprometen a “realizar todos los esfuerzos necesarios para avanzar en las negociaciones.”⁹

A próxima reunião está agendada para março de 2017, em Buenos Aires.

A ideia de que os acordos comerciais são a melhor solução para gerir a globalização vai ganhando cada vez mais força, já que pela via do comércio mundial, com suas regras exigentes, torna-se quase impossível se chegar a bom porto, como temos assistido com os infundáveis ciclos de negociação da OMC, que já duram mais de uma década. Sem dúvida, a falta de avanços de Doha tem contribuído para a inércia do Acordo Mercosul-UE, posto que as Partes se escoram na expectativa de avanços em sede multilateral, o que parece cada vez mais improvável, mais não seja pelas políticas protecionistas europeias, que beneficiam sobremaneira Estados que não querem perder tais benesses.

De se destacar as palavras do Diretor-geral da OMC, Roberto Azevêdo: *“O remédio que frequentemente está sendo prescrito é o protecionismo e esse é exatamente o tipo de medicamento que vai prejudicar o paciente, não ajudá-lo.”* Quanto ao Acordo Mercosul-UE, afirma: *“Todas as negociações comerciais são complexas, levam tempo. [...] Essas são negociações de peso e que podem trazer impulso importante para a economia dos dois blocos. As partes procuram as oportunidades onde quer que elas estejam”.*

Ora bem, na busca de novos caminhos, a UE e os EUA decidiram, em 2014, negociar um Acordo de Parceria Transatlântica sobre Comércio e Investimento, mais conhecido pela sigla TTIP, que veio desacelerar a vontade política de avançar no acordo Mercosul e UE. O ex-eurodeputado português Vital Moreira, responsável pela redação do acordo entre a UE e os EUA, disse, quando estava à frente da Comissão do Comércio Internacional do Parlamento Europeu: *“esta parceria é uma nova oportunidade de crescimento extraordinária e que as negociações devem começar tão cedo quanto possível. Tudo indica que há uma grande oportunidade de aumentar o investimento e fazer crescer a economia e o emprego nos dois lados do Atlântico”.* Os estudos apontam para o aumento de 0,5% do PIB na UE e 0,4% nos EUA, concebido da seguinte forma:

A T-TIP será um acordo de investimento e comércio ambicioso, abrangente e de alto padrão que oferecerá benefícios significativos no que concerne à promoção de competitividade internacional, à criação de empregos e ao crescimento dos EUA.

⁹ Site: <http://www.elpais.com.uy/economia/noticias/avances-primera-ronda-negociacion-mercosur-2.html>.

A T-TIP visará promover o crescimento econômico dos Estados Unidos e da UE e adicionar mais empregos aos mais de 13 milhões de empregos já apoiados na América e na UE pelo comércio e investimento transatlânticos.

A T-TIP visará, em especial, a:

- *Abrir ainda mais os mercados da UE, ampliando os US\$ 458 bilhões em mercadorias e serviços privados que os Estados Unidos exportaram em 2012 para a UE, nosso maior mercado para exportação.*

- *Fortalecer o investimento com base em regras para desenvolver a maior relação de investimento do mundo. Os Estados Unidos e a UE já mantêm um total de aproximadamente US\$ 3,7 trilhões em investimento em suas respectivas economias (desde 2011).*

- *Eliminar todas as tarifas ao comércio.*

- *Enfrentar barreiras comerciais dispendiosas e não tarifárias “atrás da fronteira” que impedem o fluxo de mercadorias, inclusive produtos agrícolas.*

- *Obter maior acesso ao mercado no comércio de serviços.*

- *Reduzir de maneira significativa o custo das diferenças em normas e padrões, promovendo maior compatibilidade, transparência e cooperação, mantendo, concomitantemente, nossos elevados níveis de saúde, segurança e proteção ambiental.*

- *Desenvolver normas, princípios e novos modos de cooperação para questões de interesse global, incluindo propriedade intelectual e regras baseadas no mercado para empresas públicas e barreiras discriminatórias ao comércio em termos de localização.*

- *Promover a competitividade global de pequenas e médias empresas.*¹⁰

Considerações finais

Quando se imaginava que a aproximação comercial entre os EUA e UE poderia interferir no desfecho, já adiado tanta vez, entre o Mercosul e UE, até pelos poucos avanços nas negociações comerciais entre os dois blocos econômicos, surge um novo fôlego, após o resultado das últimas eleições presidenciais nos EUA.

O mundo está em *stand by*, à espera dos novos rumos a serem ditados por Donald Trump, mas já se sabe, de antemão, que as integrações regionais não serão a prioridade do seu mandato.

Resta-nos aguardar pelos próximos capítulos, torcendo para que finalmente a solidariedade e a cooperação prevaleçam ao egoísmo e à ganância. Quem viver verá!

Referências

FONTOURA, Jorge. União Europeia e Mercosul, a história inadiável. Jornal Gazeta do Povo, 18.07.2010. Consulta em 23-12-2016.v

¹⁰ Site:

<http://iipdigital.usembassy.gov/st/portuguese/texttrans/2013/07/20130701277962.html#ixzz2eLVA8GVb>. Consulta em 8/09/2013.

Jornal “O Estado de São Paulo”. As difíceis negociações entre o Mercosul e a UE, 08 de maio de 2012.

Parecer do CESE “Para um Acordo de Associação UE-Mercosul: contributo da sociedade civil organizada”, publicado no JOUE em 15-06-2011. Consulta em 23-12-2016.

Site: <http://www.elpais.com.uy/economia/noticias/avances-primera-ronda-negociacion-mercosur-2.html>.

Site:
http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/dmer/dv/cese_opinion_aa_eu_mercosur_2011_/cese_opinion_aa_eu_mercosur_2011_pt.pdf. Consulta em 23-12-2016.

Site:
<http://iipdigital.usembassy.gov/st/portuguese/texttrans/2013/07/20130701277962.html#ixzz2eLVA8GVb>. Consulta em 8/09/2013.

Site: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi2307200416.htm>, consulta em 06-09-2013.

Recebido em 20/12/2016
Aceito em 24/12/2016

**O JUDICIÁRIO COMO INSTÂNCIA DE (DES)CONSIDERAÇÃO
DA RELIGIOSIDADE DE MATRIZ AFRICANA: CASOS JUDICIAIS
EMBLEMÁTICOS SOBRE LIBERDADE E INTOLERÂNCIA RELIGIOSA
EM SERGIPE**

**THE JUDICIARY AS AN INSTANCE OF (DES)CONSIDERATION OF THE
AFRICAN-DERIVED RELIGIONS: EMBLEMATIC JUDICIAL CASES ON
LIBERTY AND RELIGIOUS INTOLERANCE IN SERGIPE**

**Ilzver de Matos Oliveira¹
Kellen Josephine Muniz de Lima²
João Vítor Pinto Santana³**

Sumário: Introdução. 1 Direito fundamental à liberdade religiosa. 2 Intolerância Religiosa: a religiosidade afro-brasileira ameaçada. 3 Judicialização dos casos de intolerância contra as religiões de matriz africana. 4 Análise de casos emblemáticos de intolerância em Sergipe: ações penais movidas contra “Mãe Silvania” e “Pai Rivaldino”. Conclusão. Referências.

Resumo: No Brasil, no campo das liberdades individuais, a elevação da liberdade religiosa ao status de direito fundamental se consolidou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, através do art. 5º, incisos VI, VII e VIII, que estatuiu a liberdade de consciência, de culto e de crença. Entretanto, apesar de todo o arcabouço constitucional e infraconstitucional de proteção a este direito, ainda são muitos os casos de intolerância e violência no campo religioso, principalmente em desfavor das religiões afro-brasileiras. O presente estudo se dá através da análise de dois casos emblemáticos ocorridos em Sergipe, com vistas a constatar se o Judiciário é um agente capaz de apresentar a resposta esperada pelas vítimas da intolerância religiosa, no que se refere ao reconhecimento da violação de direito sofrida.

Palavras-chave: Religiões de matriz africana. Judiciário. Direito fundamental. Liberdade religiosa. Intolerância.

Abstract: In Brazil, in the field of individual liberties, the rise of religious freedom to the status of a fundamental right was consolidated with the enactment of the 1988 Federal Constitution, through art. 5, sections VI, VII and VIII, ruled that freedom of

¹ Doutor em Direito PUCRio. Mestre em Direito – UFBA. Professor Pleno do Mestrado em Direito da Universidade Tiradentes. Vice-líder e pesquisador do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Direitos Humanos – UNIT-CNPq. E-mail: ilzver@gmail.com

² Advogada, Membro da Comissão de Igualdade Racial da OAB-SE. Especialista em Direito Civil e Processual Civil e Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Estudante-pesquisadora do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Direitos Humanos – UNIT-CNPq. E-mail: kellen_muniz@yahoo.com.br

³ Advogado. Pós-graduando em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra/IBCCRIM. Aluno especial do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe – UFS (2016/2). E-mail: j.victorsantana@hotmail.com

conscience, religion and belief. However, despite all the constitutional and infra-constitutional framework for the protection of this right, there are still many cases of intolerance and violence in the religious field, mainly to the detriment of African-rooted religions. This study is done through the analysis of two emblematic cases in Sergipe, in order to see if the judiciary is an agent capable of presenting the expected response for the victims of religious intolerance, as regards the recognition of the violation of law suffered.

Keywords: African-rooted religions. Judiciary. Fundamental right. Religious freedom. Intolerance.

Introdução

A existência de leis garantidoras das liberdades individuais é o que permite a coexistência entre seres humanos distintos em valores sociais, culturais, ideológicos, antropológicos, políticos, e também religiosos e de crença, é o que garante a diversidade, dando a todos estes iguais direitos e impondo iguais deveres. É a dita igualdade formal, garantida em nossa Constituição Federal de 1988 em seu Artigo 5º.

No campo das liberdades individuais, a liberdade de ter ou de não ter uma religião ganha importância ainda maior, pois em geral, são as minorias religiosas que mais precisam fazer valer seus direitos, utilizando a legislação vigente, pois elas são as mais atingidas pela tão falada intolerância religiosa, ao tentarem exercer seus direitos de professar uma religião diferente daquela dos grupos majoritários.

É sabido que a nossa Constituição Federal garante a todos a chamada igualdade formal, todavia, é imperioso garantir às minorias uma igualdade não apenas no campo ideológico e das formalidades, mas uma igualdade efetiva, substancial, concreta, a chamada igualdade material.

O presente trabalho se filia ao estudo e análise da temática voltada à liberdade religiosa como um direito humano fundamental, bem como o recente crescimento do fenômeno denominado de intolerância religiosa, que tem como principais vítimas os adeptos das religiões afro-brasileiras.

A investigação e discussão do problema se deram sob o enfoque do enfrentamento do Poder Judiciário sergipano em torno da intolerância às religiões de matriz africana. Neste sentido, através da análise de casos emblemáticos ocorridos em Sergipe, o trabalho aqui apresentado teve por objetivo geral analisar se o Judiciário é um agente capaz de apresentar a resposta esperada pelas vítimas da intolerância religiosa, no que se refere ao reconhecimento da violação de direito sofrida; tendo por objetivos específicos discutir as seguintes questões: De que forma se apresenta a intolerância às religiões afro-brasileiras? Quais os aspectos da judicialização das religiões de matriz africana e como se dá o enfrentamento do Judiciário nos casos emblemáticos em Sergipe? O que as vítimas da intolerância religiosa esperam do Judiciário?

Para tanto, foi adotado basicamente o método dedutivo, partindo da análise ampla e global da liberdade religiosa para, a partir dela, elucubrar sobre as religiões afro-brasileiras e seus obstáculos enfrentados no âmbito jurídico. A técnica de pesquisa empregada foi basicamente a de revisão bibliográfica, por meio da consulta à literatura especializada, legislação e jurisprudência sobre o tema tratado.

1 Direito fundamental à liberdade religiosa

A necessidade de exteriorização das convicções religiosas constitui algo inerente ao ser humano, resultado de um direito sobre-humano, divino e espiritual e não de uma mera concessão estatal. Entretanto, a história demonstra que o direito do homem à liberdade religiosa, através do livre culto e exercício dos diversos credos religiosos, enquanto direito fundamental, somente passou a ser garantido expressamente nas concepções democráticas constitucionais.

Nesse sentido, segundo Oliveira e Alves (2013, p. 88-89):

[...] o desenvolvimento da ideia de tolerância religiosa e, posteriormente, de liberdade religiosa, bem como a separação entre Igreja e Estado, ocorreu de forma lenta e gradual com a transição do Estado moderno e monárquico para o Estado constitucional e republicano. E, em decorrência disso, teve-se a constitucionalização do direito fundamental de liberdade religiosa e da laicidade do Estado. Além disso, destaque para a contribuição dada pelo sistema global de proteção aos direitos humanos, conforme previsão da garantia da liberdade religiosa como direito de toda pessoa no art. 18, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas (ONU), de 10 de dezembro de 1948; e no art. 18 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, também da ONU, de 16 de dezembro de 1966. Da mesma forma que também o fez o sistema regional interamericano de proteção de direitos humanos, no art. 12, da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, de 1969.

Na Constituição Federal Brasileira de 1988, a liberdade religiosa, enquanto direito fundamental, está presente em seu artigo 5º, VI, VII e VIII. O art. 5º, VI, estabelece e define o conteúdo constitucional da liberdade religiosa no Direito brasileiro, delineando os elementos constituintes de tal direito: liberdade de consciência e de crença. Portanto, a Constituição Brasileira, que, como as suas antecessoras, consagra o princípio da laicidade, garante também o direito fundamental à liberdade de crença e de consciência.

Importante observar que as duas expressões – liberdade religiosa e liberdade de crença – ainda que comumente confundidas, apresentam uma diferença fundamental: a liberdade religiosa garante ao indivíduo o direito de escolher dentre qualquer religião aquela que melhor lhe apraz; já a liberdade de crença ou de consciência é o direito de escolher entre crer ou não crer em um ser supremo (ou vários seres supremos/divindades), cultuando-a (ou não) através de uma religião ou grupo de pertencimento (DOMINGOS, 2010).

Nesse mesmo sentido, ensina Farias (2011, p. 248):

Assim sendo, é fácil perceber que o direito à liberdade de crença mais do que simplesmente significar o direito de participar do culto religioso e a liberdade de expressão religiosa, tem estrutura interna (conteúdo) muito mais complexa. O direito à liberdade de crença, confirmando um estado laico, significa a possibilidade de autodeterminação, de poder se comportar de acordo com os seus próprios valores espirituais e morais e, sobretudo, pautar-se em sua vida pessoal, de acordo com a sua própria religiosidade.

Essa liberdade de consciência e de crença, *a priori*, dirige-se fundamentalmente contra o Estado, ou seja, retira do Ente Estatal a possibilidade de impor uma crença aos cidadãos, ao passo que também lhe proíbe de impedir o livre pensar e a livre escolha da fé. É dizer, o discurso e a proteção da liberdade religiosa, no âmbito constitucional, têm como destinatário a figura do Estado (SILVA NETO, 2008).

Dimoulis e Martins (2006, p. 63) assim se posicionam acerca dessa incidência dos direitos fundamentais constitucionalmente positivados sobre a relação cidadão-Estado:

A principal finalidade dos direitos fundamentais é conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo, em sua maioria de natureza material, mas às vezes de natureza processual e, conseqüentemente, limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado.

Nessa linha, a atual concepção do direito fundamental à liberdade religiosa apresenta uma feição nunca antes verificada, até mesmo porque se relaciona intensamente com os valores democráticos. Isso é perceptível quando se necessita além de um Estado laicista para se realizá-lo, também, um Estado colaborador para tanto, posto que, no entendimento de Miranda (2000), a liberdade religiosa não se reduz a aceitação da diversidade pelo Estado, devendo este criar medidas de igualação entre as minorias religiosas e as instituições dominantes, é o que se extrai da conceituação aqui transcrita:

A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, [...] em o Estado permitir ou propiciar a quem segue determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem [...]. Se o Estado, apesar de conceder aos cidadãos, o direito de terem uma religião, os puser em condições que os impeçam de a praticar, aí não haverá liberdade religiosa. (2000, p. 409).

Assim, compete também ao Estado garantir o direito de ateus e agnósticos de terem essas opções respeitadas (opção de não crer na existência de uma divindade e professar a fé respectiva). Ateus e agnósticos, assim como os “religiosos”,

possuem o mesmo direito, garantido constitucionalmente, de não crer e de expressar a sua descrença. É o direito à liberdade de consciência.

Portanto, para Silva Neto (2008), em razão do princípio da laicidade, o Estado tem a obrigação de garantir e proteger o exercício pleno dos seguintes direitos derivados da liberdade religiosa e de consciência: 1) a liberdade do indivíduo de ter crença religiosa ou não; 2) a liberdade do indivíduo de professar a sua fé religiosa, caso a tenha; 3) a liberdade do indivíduo de trocar de religião; 4) a liberdade do indivíduo de não ser perseguido nem ofendido em razão de suas escolhas religiosas; 5) a liberdade dos familiares de decidirem pela educação religiosa, ou não, de seus descendentes; 6) a garantia de que esta educação religiosa não se choque com suas convicções, mas que as respeite; 7) a garantia de não ser discriminado em função de sua(s) crença(s).

Merece destaque aqui, quanto ao conteúdo específico do art. 5º, VI, que a liberdade religiosa envolve também a crença em um determinado conjunto de valores. Portanto, a opção de um indivíduo por uma religião traz, invariavelmente, como contrapartida, o dever de este observar e cumprir com alguns dogmas ou formalidades religiosas, os quais são efetivamente realizados pelo adepto, em razão de um ato de crença: o indivíduo crê em um dogma ou rito específico e o segue.

Assim, a mencionada liberdade está a impor a proteção estatal àquela prática do indivíduo pautada por sua crença. Sem isto, a liberdade de crença não poderia ser plenamente exercida, de modo que a instrumentalização por meio da liberdade de atuação conforme a crença do indivíduo constitui uma dimensão essencial da liberdade religiosa:

A liberdade religiosa não seria adequadamente tutelada se admitisse uma tão estrita como simplificadora bipolaridade entre crença (belief) e conduta (action), que resultasse numa generosa proteção da primeira e na desvalorização da segunda. (MACHADO, 1996, p. 222).

Essa dimensão protetiva da liberdade religiosa é imperiosa, uma vez que se as práticas religiosas estiverem constitucionalmente desprotegidas, a própria liberdade religiosa estará em xeque (MACHADO, 1996).

Juntamente à liberdade de consciência, a Constituição de 1988, em seu art. 5º, VI, traz também a liberdade de divulgação de crença, que consiste na possibilidade de o adepto professar sua crença e envidar esforços no sentido de conseguir novos fiéis. Portanto, há, no seio da maioria das religiões (principalmente cristãs) certo dever de evangelizar, de modo que a Constituição Federal de 1988 protege, igualmente, esta dimensão coletiva, a busca por novos fiéis. Ressalte-se que este âmbito da liberdade religiosa é também protegido por outro direito constitucional, qual seja, a liberdade de expressão (TAVARES, 2008), que em conjugação com o direito em apreço, se configura em liberdade de expressão religiosa.

Como se vê, a liberdade religiosa protege o direito de o adepto professar livremente a sua convicção, bem como de praticar e exteriorizar os dogmas e valores

religiosos inerentes à sua fé. Esta proteção se encontra presente na inviolabilidade da liberdade de crença, expressamente prevista pela Constituição Federal do Brasil.

O direito à liberdade religiosa, além de estar assegurado pela Constituição Federal de 1988, também encontra proteção na legislação infraconstitucional (Lei nº 9.394/96, Lei nº 4.898/65, Lei nº 7.716/89, etc.), bem como em Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário, a exemplo da Convenção Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos; Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos; Declaração sobre a Eliminação de todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções; Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas; a Declaração de Princípios sobre a Tolerância.

Consoante se percebe, o Brasil dispõe de um robusto arcabouço constitucional e infraconstitucional de proteção ao direito fundamental à liberdade religiosa. Todavia, em que pese a existência de vasta legislação protetiva, ainda são muitos os casos de intolerância e violência no campo religioso, principalmente praticadas em desfavor das religiões afro-brasileiras. É o que veremos a seguir.

2 Intolerância Religiosa: a religiosidade afro-brasileira ameaçada

Como visto nas linhas anteriores, a liberdade religiosa é um princípio internacional, um direito fundamental estatuído no sistema constitucional pátrio e, acima de tudo, é um símbolo do Estado Democrático de Direito que se baseia no respeito à pluralidade e à diferença. Entretanto, apesar de a liberdade religiosa possuir o caráter de direito fundamental do ser humano, prevista e protegida constitucionalmente, ainda é comum, na realidade brasileira, vermos cenas de intolerância e perseguição contra as minorias religiosas. São constantes as manifestações de aversão e, até mesmo, de ódio em relação a crenças e práticas de determinados grupos e indivíduos.

Segundo o conceito apresentado por Umberto Eco, a intolerância religiosa poderia ser compreendida como uma “intolerância selvagem”:

[intolerância selvagem seria] aquela que, na ausência de qualquer doutrina, nasce dos impulsos elementares; por isso é que ela é difícil de ser identificada e combatida com a ajuda de argumentos racionais [...] a intolerância selvagem funciona graças a uma redução categórica que contém, em estado latente, todas as teorias racistas do futuro. (2000, p. 18-19).

A intolerância exercida no campo religioso está intrinsecamente relacionada com o etnocentrismo. Deste modo, a intolerância religiosa representaria uma forma de reduzir a crença alheia por meio da manifestação de violência física, psicológica ou, até mesmo, simbólica, diante das diversas concepções de fé. Na definição de Rouanet (2003, n.p.), a intolerância é “uma atitude de ódio sistemático

e de agressividade irracional com relação a indivíduos e grupos específicos, à sua maneira de ser, ao seu estilo de vida e às suas crenças e convicções”.

Convém esclarecer que o que caracteriza a intolerância é a exteriorização preconceituosa e violenta de uma verdade tida como absoluta, podendo tal intolerância se revestir de traços ainda mais fortes, como no caso do fundamentalismo e do fanatismo religioso.

No Brasil, as manifestações da religiosidade afro-brasileira mostram-se como alvo comum de atos de intolerância decorrentes, entre outras razões, das diferenças culturais, étnicas, raciais e econômicas historicamente existentes entre “brancos” e “negros”, colonizadores e colonizados. Ainda nos dias atuais, em que se prega a inexistência do racismo no Brasil, vemos que as crenças e práticas das religiões de matriz africana habitualmente sofrem distorções de seu significado, herança ainda dos tempos da Colônia.

Maria Lucia Montes descreveu o retrato das práticas espirituais africanas na realidade colonial:

Sob as condições da escravidão, suas tradições culturais e religiosas eram tomadas no mundo dos senhores por “divertimento” a que se entregavam os negros, consentidos em razão dos benefícios morais e políticos que deles se esperava, isto é, a tranquilidade da senzala e a submissão dos escravos. Menor complacência, porém, teriam senhores e autoridades eclesásticas para com as práticas mágicas indissociáveis dessas formas de religiosidade que, vistas como *feitiçaria*, foram objeto de constante perseguição. (1998, p. 93).

Posteriormente, já com o advento da Independência e a instauração do Império no Brasil e mesmo na República, e nas décadas de 30 e 40 especialmente, as práticas ritualísticas de origem africana continuavam a ser condenadas pela sociedade e perseguidas pelo Estado. É como ressalta Montes (1998, p. 94) ao dizer que:

[...] em nome de um novo projeto civilizatório, os terreiros de candomblé passariam a ser objeto de rigorosa perseguição por parte da polícia e do Poder Judiciário [...] sob o duplo peso da estigmatização e da perseguição.

Esses atos de perseguição e estigmatização estão na base da necessidade de os negros passarem a disfarçar sua prática religiosa através da transformação de suas referências em símbolos da fé católica e do surgimento do sincretismo religioso como processo de metamorfose e descaracterização das tradições africanas. Para Renato Ortiz:

A desagregação do universo mítico afro-brasileiro não se reduz unicamente a uma relação quantitativa entre grupos de cores diferentes: é, sobretudo, a dominação simbólica do branco que

acarretara o desaparecimento ou a metamorfose dos valores tradicionais negros. (1999, p. 27).

Muitos anos depois, mesmo com o Estado Democrático de Direito instaurado no Brasil, o que garantiu a criação de mecanismos de proteção à liberdade religiosa, os resquícios da escravatura ainda pairam sobre os negros e suas manifestações religiosas, de modo que os adeptos das religiões de matriz africana ainda sofrem com a discriminação e intolerância.

Essa população de negros e afrodescendentes, historicamente estigmatizada, sofre ainda hoje a tentativa de aniquilamento de suas crenças e identidade cultural. A religiosidade trazida para o Brasil pelos africanos, que aqui chegaram escravizados, no início do século XVI, é considerada a última fronteira de resistência cultural de milhares de negros e mestiços brasileiros.

De maneira assustadora, o número de ataques feitos por adeptos de igrejas evangélicas, especialmente, as neopentecostais, contra os religiosos afro-brasileiros tem crescido em grande escala. Para Vagner Gonçalves da Silva, essa intolerância em face das religiões de matriz africana está intrinsecamente ligada à visão demoníaca propagada pelos adeptos do neopentecostalismo. De forma sistemática, o autor enumera os principais sintomas dessa prática:

1. Ataques feitos no âmbito dos cultos das igrejas neopentecostais e em seus meios de divulgação e proselitismo; 2. Agressões físicas *in loco* contra terreiros e seus membros; 3. Ataques às cerimônias religiosas afro-brasileiras realizadas em locais públicos ou aos símbolos destas religiões existentes em tais espaços; 4. Ataques a outros símbolos da herança africana no Brasil que tenham alguma relação com as religiões afro-brasileiras; 5. Ataques decorrentes das alianças entre igrejas e políticos evangélicos; e, finalmente, 6. As reações públicas (políticas e judiciais) dos adeptos das religiões afro-brasileiras. (2007, p. 10).

As pregações demonizadoras dessas igrejas, cujo modelo foi copiado da Igreja Universal do Reino de Deus (IURD), promovem uma perseguição sistemática e a descaracterização da identidade da comunidade afrodescendente, estigmatizando seus adeptos. A estratégia utilizada por essas igrejas é criar estereótipos que remetem os praticantes das religiões africanas a cidadãos de segunda classe, desvalorizando-os na sociedade.

Como resultado da sedimentação da estratégia da IURD de aliar os poderes da comunicação (através de programas de TV, rádio e jornais), da política e da fé, as religiões de matriz africana vivenciam o endurecimento do preconceito e da discriminação em seu cotidiano. Templos são invadidos, religiosos agredidos, direitos fundamentais negados a outros religiosos por adeptos das igrejas neopentecostais que ocupam cargos na administração pública, em todas as esferas de poder.

Uma das estratégias das igrejas neopentecostais consiste na utilização da mídia para promover ataques sistemáticos às práticas afro-brasileiras. Só a IURD, além de ser proprietária da Rede Record, “aluga” horários em outras três emissoras

(Bandeirantes, Rede TV! e CNT). “Os programas da fé” – copiados por outras igrejas, como a Mundial do Poder de Deus, Igreja da Graça, e programas como o “Show da Fé” e “O Poder Sobrenatural da Fé” – têm garantido receita e fôlego financeiro às redes de TV mais destacadas do país. Este dado é de extrema gravidade quando o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) aponta que 90% dos brasileiros utilizam a TV como única fonte de informação e entretenimento, por ser uma mídia totalmente gratuita (CCIR/RJ, 2009).

As notícias veiculadas com frequência dão conta de que os casos de intolerância, antes apenas isolados e sem grandes repercussões, hoje se avolumaram e ganharam visibilidade pública, conforme demonstram frequentes notícias de jornais, que os registram em inúmeros pontos do Brasil. Em contrapartida, a reação a estes casos, antes tímida de algumas poucas vítimas, agora se faz em termos de processos criminais levados adiante por pessoas físicas ou instituições públicas, como ONGs e até mesmo a Promotoria Pública (SILVA, 2007).

Partindo desse cenário intolerante e discriminatório para com os afro-religiosos, será analisado o enfrentamento do Poder Judiciário em Sergipe, através de dois casos emblemáticos de afronta à liberdade de crença e culto.

3 Judicialização dos casos de intolerância contra as religiões de matriz africana

Como dito anteriormente, no ordenamento jurídico brasileiro existem mecanismos de reconhecimento e proteção da liberdade religiosa como direito fundamental do ser humano, contudo, estes mecanismos não são capazes, isoladamente, de evitar o preconceito e a intolerância aos afro-religiosos. Urge, portanto, estabelecer a prevenção e a coerção destas condutas discriminatórias, bem como garantir a efetiva reparação dos direitos fundamentais destas ditas minorias religiosas.

Nesse processo de garantia da dignidade humana dos religiosos afro-brasileiros, de materialização dos seus direitos e de reparação dos danos sofridos diante de práticas de intolerância, surge o Poder Judiciário como um novo protagonista responsável por analisar e julgar essa demanda social, uma vez que temas que antes eram debatidos apenas na seara política tornaram-se pretensões judicializáveis.

Esse fenômeno conhecido como judicialização, para Luís Roberto Barroso, significa:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o direito no mundo romano-germânico. (2011, p. 228-229).

Para Marques de Lima a atuação imperativa dos tribunais em muito se relaciona com o modelo social de constitucionalismo adotado no Brasil.

A CF de 1988 adota um modelo social de constitucionalismo, sobre o qual se ergue o Estado. Isto implica dizer que o ordenamento deve expressar os valores sociais do povo, e a interpretação há de estar afirmada com o sentimento popular, assegurando a dignidade humana, o regime de liberdade, os valores da democracia. É o Estado de bem-estar, no que seja de possível concretização, posto desejável. Aí, entra a função do intérprete, do aplicador da Constituição, tornando-a viva, numa mágica que retira seu texto estático do papel e o transforma na força motriz das relações jurídicas (*rectius*, constitucionais), políticas, sociais, econômicas, etc. (2009, p. 39).

Desde a promulgação da Constituição de 1988, é crescente o número de litígios envolvendo casos de intolerância religiosa contra adeptos das religiões de matriz africana. Nesse processo de judicialização da religiosidade afro-brasileira, casos relevantes como a legitimidade ou não da imolação (sacrifício) de animais nos rituais religiosos, o cabimento ou não do dano moral diante de gestos de violência e intolerância aos religiosos afro-brasileiros foram enfrentados pelos magistrados nos diversos Tribunais em nosso país.

Diante disso, apresentaremos dois casos emblemáticos enfrentados pelo Poder Judiciário de Sergipe, a fim de analisarmos, dentre outros objetivos, se o Judiciário é um agente capaz de apresentar a resposta esperada pelas vítimas da intolerância religiosa, principalmente no que se refere ao reconhecimento da violação de direito sofrida.

4 Análise de casos emblemáticos de intolerância em Sergipe: ações penais movidas contra “Mãe Sylvania” e “Pai Rivaldino”

O primeiro caso trata da denúncia apresentada pelo Ministério Público de Sergipe em face da Sacerdotisa do Templo Espírita Umbandista São Bartolomeu, Sylvania das Virgens dos Santos, processo nº 201188701190, pelo crime de perturbação de sossego, tipificado no artigo 42 do Decreto-Lei nº 3.688/41. O aludido processo foi conduzido em 1ª instância pelo Juiz de Direito Salvador Melo Gonzalez, do 1º Juizado Criminal de Nossa Senhora do Socorro.

A referida denúncia decorreu de *noticia criminis* formulada por Alzimar Soares Santos, em 28 de outubro de 2010, na 5ª Delegacia Metropolitana de Aracaju, que relatou que a Sacerdotisa Sylvania das Virgens, há vários anos, perturbava a vizinhança com a emissão de som produzido por tambores, palmas e cantorias entoadas no terreiro de candomblé localizado em sua própria residência. Abaixo trecho da denúncia:

Consta dos autos que há vários anos a vizinhança da denunciada vem sendo perturbada por som produzido por tambores, cantorias e palmas produzidos em um terreiro de Candomblé localizado na residência da mesma. Não suportando mais a perturbação do sossego, no dia 28 de outubro de 2010, o noticiante compareceu à delegacia para noticiar os fatos, ou seja, o incômodo causado a toda vizinhança pela poluição sonora produzida pela denunciada. (BRASIL, 2011, n.p.)

Como elemento probatório utilizado para sustentar a referida denúncia foi utilizado um abaixo-assinado subscrito pelos supostos vizinhos da denunciada, entregue às autoridades policiais pelo Noticiante.

Contrariando a complexidade do caso em questão, consubstanciada pela necessidade de dilação probatória para fins de realização de exame pericial, o Ministério Público não requereu a remessa dos Autos à Justiça Comum e entendeu pelo cabimento imediato da denúncia pela prática do delito incurso no art. 42, incisos I e III da Lei de Contravenções Penais. Abaixo, transcrição do dispositivo em comento:

Art. 42. Perturbar alguém o trabalho ou o sossego alheio:

I – com gritaria ou algazarra;

II – exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais;

III – abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos;

IV – provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem a guarda:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Em virtude de a pena mínima ser inferior a um ano, como também preencher a denunciada os requisitos estatuídos no art. 89 da Lei de Juizados Especiais, a Promotora de Justiça propôs suspensão condicional do processo por dois anos, desde que cumpridas as seguintes exigências:

1 – Comparecer trimestralmente em juízo para informar acerca de suas atividades;

2 – Encerrar as práticas sonoras realizadas em sua residência com palmas, abuso de instrumentos sonoros e sinais acústicos;

3 – Efetuar o pagamento de R\$ 546,00(quinhetos e quarenta e cinco reais) que será pago em 07 (sete) parcelas no valor de R\$ 78,00 (setenta e oito reais) cada. O pagamento será realizado a cada dia 30 do mês, iniciando-se no dia 30 de setembro de 2011 e finalizando-se em 30 de março de 2012, mediante depósito judicial na conta poupança nº 801241-6, tipo 28, agência 056 Banese, em nome do 1º Juizado Especial Cível e Criminal de Nossa Senhora do Socorro/SE. Caso o vencimento ocorra em dia não útil deverá ser efetuado no primeiro dia útil subsequente. A beneficiada deverá comprovar nos autos, cada depósito efetuado. (TJSE, 2011, n.p.).

Em sede de audiência, a denunciada aceitou a proposta, comprometendo-se a cumprir as determinações estabelecidas. Ao final, o Juiz recebeu a denúncia e logo em seguida suspendeu o processo, submetendo a Sacerdotisa Silvania das Virgens dos Santos ao período de prova.

Após decisão adotada pelo Juiz de Direito Salvador Melo Gonzalez, a Ré, através de seu advogado, interpôs Revisão Criminal (Processo nº 2012304631), porém o Desembargador Relator, Luís Antônio Araújo Mendonça, indeferiu liminarmente o pedido, sem resolução do mérito, por entender que a Ré não havia preenchido os requisitos legais necessários à interposição do recurso, tais como a existência de sentença penal condenatória, com trânsito em julgado.

Assim, não foi interposto recurso contra a referida decisão, de modo que houve o trânsito em julgado da sentença homologatória de 1ª instância, tornando definitivos os termos da proposta de suspensão condicional do processo aceita pela Denunciada, que está cumprindo todas as exigências estabelecidas pelo Poder Judiciário, dentre elas o encerramento das atividades do terreiro e o pagamento total da multa imposta.

O caso apresentado demonstra que o magistrado, ao concordar com as condições sugeridas pelo Ministério Público para suspensão condicional do processo, em especial o encerramento das práticas religiosas com uso de instrumentos sonoros e de sinais acústicos, desconsiderou o fato de se tratar de um Templo religioso, que possui direito constitucional à livre manifestação de seus rituais e crenças. Convém ressaltar que em nenhum momento do andamento processual foi suscitada a necessidade de realizar exame pericial no local do fato, a fim de confirmar a poluição sonora alegada pelo Noticiante.

Ao tomar ciência da referida decisão, a Ouvidoria Nacional de Igualdade Racial, através do Ouvidor Nacional da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial – SEPPPIR, o Sr. Carlos Alberto Júnior, requereu que a Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Sergipe – OAB/SE, realizasse parecer opinativo sobre o caso, por entender que a postura do Judiciário sergipano configurou ofensa à liberdade religiosa e ao direito à igualdade.

A Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/SE, por meio do Processo nº 15/2012, elaborou análise sobre o crime de perturbação de sossego, suas características e enquadramento legal.

Nesse sentido, importante apresentar a posição da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/SE, no processo nº 15/2012. Segundo o Relator Ilzver de Matos Oliveira:

- 1) a criação e a interpretação das leis de combate à poluição sonora devem buscar um ponto de equilíbrio entre a proteção à liberdade religiosa e a proteção ao sossego e saúde dos indivíduos atingidos pela poluição sonora;
- 2) as leis têm garantido uma posição especial aos templos religiosos, mas, essa posição está sendo ameaçada pelas ações de inconstitucionalidade impetradas pelo Ministério Público, alegando que estão concedendo tratamento diferenciado a estabelecimentos religiosos e não religiosos, por isso é preciso estabelecer canais de interlocução com o MP;
- 3) os órgãos administrativos e judiciais persistem em igualar Templos religiosos a estabelecimentos comerciais e ainda exigem alvarás e outros documentos típicos dessa forma de empresa;

- 4) a legislação ambiental de Aracaju deve ser mais específica e deixar claro que Templos não estão proibidos de entoar seus cânticos e tocar seus instrumentos, e que esse direito não está dentro das possibilidades de punição ou multa;
- 5) é preciso conscientizar os religiosos da necessidade de solicitar o Alvará estabelecido em lei para comprovar a emissão dentro dos limites estabelecidos, essa é uma prova da legalidade da atividade do Templo;
- 6) as perícias devem obrigatoriamente subsidiar os processos contra os Templos religiosos;
- 7) é preciso deixar claro que na lei municipal aracajuana é garantido que as atividades dos Templos podem ser realizadas das 22h às 7 da manhã, desde que dentro dos decibéis legalmente definidos. (OAB, 2012, p. 5-6).

O parecer foi finalizado pelo relator com as seguintes recomendações:

- 1) que seja solicitada ao Ministério Público do Estado de Sergipe, à Defensoria Pública do Estado de Sergipe, ao Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe e à Secretaria de Segurança Pública do Estado de Sergipe, a criação, em cada um deles, de um Grupo de Trabalho sobre Racismo Institucional, que tenha a competência de, dentro daquele órgão: a) averiguar o tratamento dado às pessoas negras e afro-religiosas e às demandas que envolvam seus direitos, e que estejam ou estiveram sob apreciação desse órgão; b) realizar um diagnóstico sobre o racismo na instituição, por meio da aplicação de um questionário direcionado aos promotores, defensores, juízes, delegados, policiais e demais servidores, para identificar possíveis práticas discriminatórias contra funcionários e em relação ao público por conta de sua cor/raça e crença religiosa; c) implementar internamente um Programa de Combate ao Racismo Institucional – PCRI, nos moldes já adotados em instituições como o Ministério Público de Pernambuco; e d) realizar oficinas de capacitação para promotores, defensores, juízes, delegados, policiais e demais servidores, sobre o combate ao racismo institucional e ações nas áreas de educação, cultura e religiosidade, segurança, juventude e saúde da população negra;
- 2) que a Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Sergipe, organize e coordene o I Seminário sobre combate ao Racismo Institucional de Sergipe e convoque os órgãos aqui elencados e a sociedade civil para participar das atividades, na perspectiva de se elaborar a Carta de Sergipe contra o Racismo. (OAB, 2012, p. 11-12).

O segundo caso trata das denúncias apresentadas pelo Ministério Público de Sergipe em face do Sacerdote Rivaldino Santos, processos nº 201283500961 e 201383500735, ambos também pelos crimes de perturbação de sossego, tipificado no artigo 42 do Decreto-Lei nº 3.688/41, além da conduta típica prevista no artigo 32, *caput*, da Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais). Os aludidos processos foram conduzidos em 1ª instância pela Juíza de Direito Etodea Oliveira Teles Moura, do Juizado Especial Cível e Criminal da comarca de São Cristóvão/SE.

As denúncias decorreram de *notícia criminis* formulada por José Inácio dos Santos, na 6ª Delegacia Metropolitana de Aracaju, que relatou que o Sacerdote Rivaldino dos Santos, há vários anos, perturbava a vizinhança com a emissão de som

produzido por tambores, palmas, gritarias, queima de pólvoras e matança de animais no terreiro de candomblé localizado em sua própria residência. Abaixo trechos das denúncias:

[...]

2. Consta nas peças de informação incluídas que no dia 23 de julho de 2012, no período compreendido entre as 22:00 horas e 04:00 horas da madrugada, o denunciado RIVALDINO SANTOS perturbou o sossego alheio da vizinhança, com gritarias, abusando, ainda, de instrumentos sonoros e sinais acústicos.

3. Segundo restou apurado, no dia e horário acima mencionados, o denunciado RIVALDINO SANTOS, fazendo uso de tambores, queima de pólvoras e emitindo gritos assustadores, realizou, em sua residência, ritual religioso de candomblé, gerando um barulho insuportável, impossibilitando o descanso dos vizinhos, conforme termos de declarações de fls. 05 [...]"

[...]

2. Consta nas peças de informação incluídas que no dia 04 de março de 2013, neste município, no período compreendido entre as 13:00 e 22:00 horas, o denunciado RIVALDINO SANTOS perturbou o sossego alheio da vizinhança, com gritarias, abusando, ainda, de instrumentos sonoros e sinais acústicos, além de ter praticado maus-tratos contra animais;

3. Segundo restou apurado, no dia e horário acima mencionados, o denunciado, fazendo uso de tambores, queima de pólvoras e emitindo gritos assustadores, realizou, em sua residência, ritual religioso de candomblé, gerando um barulho insuportável, impossibilitando o descanso dos vizinhos, uma vez que não há qualquer tipo de vedação acústica no local, em flagrante ofensa à legislação.

4. Restou evidenciado, ainda, que durante o ritual religioso o denunciado RIVALDINO SANTOS realiza sacrifício de animais, tais como galinhas e caprinos (bodes).

5. Os maus-tratos perpetrados pelo denunciado são notoriamente atentatórios à integridade física dos animais vitimados. É de se consignar, também, que a fauna, ainda que doméstica, não é de propriedade de ninguém, uma vez que todos os seres integrantes do meio ambiente, e necessários ao seu equilíbrio, se constituem em bens de uso comum do povo, conforme estabelece o artigo 225, 'caput', do Texto Maior. Desse texto somente podemos extrair que aqueles que possuem animais, sejam eles domésticos ou não, são meros tutores destes, e não proprietários, que podem realizar qualquer ato em face dos mesmos, inclusive de crueldade (...)" (SERGIPE, 2013, n.p.)

Como elemento probatório utilizado para sustentar as referidas denúncias foram utilizados um abaixo-assinado assinado pelos supostos vizinhos do denunciado, bem como fotografias (demonstrando partes de animais sacrificados durante o ritual religioso e visíveis na residência do denunciado), entregue às autoridades policiais pelo Noticiante.

Assim como no primeiro caso, o Ministério Público não requereu a remessa dos Autos à Justiça Comum, contrariando a complexidade do caso que necessitava de dilação probatória para fins de realização de exame pericial, e entendeu pelo cabimento imediato das denúncias pela prática dos delitos incurso no art. 42, incisos I e III, da Lei de Contravenções Penais, bem como da conduta típica prevista

no art. 32, *caput*, da Lei de Crimes Ambientais (“Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos”).

Em virtude de a pena mínima ser inferior a um ano, como também preencher o denunciado os requisitos estatuídos no art. 89 da Lei de Juizados Especiais, o Promotor de Justiça propôs suspensão condicional do processo por dois anos, mediante o cumprimento das obrigações legais contidas nos incisos I a IV do § 1º do referido artigo.

Acatando requerimento da defesa, a Juíza determinou a reunião dos feitos, seguindo os atos processuais nos autos do processo nº 201283500961.

Em sede de audiência, diferente do primeiro caso, o denunciado não aceitou a proposta de transação penal, nem de suspensão do processo, o que deu ensejo ao prosseguimento do feito. Oferecida a defesa preliminar e recebidas as denúncias, após a análise das preliminares suscitadas, seguiu-se às oitivas das declarações prestadas pelo Noticiante, testemunhas arroladas (acusação e defesa) e interrogatório do denunciado.

Em alegações finais, o Ministério Público requereu a condenação de Rivaldino Santos com incurso nas penas do artigo 42, do Decreto-Lei nº 3.688/41, por duas vezes, e absolvição deste quanto à imputação do delito calcado no artigo 32, *caput*, da Lei nº 9.605/98.

Em sentença, a Juíza julgou improcedente a denúncia no que pertine ao crime do art. 32 da Lei 9.605/98, absolvendo o réu com fulcro no art. 386, III do Código de Processo Penal, e julgou procedente a pretensão punitiva no que pertine à contravenção capitulada no art. 42, incisos I e III, do Decreto-Lei 3.688/41 c/c art. 71 do Código Penal, condenando o acusado nas penas ali cominadas. Fixou a pena em 35 (trinta e cinco) dias multa, arbitrando o valor do dia multa em 1/15 (um quinze avos) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, determinando seu pagamento dentro do prazo de 10 (dez) dias contados do trânsito em julgado da sentença.

Inconformado com a decisão de 1ª Instância, o Réu interpôs Recurso de Apelação (processo de 2º grau nº 201401005473) que aguarda julgamento pela Turma Recursal do Estado de Sergipe, e que já tem parecer do Ministério Público favorável à manutenção da sentença original.

Diferente do caso de Silvania, a OAB não foi instada a se manifestar sobre os processos movidos contra Rivaldino Santos. Contudo, o caso foi acompanhado pelo ouvidor da Secretaria de Estado de Direitos Humanos, Elito Vasconcelos, que se manifestou na imprensa, à época, defendendo a realização de um amplo debate envolvendo o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Secretaria de Estado da Segurança Pública para buscar um entendimento a fim de cultivar o respeito às manifestações afro-religiosas. Na sua visão, as denúncias formalizadas à polícia por vizinhos de terreiros de candomblé e de outras religiões de matrizes africanas são disfarçadas porque estariam se apegando a aspectos legais relacionados à perturbação do silêncio ou a maus tratos a animais, contudo, “na verdade é intolerância religiosa”. (INFONET, 2013, n.p.).

Partindo para a análise do posicionamento do Poder Judiciário adotado nos casos apresentados, é possível constatar o reforço a uma política de exclusão dos afro-religiosos, posto que nenhuma das decisões judiciais adentrou no complexo conflito entre os preceitos constitucionais que envolvem a liberdade religiosa e a proibição do sossego alheio, fechando os olhos para aspectos processuais relevantes, como a necessidade de realização de perícia para comprovar que o nível de *decibéis* de fato ultrapassou os limites exigidos em lei, deixando claro o pouco caso do Judiciário com relação ao preconceito sofrido pelos cultos de matriz africana.

Esses casos emblemáticos ocorridos recentemente no Estado de Sergipe servem para confirmar o preconceito e a legitimação da intolerância para com as manifestações religiosas de origem afro-brasileira. Nesta perspectiva, é possível notar que o poder judiciário acaba por adotar posturas reticentes e tímidas diante de situações complexas que afetam diretamente as religiões de matriz africana e as suas práticas.

Os recorrentes episódios de violência contra religiosos de matriz afro-brasileira colocam em pauta a existência de questões ainda não resolvidas pelo Estado Democrático de Direito, relativas ao exercício pleno das garantias constitucionais, principalmente no que toca à liberdade de expressão e consciência religiosa. A perseguição religiosa saiu da esfera privada, ganhou a esfera pública, virou manchete rotineira e invadiu os noticiários nacionais.

O Poder Judiciário, por assumir o árduo papel de garantidor dos direitos fundamentais, precisa enfrentar profundamente, em seus julgados, os contornos racistas, preconceituosos e intolerantes relativos aos negros e religiosos de matriz africana implícitos nas entrelinhas das ações e petições que visam restringir o direito à liberdade religiosa e até mesmo impedir o exercício das manifestações litúrgicas destes religiosos. Todavia, os casos aqui relatados demonstram que este enfrentamento por parte do Judiciário ainda não vem acontecendo.

Somente, a partir desse enfrentamento direto dos reais interesses envolvidos, as decisões judiciais passarão a representar um forte instrumento de inclusão das minorais sociais e de promoção dos direitos humanos.

Surge, então, o seguinte questionamento: de que maneira a vítima da intolerância pode obter a restituição do reconhecimento social à sua identidade religiosa? Este direito ainda não foi alcançado e essa pergunta urge por uma resposta.

Um bom exemplo dessa intervenção judicial positiva, com o devido enfrentamento dos reais interesses sociais envolvidos, ocorreu (e ocorre) no tratamento dispensado aos direitos dos casais homoafetivos, em que a efetiva proteção jurídica dos direitos fundamentais desta minoria vem sendo garantida pela atuação forte e contundente do Judiciário. Através da aplicação do princípio constitucional da igualdade, vemos que as decisões judiciais têm atribuído direitos aos casais homoafetivos a despeito da inexistência de lei específica que tutele seus interesses (SANTOS, 2011). Contudo, quando se trata do enfrentamento da questão afro-religiosa, o Judiciário parece estar andando na contramão da prestação social que lhe compete garantir.

Conclusão

Com base no que foi discutido no presente trabalho, constatou-se que a Constituição Federal de 1988 trouxe significativas contribuições para a proteção do livre exercício das crenças e cultos existentes no Brasil, país laico e democrático. Aliada à garantia constitucional, encontramos também outros dispositivos infraconstitucionais, bem como vários outros documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, todos imbuídos do mesmo objetivo: garantir ampla proteção ao direito à liberdade religiosa.

Entretanto, o exercício pleno deste direito fundamental por parte de minorias religiosas, a exemplo das religiões de matriz africana, encontra sérios obstáculos em razão da prática de intolerância perpetrada, principalmente, pelos evangélicos neopentecostais contra os adeptos dessas religiões, que são perseguidos, humilhados e afrontados em sua dignidade humana.

Neste cenário, observou-se a necessidade cada vez mais crescente do enfrentamento perante o judiciário, para fins de garantir e concretizar o pleno exercício do direito fundamental dos adeptos das religiões afro-brasileiras em realizar livremente seus cultos e liturgias. Observa-se o processo de judicialização de casos emblemáticos envolvendo a liberdade religiosa e a intolerância perante os religiosos afro-brasileiros como ferramenta capaz de promover a inclusão ou reforçar ainda mais a exclusão desses grupos minoritários, pois as vítimas da perseguição religiosa recorrem aos tribunais com o intuito de obter a efetiva proteção e garantia dos direitos que lhes socorrem.

Dúvidas não restam de que o sistema jurídico brasileiro dispõe de dispositivos satisfatórios para a proteção e garantia do direito à liberdade religiosa, entretanto, o que se vê é uma ineficiência dos agentes públicos quanto à aplicação efetiva de tais dispositivos protetivos ao caso concreto, pois tendem a desqualificar o conflito quando este tem como ponto nevrálgico a prática da intolerância religiosa. Tal postura causa uma frustração de expectativas por parte das vítimas, que passam a enxergar o Judiciário como órgão incapaz de solucionar a problemática envolvendo a intolerância e restituir o reconhecimento social à sua identidade religiosa.

É necessário, portanto, que o Judiciário enxergue a efetiva dimensão social que envolve os casos de intolerância contra afro-religiosos, e que se revista da mesma postura que por ele foi assumida quando de sua atuação protetiva aos direitos dos homossexuais, e, por esta via, efetivamente se obter a reversão desse cenário de exclusão e negação de direitos civis, resultando na tão almejada reintegração social.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Salvador: JusPODIVM, 2011.

SERGIPE. **1º Juiz. Esp. Civ. Crim. N. Sra. Socorro.** Processo: 201188701190. Noticiante: Alzimar Soares Santos; Noticiado: Silvania das Virgens dos Santos.

SERGIPE. **Juizado. Esp. Civ. Crim. S. Cristóvão.** Processo: 201283500961. Vítimas: Ministério Público de Sergipe e José Inácio dos Santos Filho; Réu: Rivaldino Santos.

SERGIPE. **Juizado. Esp. Civ. Crim. S. Cristóvão.** Processo: 201383500735. Vítimas: Ministério Público de Sergipe e José Inácio dos Santos Filho; Réu: Rivaldino Santos.

COMISSÃO DE COMBATE A INTOLERÂNCIA RELIGIOSA – CCIR/RJ. **Relatório à ONU.** Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://ccir.org.br/downloads/relatorio_onu.pdf>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2013.

COMISSÃO ESTUDOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, Seccional Sergipe. Processo nº 15/2012 – **Parecer sobre a ofensa à liberdade religiosa e ao direito à igualdade.** Relator: Ilzver de Matos Oliveira, 25 de abril de 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: RT, 2006.

DOMINGOS, Marília De Franceschi Neto. Laicidade: o direito à liberdade. **Horizonte:** Dossiê: Laicidade, Estado e Religião, Belo Horizonte, v. 8, n. 19, p. 53-70, out./dez. 2010.

ECO, Umberto. **A Intolerância.** Rio de Janeiro: UNESCO; Bertrand Brasil, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil:** teoria Geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 248.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira.** São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Tomo IV, direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MONTES, Maria Lucia. As figuras do sagrado: entre o público e o privado. **História da vida privada no Brasil:** contrastes da intimidade contemporânea. 6ª reimpressão. Vol. 4. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

OLIVEIRA, Ilzver de Matos; ALVES, Robson Cosme de Jesus. Liberdade religiosa versus liberdade de expressão: violações aos direitos humanos dos religiosos de matriz africana nos meios de comunicação de massa no Brasil. **Interfaces Científicas: Direito**, Aracaju, v.1, n.1, p. 85-94, fev. 2013.

ORTIZ, Renato. **A morte branca do feiticeiro negro**: umbanda e sociedade brasileira. São Paulo: Brasiliense, 1999.

PLANALTO, Governo. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 06 de janeiro de 2014.

ROUANET, Sérgio Paulo. **Os erros da diferença**. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/022/22crouanet.htm>>. Acesso em: 07 de outubro de 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SILVA, Vagner Gonçalves da. **Intolerância religiosa**: impactos do neopentecostalismo no campo religioso afro-brasileiro. São Paulo: EDUSP, 2007.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Recebido em 27/04/2015
Aceito em 24/10/2016

ESTADO DE COISAS FORA DO LUGAR: UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE A SENTENCIA T-025 E A ADPF 347/DF-MC¹

‘STATE OF AFFAIRS’ OUT OF PLACE: A COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN THE SENTENCIA T-025 AND ADPF 347 / DF-MC

**José Ribas Vieira²
Rafael Bezerra³**

Porque en realidad nuestro Norte es el Sur. No debe haber norte, para nosotros, sino por oposición a nuestro Sur. Esta rectificación era necesaria, por esto ahora sabemos donde estamos.

El Norte es el Sur (1935)

Joaquín Torres García

Sumário: Introdução. 1 Brasil e Colômbia: aproximações e divergências. 2 Duas realidades alarmantes: deslocamento interno forçado na Colômbia e sistema penitenciário brasileiro. 3 Entre o experimentalismo judicial e o “sincretismo metodológico”: uma análise comparada entre a *Sentencia T-025* e a ADPF 347/DF-MC. Considerações finais. Referências.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo apontar as aproximações e divergências entre as cartas políticas e os correspondentes desenhos institucionais de Brasil e Colômbia, com foco nos aspectos relevantes para a concretização dos direitos socioeconômicos. Tendo em vista esta temática, buscou-se, a partir de um estudo comparado da *Sentencia T-025* e da ADPF 347/DF-MC, analisar o comportamento das Cortes Constitucionais destes países quando da aplicação do “Estado de Coisas Inconstitucional”, em face de realidades socioeconômicas tão semelhantes de profunda e massiva violação de direitos humanos, tais como as verificadas no sistema penitenciário brasileiro e no deslocamento interno forçado na Colômbia. Adotou-se como metodologia de pesquisa o estudo de caso, aliado ao levantamento bibliográfico e de dados estatísticos. Como resultado, observou-se que enquanto a Corte Constitucional da Colômbia resolveu ir “para além da sala do tribunal”, ao exercer o que a doutrina constitucional colombiana tem chamado de “ativismo dialógico”, empreendendo esforços no fomento de diálogo institucional direto e constante entre os atores institucionais e sociais envolvidos, o Supremo Tribunal Federal, quando da recepção do

¹ Resultado de revisão e atualização de artigo de opinião publicado pelo site jurídico JOTA, na Coluna OJB/UFRJ, em 05 de outubro de 2015.

² Doutor em Direito (UFRJ), Professor Associado da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC Rio), Professor Associado IV da Universidade Federal do Rio de Janeiro e Coordenador do Observatório da Justiça Brasileira (OJB/UFRJ). E-mail: jribas@puc-rio.br

³ Mestre em Teorias Jurídicas Contemporâneas (UFRJ), Pesquisador do Observatório da Justiça Brasileira (OJB/UFRJ) e Associado à *Latin American Studies Association* (LASA). E-mail: rafaelbezerras@gmail.com.

“Estado de Coisas Inconstitucional”, parece não ter colocado o referido instituto jurídico em sua dimensão originária, desconsiderando a premente necessidade de promover um profundo redesenho institucional para a sua devida aplicação e, conseqüentemente, reproduzindo a prática do “sincretismo metodológico”.

Palavras-chave: Estado de Coisas Inconstitucional. Estudo de caso comparado. Ativismo dialógico. Direitos socioeconômicos.

Abstract: This paper aims to point out the similarities and differences between the political charters and the corresponding institutional designs of Brazil and Colombia, focusing on aspects relevant to the achievement of socioeconomic rights. In view of this issue, it was sought from a comparative study of *Sentencia T-025* and *ADPF 347 / DF-MC* to analyze the behavior of the Constitutional Courts of those countries when the implementation of the "Unconstitutional State of Affairs", in face of socioeconomic realities so similar deep and massive violation of human rights, such as those found in the Brazilian penitentiary system and the internal forced displacement in Colombia. It was adopted as research methodology the case study combined with literature and statistical data. As a result, it was observed that while the Constitutional Court of Colombia decided to go "beyond the courtroom," in exercising what the Colombian constitutional doctrine has called "dialogic activism" making efforts in fostering direct and constant institutional dialogue between institutional and social actors involved, the Brazilian Supreme Court, upon receiving the "Unconstitutional State of Affairs", seems to have put this legal institute in its original dimension, disregarding the urgent need to promote a profound institutional redesign for its proper application and thus reproducing the practice of "methodological syncretism".

Keywords: Unconstitutional State of Affairs. Compared case study. Dialogic activism. Socioeconomic rights.

Introdução

A litigância judicial sobre os direitos econômicos, sociais e culturais (DESCs) assumiu grande importância, nas últimas duas décadas, ao redor do mundo, em um contexto de crescente centralidade do Poder Judiciário como espaço de debate político para os atores da sociedade civil.

A partir de meados dos anos 1980, os tribunais constitucionais adquiriram um papel de protagonismo, especialmente nos países do Leste Europeu, assim como em outros que vivenciaram um processo de transição democrática, destacando-se os da Hungria, da África do Sul, da Índia, da Rússia, da Coreia do Sul e da Colômbia (UPRIMNY e GARCÍA-VILLEGAS, 2002). Este movimento tem indicado uma tendência global emergente de reconhecimento do potencial papel das Cortes Constitucionais como agente institucional de mudança social.

Em um cenário de ativismo judicial, entre os países do chamado “Sul Global”, a Corte Constitucional da Colômbia apresenta-se contemporaneamente como um paradigma inovador para a reoxigenação do debate constitucional vigente – ainda apegado a teorias, conceitos e institutos forjados há 200 anos – para a compreensão e o aperfeiçoamento da modelagem institucional necessária à pretendida implementação de políticas públicas que ensejem a efetivação de direitos fundamentais.

1 Brasil e Colômbia: aproximações e divergências

Nesse contexto, entende-se que para além da proximidade geográfica e do passado colonial há outras significativas aproximações entre Brasil e Colômbia, negligenciadas propositadamente (ou não) pelo *mainstream* do constitucionalismo brasileiro, especialmente no que se refere à conjuntura política, econômica, social e cultural, destacando-se dentre outras: a) a previsão de uma extensa lista de direitos fundamentais no texto constitucional, incluindo os chamados direitos econômicos, sociais e culturais (DESCs)⁴ (CHRISTIANSEN, 2010, p. 642); b) os alarmantes índices de desigualdade social (PNUD, 2013);⁵ e c) a crise de representação da classe política e a debilidade dos movimentos sociais e dos partidos da oposição (UPRIMNY e GARCÍA-VILLEGAS, 2002; VALLE e GOUVÊA, 2014).

Essas características em comum se materializaram nas reformas constitucionais vivenciadas por toda a América Latina nas últimas duas décadas, particularmente no caso dos respectivos países, nos anos de 1988 e 1991. Como resultado, esses recentes processos constituintes repercutiram e continuam a influenciar no desenho institucional de ambos os países, bem como possibilitaram uma postura ativista por parte do Supremo Tribunal Federal (STF) e da Corte Constitucional da Colômbia (CCC).

Valle e Gouvêa (2014), ao apontar as aproximações entre as referidas cartas políticas, pontuam que ambas incorporaram extensa lista de direitos fundamentais, incluindo os chamados direitos econômicos, sociais e culturais, todavia, ressaltam que essas divergiram em relação a aspectos relevantes para a concretização dos direitos sociais, mormente no que pertine ao plano da eficácia normativa.

Nesse sentido, as autoras enfatizam, de modo comparativo, que:

⁴ Considera-se como representativo dos chamados direitos econômicos, sociais e culturais (DESCs) o seguinte rol: direito à moradia adequada, à saúde, à alimentação, à água, à seguridade social, à educação, acrescidos aos chamados “direitos indígenas”: direito à identidade indígena (crenças, costumes, tradições e culturas), à posse de terra tradicional e à consulta das comunidades indígenas.

⁵ Segundo dados do “Relatório de Desenvolvimento Humano 2015 – o trabalho como motor do desenvolvimento humano”, desenvolvido pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, a Colômbia e o Brasil ocupam, respectivamente, o terceiro e o quarto lugares entre os países mais desiguais por renda na América Latina, atrás apenas de Haiti e Honduras. Já as nações de menor desigualdade na Região são: Uruguai, El Salvador, Argentina e Venezuela. O presente Relatório considera o “IDH ajustado à desigualdade – IDHAD” e a perda no Índice do Desenvolvimento Humano devida à desigualdade, os quais refletem não apenas as médias em matéria de saúde, educação e rendimento de um país, mas também a distribuição dessas médias entre os residentes.

na Constituição Brasileira, o art. 5º, § 1º, afirma que todo direito fundamental é dotado de eficácia imediata, comando expresso que a jurisprudência afirmou também aplicável aos de segunda dimensão. A mais importante consequência desta distinção está em que a violação a qualquer deles é suscetível de apreciação judicial, em uma competência compartilhada por todos os níveis do poder judiciário. A Constituição da Colômbia, diferentemente, tem uma lista expressa de direitos providos de eficácia imediata (art. 85); nenhum deles de natureza socioeconômica. Já os deveres de agir consignados ao poder público em decorrência dos direitos socioeconômicos são extraídos de cláusulas gerais, como o art. 2º da Carta, que estabelece que a eficácia dos princípios e direitos enunciados é um propósito essencial do Estado (VALLE e GOUVÊA, 2014, p. 6-7, grifo nosso).

Para além das considerações acerca do plano da eficácia visando à concretização de direitos sociais, bem como da verificação ou não da prática de *entrenchment*⁶ de DESCs nas respectivas constituições, as autoras apontam para outra pertinente perspectiva quase sempre negligenciada pela doutrina constitucional brasileira: a previsão ou não de mecanismos adequados de tutela para uma atuação judicial apta a efetivar direitos econômicos, sociais e culturais.

Pontuam que, diferentemente da realidade brasileira, o desenho institucional constante da Carta colombiana é provido de um abrangente sistema institucional programado para ser acionado em caso de “infidelidade constitucional”, decorrente da inércia institucional dos Poderes Constitucionais, atribuindo ao Poder Judiciário um papel de “mediador” entre os Poderes Constitucionais e a Sociedade Civil na promoção da eficácia dos direitos socioeconômicos.

Com efeito, enfatizam a existência de uma gama de mecanismos de proteção e aplicação dos direitos fundamentais no respectivo texto constitucional,⁷ destacando-se a *Acción de Tutela* (art. 86), mecanismo jurídico informal, de rito sumário, cuja tramitação é prioritária, o qual pode ser apresentado diretamente pelo cidadão ao juiz, ainda que sem advogado constituído, possibilitando-lhe alcançar a CCC em tempo relativamente curto (VALLE e GOUVÊA, 2014).

⁶ Posner e Vermeule (2002) definem o *entrenchment*, no que se refere à doutrina constitucional, como a promulgação de lei ou outros tipos normativos que obrigam as legislaturas subsequentes a obedecer ao conteúdo incorporado à constituição. Ainda, posicionam-se contrários à postura de alguns críticos que rechaçam determinadas modalidades de entrincheiramento, mormente o *entrincheiramento legislativo* – destacando-se Laurence Tribe – considerando adequado apenas aos Tribunais. Em contrapartida, de acordo com Law (2010), a premissa de que o *entrenchment* de direitos na constituição assegura a efetivação de direitos fundamentais decorria da crença iluminista de que o ato de promover um compromisso fundamentado, explícito em forma escrita no texto constitucional, permitiria que as sociedades estabelecessem melhores formas de governo, bem como alcançar outros objetivos fundamentais como a prosperidade econômica.

⁷ Há na Constituição colombiana um capítulo inteiramente dedicado aos mecanismos de proteção e aplicação dos direitos fundamentais (capítulo IV), intitulado *De la protección y aplicación de los derechos*, perfazendo os artigos 83 a 94. De acordo com Valle e Gouvêa (2014 *apud* ESLAVA, 2009), além do mandado de proteção dos direitos fundamentais (*Acción de Tutela*), outros novos procedimentos foram introduzidos para salvaguardar diferentes tipos de direitos e interesses protegidos pela Constituição, dentre eles a chamada *Acción de Cumplimiento* (art. 86), *writ* com a finalidade de ordenar as autoridades administrativas a cumprir seus mandatos legais em situações específicas, não podendo transcorrer mais de dez dias entre a solicitação da tutela judicial e seu efetivo cumprimento. Ainda, há a previsão das seguintes ações constitucionais: *Acción Popular* (art. 87), para proteger direitos coletivos; a *Acción de grupo* (art. 88), para assegurar os direitos de grupos sociais específicos.

Outra importante diferenciação entre as respectivas constituições pode ser observada a partir do balanço crítico da Constituição colombiana de 1991, proposto por Peñaranda (2016), após vinte e cinco anos de sua promulgação, no qual a autora assevera que a CCC, de forma experimental e gradual, optou estrategicamente pela atuação focada na proteção de direitos para garantir-lhes maior efetividade, renunciando expressamente à possibilidade de promover políticas de igualdade através de decisões com viés universalizante.

Dessa feita, foram desenvolvidas em sua análise duas ferramentas jurídicas, decorrentes de cláusula expressa na Constituição colombiana (art. 13):⁸ os conceitos de *sujetos de especial protección* (SEP)⁹ e de *enfoques diferencias* (ED), os quais enunciam prioridade na proteção de direitos fundamentais de pessoas discriminadas e marginalizadas, reduzidas à condição de manifesta vulnerabilidade (PEÑARANDA, 2016).

Merece registro ainda outra substantiva diferenciação entre a prática jurisdicional colombiana e a brasileira, no que se refere à instrução judicial de matéria fática, envolvendo a tutela de direitos fundamentais. Ao contrário dos tribunais superiores brasileiros, em especial o STF, que preferencialmente não examinam matéria de fato,¹⁰ a CCC instituiu e passou a promover – a partir do julgamento da *Sentencia T-025* e da declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional – ECI” – uma aproximação em relação ao litígio, para além do relato unilateral do peticionário (VALLE e GOUVÊA, 2014).

⁸ Artigo 13, Constituição colombiana:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan (grifo nosso).

⁹ Conforme ressaltado por Peñaranda (2016), se inicialmente havia um restrito rol de *sujetos de especial protección*, tais como as crianças e adolescentes (artigos 44 e 51); as pessoas idosas (artigo 46); as mulheres grávidas, lactantes ou chefe de família (artigo 43); as pessoas com deficiência (artigo 47), posteriormente, a partir da atuação da Corte Constitucional da Colômbia, foram agregadas à tutela de especial proteção do Estado: as minorias étnicas (*Sentencia de Tutela T- 428*, de 1998); as Pessoas Internamente Deslocadas (PIDs) (*Sentencia de Tutela T-989*, de 2007); as pessoas transexuais (*Sentencia de Tutela T-314*, de 2011); as pessoas intersexuais (*Sentencia Unificadora SU-337*, de 2009); as pessoas privadas de liberdade (*Sentencia de Tutela T-473*, de 1995); as pessoas em condições especiais de risco, dentre as quais se encontram as testemunhas de crimes, os sindicalistas, os defensores de direitos humanos, integrantes de partidos políticos e movimentos sociais (*Sentencia de Tutela T-059*, de 2012); as crianças, adolescentes e mulheres vítimas de violência sexual (*Sentencia de Tutela T-843*, de 2011) e os profissionais do sexo (*Sentencia de Tutela T-629*, de 2010). Ou seja, todas as pessoas que não se enquadram nas categorias de homem, mestiço ou branco, urbano, saudável, classe média, empregado e entre 25 a 55 anos ou mulher, com características semelhantes, mas sem filhos.

¹⁰ Ressaltam as autoras que há preferência, e não expressa proibição, haja vista que, não obstante a assertiva sumulada de que Cortes Superiores não se destinam à análise de matéria de fato dos conflitos oriundos da jurisdição ordinária (Súmula n° 7, do STJ, e Súmula n° 279, do STF), não é incomum que a seu exclusivo critério, a Corte *ad quem* aprecie matéria de fato, sob o argumento de que está a empreender requalificação jurídica do ocorrido.

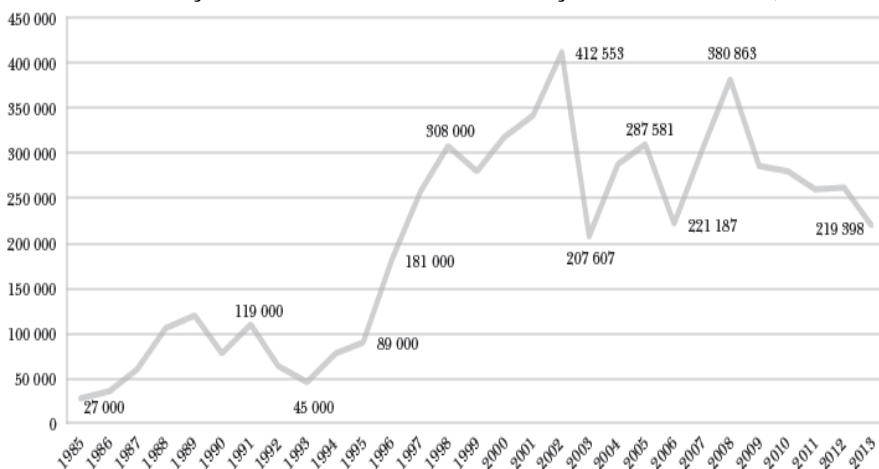
2 Duas realidades alarmantes: deslocamento interno forçado na Colômbia e sistema penitenciário no Brasil

De acordo com o estudo da realidade colombiana sobre deslocamento, conflito armado e direitos humanos, intitulado *¿Consolidación de qué? Informe sobre desplazamiento, conflicto armado y derechos humanos en Colombia en 2010*, desenvolvido pela *Consultoría para los derechos humanos y el desplazamiento* (CODHES), mais de 5,2 milhões de Pessoas Internamente Deslocadas (PIDs) foram retiradas de suas propriedades localizadas em zonas rurais entre 1985 e 2010.

Segundo Rodríguez Garavito e Kauffman (2014), no que tange ao perfil socioeconômico, as Pessoas Internamente Deslocadas representavam segmentos sociais já marginalizados, tais como as comunidades indígenas e afrodescendentes, cidadãos colombianos em pior situação socioeconômica do país.

Referido fenômeno social decorreu de conflito armado, que se iniciou ainda nos anos 1960, intensificando-se nos últimos 25 anos (Ver *Gráfico 1*), fato que obrigou “11,4% da população colombiana a mudar de residência, porque sua vida, integridade física ou liberdade ficaram vulneráveis ou ameaçadas”, bem como ocasionou a morte de aproximadamente 220.000 pessoas (CODHES, 2010).

Gráfico 1 - Evolução do deslocamento interno forçado na Colômbia (1985-2013)



Fonte: CODHES, 2014 *apud* RODRÍGUEZ GARAVITO e RODRÍGUEZ FRANCO, 2015.

Em face da sua magnitude, fora considerado um dos mais graves problemas de direitos humanos vivenciados na Colômbia, alçando o país ao patamar de líder

mundial em deslocamento interno forçado, *status* já denunciado em 2009 pelo Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR).

Tabela 1. Países com maior número de PID e refugiados no mundo (2009)

País	Desalojados internos	Refugiados	Total
Colômbia	4.900.000	389.753	5.239.763
Sudão	4.900.000	368.195	5.268.195
Iraque	2.764.000	1.785.212	4.549.212
Afganistão	240.000	2.887.123	3.127.123
Somália	1.500.000	678.309	2.178.309

Fonte: ACNUR, 2009 *apud* CODHES, 2010, p. 86.

Em contrapartida, de acordo com Rodríguez Garavito e Kauffman (2014, p. 34), durante décadas

a resposta do Estado ao problema das pessoas desalojadas foi a indiferença e a inépcia, haja vista a inexistência de programas estatais de assistência social, a insuficiência de recursos públicos destinados a ações sociais ou a sua inadequação (tradução livre).

Retornando ao Brasil, a realidade vivenciada no sistema prisional de violência institucionalizada, superencarceramento e discriminação de raça e classe não difere em nada do cenário trágico colombiano. Segundo relatório divulgado pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (INFOPEN),¹¹ do Ministério da Justiça (MJ), em uma década, a população carcerária brasileira dobrou, alcançando em 2014 o quarto lugar no vergonhoso *ranking* dos países com os maiores contingentes de pessoas privadas de liberdade (ver *Tabela 2*), atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia. Neste *ranking*, a Colômbia encontra-se na 13ª posição (BRASIL, 2014b).

¹¹ O INFOPEN é um sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, atualizado pelos gestores dos estabelecimentos prisionais desde 2004.

Tabela 2. Informações prisionais dos vinte países com maior população prisional no mundo

País	População prisional	Taxa da população prisional para cada 100.000 habitantes	Taxa de ocupação	Taxa de presos sem condenação
Estados Unidos	2 228 424	698	102,70%	20,40%
China	1 657 812	119	-	-
Rússia	673 818	468	94,20%	17,90%
Brasil	607 731	300	161,00%	41,00%
Índia	411 992	33	118,40%	67,60%
Tailândia	308 093	457	133,90%	20,60%
México	255 638	214	125,80%	42,00%
Irã	225 624	290	161,20%	25,10%
Indonésia	167 163	66	53,00%	31,90%
Turquia	165 033	212	101,20%	13,90%
África do Sul	157 824	290	127,70%	26,00%
Vietnã	142 636	154	-	12,80%
Colômbia	116 760	237	149,90%	35,20%
Filipinas	110 925	113	316,00%	63,10%
Etiópia	93 044	111	-	14,00%
Reino Unido	85 704	149	111,60%	14,40%
Polônia	78 139	203	90,20%	7,70%
Paquistão	74 944	41	177,40%	66,20%
Marrocos	72 816	221	157,80%	46,20%
Peru	71 913	232	223,00%	49,80%

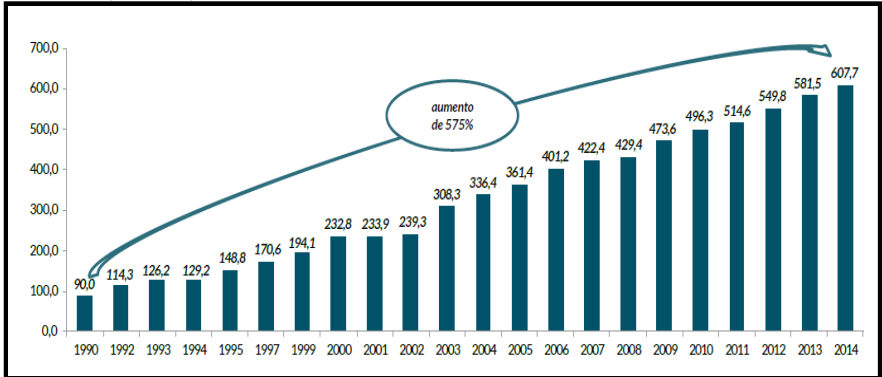
Fonte: BRASIL (2014b, p. 12)

Desde 2000, a taxa de encarceramento aponta tendência ascendente, em média, 7% ao ano, totalizando uma expansão de 161%, o que representa um aumento exponencial acumulado de incríveis 575%, de 1990 a 2014 (Ver *Gráfico 2*) – valor dez vezes maior do que a taxa de crescimento do total da população brasileira (16%), cuja média no respectivo período foi de 1,1% ao ano (BRASIL, 2014b).

Caso se mantenha esse ritmo de encarceramento, em 2022, a população prisional do Brasil ultrapassará a marca de um milhão de indivíduos. E pasmem, em

2075 uma em cada dez pessoas estará em situação de privação de liberdade (BRASIL, 2014b).

Gráfico 2. População prisional brasileira. Evolução das pessoas privadas de liberdade (em mil)



Fonte: BRASIL (2014b, p. 15)

No que pertine ao perfil socioeconômico da população carcerária, o *Mapa do encarceramento: jovens no Brasil*, lançado em conjunto pela Secretaria-Geral da Presidência da República, Secretaria Nacional de Juventude e Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, concluiu que há uma seletividade sociorracial do sistema prisional brasileiro e que o crescimento da taxa de encarceramento é impulsionado pela prisão de pessoas negras¹² (BRASIL, 2014a).

Acrescente-se ainda a esse grave quadro a alarmante situação de violência dentro dos presídios brasileiros. Somente no primeiro semestre de 2014 – desconsiderados os dados de São Paulo e Rio de Janeiro – foram registradas 565 mortes nas unidades prisionais. Ressalte-se, todavia, que metade desses óbitos pode ser considerada “mortes violentas intencionais” – excluídos os óbitos por motivo de saúde (BRASIL, 2014b).

Conforme consta em relatório publicado pela Câmara dos Deputados, quando da conclusão, em 2008, dos trabalhos da *CPI do Sistema Carcerário*

apesar da excelente legislação e da monumental estrutura do Estado Nacional, os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que o concedido aos animais: como lixo humano (...) Ao invés de recuperar quem se desviou da legalidade, o Estado embrutece, cria e devolve às ruas verdadeiras feras humanas (BRASIL, 2009, p. 192)

12

Dados coletados a partir do Sistema Integrado de Informação Penitenciária (INFOPEN) revelam que, em números absolutos, havia 92.052 negros presos e 62.569 brancos em 2005, ou seja, considerando-se a parcela da população carcerária para a qual havia informação sobre cor disponível, 58,4% era negra. Enquanto que em 2012 havia 292.242 negros presos e 175.536 brancos, ou seja, a população negra perfazia 60,8% da população prisional (BRASIL, 2014a).

Válida ainda a memória da declaração do ex-ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, admitindo publicamente que

os presídios no Brasil “ainda são medievais”, bem como que “entre passar anos num presídio do Brasil e perder a vida, talvez eu preferisse perder a vida, porque não há nada mais degradante para um ser humano do que ser violado em seus direitos humanos” (RIBEIRO, 2012).

Diante desse dramático cenário de violações de direitos fundamentais, registraram-se inúmeras denúncias e reincidentes condenações do Estado brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), ensejando a emissão de “medidas provisórias de proteção” e de “resoluções”¹³ para supervisão de cumprimento de sentença, no intuito de garantir a erradicação das situações de risco e promover a proteção à vida e à integridade psíquica e moral de pessoas privadas de liberdade em várias penitenciárias do país, sendo as mais recentes condenações referentes ao Complexo Penitenciário do Curado (antigo Presídio Prof. Aníbal Bruno), em Pernambuco.

Criado com capacidade máxima para 1.819 pessoas e dividido em três Unidades Prisionais – Presídio Juiz Antônio Luiz Lins de Barros (PJALLB); Presídio Agente de Segurança Penitenciária Marcelo Francisco de Araújo (PAMFA) e Presídio *Frei Damião* de Bozzano (PFDB) – o Complexo Penitenciário do Curado contraria as leis da física ao acomodar 6.965 presos, constituindo-se no maior presídio do Brasil e um dos maiores da América Latina, em população carcerária.

Essa crônica de uma tragédia anunciada registrou, de 2011 a 2015, 268 casos de assassinatos e torturas,¹⁴ ensejando ainda no ano de 2011 o constante monitoramento do então Presídio Professor Aníbal Bruno pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a consequente imposição pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) de medidas provisórias em maio de 2014.

Nada disso, entretanto, motivou a ação estatal no sentido de promover a racionalização ou a mitigação do caos vivenciado em diversas unidades prisionais

¹³ As “medidas provisórias de proteção” são ordenadas pela Corte para garantir os direitos de pessoas ou de grupos de pessoas determinadas que se encontrem em uma situação de extrema gravidade e urgência, para evitar danos irreparáveis, principalmente àqueles relativos ao direito à vida ou à integridade pessoal. Caso as referidas medidas não tenham sido devidamente executadas, caberá à Corte formular as “recomendações” que considerar pertinentes, nos termos dos artigos 63.2 e 27, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, respectivamente. Atualmente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) possui vinte e quatro medidas provisórias sob supervisão, sendo três delas relativas ao Brasil: Unidade de Interação Socioeducativa (Espírito Santo); Complexo Penitenciário de Curado (Pernambuco) e Complexo Penitenciário de Pedrinhas (Maranhão); e outras seis à Colômbia (Corte IDH, 2015).

¹⁴ De acordo com o Relatório “Arquivo Aníbal”, elaborado por coalizão de entidades peticionárias composta pela Pastoral Carcerária, Serviço Ecumênico de Militância nas Prisões (SEMPRI); Justiça Global; *International Human Rights Clinic* e *Harvard Law School* (IHRC). Disponível em: <<http://arquivoanibal.weebly.com>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

espalhadas pelo país e a consequente falência do sistema prisional brasileiro. Recentemente, a título de exemplo, após a verificação de nova rebelião no Complexo Penitenciário do Curado, que durou três dias, deixando um saldo de três mortos (um sargento da Polícia Militar foi assassinado e um dos detentos foi decapitado durante o motim) e dezenas de feridos, o Governo Estadual de Pernambuco decretou Estado de Emergência, em 29 de janeiro de 2015, pelo período de cento e oitenta dias (GOVERNO, 2015).

3 Entre o experimentalismo judicial e o sincretismo metodológico: uma análise comparada entre a *Sentencia T-025* e a ADFP 347/DF-MC

Uma análise comparada entre a *Sentencia T-025*, de 2004, a qual serviu de paradigma para a recente recepção no plano da jurisdição constitucional brasileira do instituto jurídico do “Estado de Coisas Inconstitucional – ECI”, e a recente decisão cautelar do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (ADPF 347/DF-MC),¹⁵ tendo por requerente o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), permite algumas considerações.

Diante de realidades socioeconômicas tão semelhantes, de profunda e massiva violação de direitos humanos, como se comportaram as Cortes Constitucionais?

De acordo com o investigador e membro fundador do *Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – DEJUSTICIA* e professor da Universidad Nacional de Colombia, Rodrigo Uprimny, a Corte Constitucional colombiana, na *Sentencia T-025*, de 2004,¹⁶ acumulou 108 ações constitucionais que denunciavam supostas violações de direitos de 1.150 famílias desalojadas internamente, devido ao fracasso das autoridades estatais em ocupar-se adequadamente das petições individuais relacionadas ao direito à moradia, a serviços de saúde, educação e ajuda humanitária (UPRIMNY, 2015).

Assim, ao analisar o caso, a CCC reconheceu o chamado “Estado de Coisas Inconstitucional – ECI”, concluindo que o deslocamento forçado havia causado uma violação massiva de direitos humanos, bem como que a política pública adotada pelo Estado para ocupar-se do problema era incoerente, insuficiente e não estava baseada adequadamente nos padrões internacionais de direitos humanos.

Nessa esteira, a figura do “Estado de Coisas Inconstitucional” pode ser definida como um mecanismo ou técnica jurídica criada pela Corte Constitucional da Colômbia, através do qual se declara que determinada realidade fática se encontra em contrariedade com a Constituição,¹⁷ haja vista a ocorrência de massiva violação a

¹⁵ A íntegra da petição inicial da ADFP 347 sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio encontra-se disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. Acesso em: 05 out. 2015.

¹⁶ Íntegra da *Sentencia T-025* e dos “Autos”. Disponível em: <www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 10 mai. 2015.

¹⁷ Cabível o registro de que, a partir da adoção do Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte Constitucional não se limitara mais a meramente declarar se uma violação dos direitos afronta ou não a

direitos e princípios nessa consagrados. (RODRÍGUEZ GARAVITO e KAUFFMAN, 2014).

Todavia, foram assinalados pela CCC requisitos para a declaração do ECI:

- a) a vulnerabilidade massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afete um número significativo de pessoas;
- b) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia de direitos;
- c) a não expedição de medidas legislativas e administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a vulnerabilidade de direitos; e
- d) a existência de um problema social cuja solução compromete a intervenção de várias entidades; requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e exige um nível de recursos que demanda um esforço orçamentário adicional importante (AGUILAR CASTILLO; BOHORQUEZ e SANTAMARIA, 2006).

Além da emissão de ordens judiciais para demandar a devida atuação estatal, podem-se elencar os seguintes pontos diferenciais na atuação da CCC, a partir deste caso paradigmático:

- a) assumiu o enfoque do direito internacional dos direitos humanos, ao considerar que o deslocamento forçado acarreta violações múltiplas, massivas e contínuas;
- b) acumulou e decidiu de forma conjunta demandas individuais, que chegavam de forma massiva para julgamento;
- c) superou os efeitos *inter partes* das ações concretas e difusas como a *Acción de Tutela*;
- d) manteve a jurisdição para supervisionar a própria execução de suas ordens; e
- e) atuou como mediadora na promoção de reestruturação do Estado para atuar de forma integrada, articulada, coordenada e eficaz na construção e na implementação compartilhada de políticas públicas (UPRIMNY, 2015 e PEÑARANDA, 2016).

Cabe, ainda, o registro da criação de outro importante mecanismo que explicita o interessante experimentalismo judicial desenvolvido pela CCC: a *Comissão de Seguimiento*. Esta iniciativa gestada pelas organizações da sociedade civil modificou a própria estrutura da Corte, tendo por principal missão o monitoramento do cumprimento das “ordens” emitidas na decisão, bem como de seus subsequentes “autos”, os quais ensejaram a convocação de “audiências públicas” para a requisição e análise de relatórios dos diversos atores institucionais estatais envolvidos, das organizações de PIDs, da sociedade civil em geral, de entidades de direitos humanos nacionais e internacionais, incluindo o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR).

Em estudos empíricos de fôlego, visando o acompanhamento dos efeitos da *Sentencia T-025*, constitucionalistas colombianos, como Uprimny e Sánchez (2010) e Rodríguez Garavito e Rodríguez Franco (2015), relatam que a Comissão em tela desempenhou papel fundamental no processo de supervisão da referida decisão da

Constituição, por entender que uma decisão que focasse apenas na dimensão subjetiva dos direitos restaria inócua (AGUILAR CASTILLO; BOHORQUEZ e SANTAMARIA, 2006).

CCC, através da apresentação periódica de relatórios e de avaliação técnica, contribuindo para a elaboração de uma nova política pública sobre deslocamento forçado a ser implementada.

Entretanto, como todo processo experimental, o processo de monitoramento de decisões judiciais demandou inúmeros ajustes ao longo do tempo. A CCC inicialmente havia vislumbrado a categorização, de forma monológica, de quatro indicadores de esforços estatais, como ferramenta de avaliação do cumprimento da sua decisão pelo Governo colombiano, quais sejam: 1) descumprimento; 2) cumprimento; 3) médio grau de cumprimento; e 4) elevado grau de cumprimento.

Ainda de acordo com os autores supracitados, restou constatada em poucas sessões a inadequação da metodologia adotada, principalmente diante das tentativas do próprio Governo de boicotar o processo de monitoramento, através do arduo encaminhamento de volumosos expedientes à Corte com informações inúteis ou impossíveis de se processar, ainda que, do ponto de vista técnico, os órgãos governamentais estivessem demonstrando o pleno cumprimento das suas obrigações legais e constitucionais.

Assim sendo, a CCC resolveu ir “para além da sala do tribunal”, ao exercer o que a doutrina constitucional colombiana tem chamado de “ativismo dialógico”, não se limitando a revisão burocrática de expedientes governamentais que atestassem uma realidade falseada de efetividade no cumprimento de suas ordens pelo Estado.

A partir dessa renovada perspectiva do ativismo judicial, a CCC empreendeu esforços no fomento de diálogo institucional direto e constante entre os atores institucionais e sociais envolvidos, através da participação ativa dos órgãos estatais de controle, da academia, de organizações de direitos humanos e dos próprios desalojados.

Referida prática ensejou a construção não apenas de uma nova metodologia, mas, principalmente, de uma nova dinâmica deliberativa para a CCC, repercutindo na formulação e adoção de mais de 100 indicadores, divididos em 20 subgrupos, distribuídos em categorias, segundo sua pertinência temática para a avaliação do efetivo gozo de direitos por parte dessa população em situação de vulnerabilidade social (UPRIMNY e SÁNCHEZ, 2010).

Em recente obra publicada de Diana Rodríguez e César Rodríguez, intitulada *Juicio a la exclusión, na qual se faz um balanço de 10 anos dos efeitos da Sentencia T-025 sobre os DESC na Colômbia, apontou-se que a adoção de indicadores possibilitou à própria CCC verificar os impactos positivos de sua intervenção para a efetivação dos direitos das PIDs, bem como representou melhora significativa da respectiva política pública.*

Ressalte-se, no entanto, que o “Estado de Coisas Inconstitucional” ocupa-se de situações excepcionais de violação coletiva de direitos fundamentais, nas quais a resolução individual, caso a caso, restaria insuficiente para resolução de problema que demande solução estruturante, bem como acarretaria a acumulação de casos graves pendentes de jurisdição da Corte (RODRÍGUEZ GARAVITO e KAUFFMAN, 2014).

Enquanto isso, em *Terra brasilis*, a impressão inicial, pelo menos até o ajuizamento da petição inicial da ADPF 347¹⁸ e a consequente decisão em caráter liminar pelo STF, em 09 de setembro de 2015, é de que ambos, peticionários e Corte Constitucional, parecem não ter colocado o instituto jurídico do “Estado de Coisas Inconstitucional” em sua dimensão originária.

Referida decisão cautelar do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 347/DF-MC,¹⁹ sob a relatoria do ministro Marco Aurélio,²⁰ reconheceu a ilicitude e a indignidade estrutural do sistema penitenciário brasileiro e declarou o “Estado de Coisas Inconstitucional (ECI)”, restando consignado em seu voto que

as dificuldades em se definir o alcance maior do termo não impedem, tendo em conta o quadro relatado, seja consignada uma zona de certeza positiva: *o sistema carcerário brasileiro enquadra-se na denominação de “estado de coisas inconstitucional”* (grifo nosso)

Nesse diapasão, segundo o ministro relator, diante da nítida e generalizada violação de direitos humanos, bem como da incapacidade, inércia e descaso do poder público, representado em variadas instituições envolvidas,

apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos (grifo nosso).

Todavia, a despeito de o ministro relator em seu voto reconhecer e reforçar a legitimidade da atuação judicial, em face da situação de violação generalizada de direitos fundamentais vivenciada no sistema penitenciário brasileiro, dos oito pedidos cautelares pleiteados apenas dois foram deferidos liminarmente:

a) a imposição do imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN²¹ e a

¹⁸ Apesar de o instituto jurídico do “Estado de Coisas Inconstitucional – ECI” haver sido tratado com uma inovação da jurisdição constitucional do STF a partir do ajuizamento da ADPF 347, o referido conceito já fora abordado incidentalmente pelo ministro Luís Roberto Barroso nas ADIs 4357 e 4425.

¹⁹ A íntegra da ADPF 347/DF-MC encontra-se disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. Acesso em: 05 out. 2015.

²⁰ A íntegra do voto do ministro Marco Aurélio no julgamento de Medida Cautelar na ADPF 347 encontra-se disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

²¹ Criado pela Lei Complementar n° 79/94 e regulamentado pelo Decreto 1.093/94, trata-se de fundo de natureza contábil que integra o orçamento fiscal da União, constituindo-se como principal fonte de recursos do sistema penitenciário brasileiro para as ações governamentais de grande parte dos entes

consequente vedação à União Federal de realizar novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema prisional brasileiro; e
b) o reconhecimento da aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão (GLEZER e MACHADO, 2015; CAMPOS, 2015b).

Chama a atenção, entretanto, que mesmo a determinação do STF de imediata liberação de recursos do FUNPEN para investimentos em presídios restou sem qualquer efetividade. Passado quase um ano, a União ainda não cumpriu a decisão e só recentemente o Governo interino nomeou o novo diretor-geral do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN (PIMENTA e VIVIANI, 2016).

Recentemente, o ajuizamento da Reclamação Constitucional (Rcl) nº 23.872²² pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep) perante o Supremo Tribunal Federal evidenciou o descumprimento de outra determinação do STF, qual seja, a de realização de audiências de custódia logo após a prisão em flagrante de pessoas suspeitas da prática de crimes.

Dentre outras alegações, os advogados públicos que assinam a petição – Isabela Marrafon, Ilton Norberto Robl Filho e Grandinetti Castanho de Carvalho – afirmam que

ultrapassado o prazo de noventa dias fixado por este Supremo Tribunal, a realidade da grande maioria dos presos brasileiros pouco mudou, já que continuam a não ter acesso imediato ao Poder Judiciário e, por consequência, sofrem flagrante violação das normas advindas de tratados internacionais de direitos humanos, devidamente incorporadas ao ordenamento jurídico nacional e que densificam relevantes direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira.

No entanto, a referida Reclamação, de relatoria do ministro Dias Toffoli, teve seu seguimento negado, em 19 de maio de 2016, ficando, por consequência, prejudicado o pedido liminar, nos termos do art. 21, § 1º, do RISTF, sob o argumento de que

a reclamante não logrou êxito em comprovar nos autos o efetivo descumprimento da decisão da Corte por parte das autoridades reclamadas, uma vez que se limitou a alegar abstratamente a falta de adoção das medidas necessárias à implementação da audiência de

federados, por meio de transferências voluntárias, via convênios e, no caso de obras públicas, por contratos de repasse (CONTI, 2015).

²² A íntegra da Reclamação (Rcl) nº 23.872 e do voto do ministro relator Dias Toffoli encontram-se disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4974808>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

custódia para a preservação da autoridade da decisão cautelar proferida pelo Pleno na ADPF nº 347/DF.

A ausência de indicação de qualquer ato concreto passível de confronto com a decisão paradigma impossibilita a análise do caso por esta Suprema Corte em sede reclamationária (grifo nosso)

Em contrapartida, no plano do sistema interamericano de direitos humanos, em face dos novos dados apresentados perante a Corte IDH,²³ na Costa Rica, que comprovaram o contumaz descumprimento das obrigações outrora impostas, bem como o agravamento das violações de direitos fundamentais, o Brasil foi alvo de novas resoluções,²⁴ obrigando o Estado brasileiro a garantir os direitos das pessoas privadas de liberdade.

Nesse diapasão, a Corte IDH considerou que persiste no Complexo Penitenciário do Curado uma situação de extrema gravidade, de urgência e de risco de dano irreparável, de modo que é pertinente manter a vigência das presentes medidas provisórias, bem como ampliá-las. Ainda reiterou que o Estado brasileiro

continue adotando de forma imediata as medidas que sejam necessárias para proteger eficazmente a vida e a integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade no Complexo do Curado, bem como de qualquer pessoa que se encontre no referido estabelecimento, incluindo os agentes penitenciários, funcionários e visitantes, em termos da Resolução de 07 de outubro de 2015 (Corte IDH, 2015, p. 63).

Considerações finais

Em que pese a ADPF nº 347/DF-MC indicar que finalmente a doutrina constitucional e a jurisprudência brasileiras começariam a ensaiar um olhar para o “Sul Global” e não apenas para o “Norte”, parece que ambas reproduziram a malfadada importação acrítica de teorias e institutos jurídicos, agora não mais oriundos da Europa ou EUA, mas sim de um país latino-americano.

Conforme ressaltado pelos professores Mangabeira Unger (SELIGMAN, 2015) e Barroso (2009), o pensamento jurídico e, em especial o debate

²³ A partir da recente divulgação de diversos relatos e documentos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) recomendou aos juízes da Corte a garantia de que fosse possível a entrada de câmeras durante as vistorias no Complexo, o que fora injustificadamente vedado pelo Governo Estadual; a expedição de novas resoluções para impedir a entrada de armas na Unidade Prisional; a estipulação de proteções específicas para grupos vulneráveis, especialmente à população LGBT e àqueles que possuem necessidades especiais por incapacidade física ou doença, além do combate ao superencarceramento, via construção de novas vagas e a implementação da audiência de custódia, que determina que o preso deve ser apresentado ao juiz em até 24 horas, impedindo que detidos fiquem sob custódia do Estado sem necessidade, assim como também de que sofram agressões e torturas ao serem presos, como ferramenta de desafio do sistema prisional. (CAMPAGNANI, 2015).

²⁴ As Resoluções de 07 de outubro e de 18 de novembro de 2015 podem ser acessadas através dos seguintes links, respectivamente: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_02.pdf> e <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_03.pdf>.

constitucional brasileiro, rendeu-se à “onda da racionalização idealizante”, importada através de referências teóricas estrangeiras, marcadamente americanas e alemãs, fato que tem nos legado um risco jurídico-acadêmico: a incorporação de projetos “dos outros”, com a consequente perda da capacidade de refletir acerca da realidade brasileira.

Nesse sentido, Silva (2005, p. 182) identifica o “sincretismo metodológico” como marca do atual estágio da discussão sobre interpretação constitucional na doutrina e jurisprudência brasileiras, caracterizada como a adoção de catálogos de princípios e métodos de interpretação propostos por doutrinas e práticas constitucionais diversas e transplantados para o Brasil, como se constituíssem algo universal, não passando, muitas vezes de discussão meramente teórica, sem o devido apego ao rigor prático e metodológico.

A recepção do “Estado de Coisas Inconstitucional” pela doutrina e jurisprudência brasileiras sem considerar a premente necessidade de promover um profundo redesenho institucional, não apenas do processo decisório do STF, mas também de nossa política pública carcerária, a partir da criação de novos mecanismos de participação deliberativa, de monitoramento e controle social, acaba por esvaziá-lo.

Para além disso, não se deve perder de vista que, independentemente da origem, a incorporação de novas ideias e mecanismos jurídicos necessita de todo um suporte social e institucional preliminar para verem asseguradas a sua operabilidade e efetividade.

No mesmo sentido, alertam Gargarella e Courtis (2009):

con independencia de su lugar de proveniencia, algunos injertos tienden a ser inocuos y otros no, dependiendo de los lazos de parentesco (los “vínculos genéticos”) existentes entre el material que se injerta – las instituciones injertadas, y el “cuerpo” constitucional que las recibe.

Em análise do caso brasileiro, constata-se que essa preocupação, por hora, de fato não aconteceu. Pelo contrário, o que se viu, tendo em vista os julgamentos da ADPF nº 347/DF-MC e da Reclamação Constitucional (Rcl) nº 23.872, fora uma reprodução daquilo que Roberto Schwarz, nos anos 70, chamou de “ideias fora do lugar”.

Referido diagnóstico se justifica pela constatação da contumaz perspectiva deliberativa do STF: mandatória e monológica, em frontal contraste com o comportamento institucional da CCC, refletindo uma postura de excessiva centralidade institucional do STF, enquanto que aos demais atores institucionais caberia um papel coadjuvante, bem como um profundo alheamento em relação a pontos cruciais para um devido “aprendizado constitucional”:

- a) o necessário estabelecimento de requisitos para a declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional”;
- b) a construção de sentenças estruturantes que permitam ao Poder Judiciário exercer o papel de “mediador” entre os Poderes Constitucionais e a Sociedade Civil na promoção

da eficácia dos direitos socioeconômicos;

c) o exercício de uma jurisdição supervisora que possibilite o monitoramento das suas próprias decisões; e

d) a observância da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre DESCs (BEZERRA, 2016).

Em contrapartida, apesar de reconhecer os limites e desafios político-institucionais da devida incorporação da iniciativa judicial de efetivar direitos fundamentais a partir do reconhecimento do “Estado de Coisas Inconstitucional” pelo STF, em face do atual arranjo institucional brasileiro, ressalta-se a validade da aposta neste experimentalismo judicial, assistindo razão a doutrina e jurisprudência colombianas, ao reforçar que o referido instituto contribui para o necessário fortalecimento da democracia deliberativa na *práxis* do Sistema Justiça, assim como para a implementação efetiva de direitos fundamentais historicamente sonogados pela inércia estatal.

A boa notícia é que ainda há tempo de se “recolocar” o “Estado de Coisas Inconstitucional” em seu devido lugar, tendo em vista a pendência do julgamento do mérito da respectiva ADPF. Resta-nos pressionar para que haja por parte do STF o devido redimensionamento deste importante e inovador instituto, possibilitando a sua genuína recepção em nossa jurisdição constitucional, nos moldes da CCC, bem como aguardar para saber se finalmente a Suprema Corte brasileira exercerá o experimentalismo judicial²⁵ que se espera de uma Corte Constitucional que se propõe a exercer o papel de ator de transformação social relevante.

Referências

AGUILAR CASTILLO, J.F.; BOHORQUEZ, V. y SANTAMARIA, C. El Estado de Cosas Inconstitucional: Aplicación, balance y perspectivas. **Revista Temas Socio-jurídicos**: Revista da Universidad Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga, v. 24, nº 51, p. 197-218, 2006. Disponível em: <<http://revistas.unab.edu.co/index.php?journal=sociojuridico&page=article&op=viewArticle&path%5B%5D=2075>>. Acesso em: 02 out. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. São Paulo: Renovar, 2009.

²⁵ Diante desse quadro, cabe o registro de que antes mesmo de se apelar para a importação de algum instituto jurídico alienígena, seja do “Norte” ou do “Sul global”, uma alternativa viável parece ser também continuar a trilhar por caminhos político-institucionais já desbravados pela própria jurisprudência do STF, alguns em perspectiva experimental. São os casos, por exemplo, do RE 580.252, relativo ao pedido de indenização formulado pela Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul, no qual se alega a violação do princípio da dignidade humana, bem como a consequente obrigação do Estado de construir novos presídios com “condições dignas” para o cumprimento de penas de reclusão; a proposta formulada pelo ministro Luís Roberto Barroso de remição de dias da pena, ao invés do pagamento de indenização pecuniária por danos morais à pessoa privada de liberdade que cumprir pena em presídios com condições degradantes (RE 580252).

BEZERRA, Rafael. **Direitos para além da sala do tribunal**: um estudo de caso comparado entre Brasil e Colômbia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016 (no prelo).

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. **CPI sistema carcerário**. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p. – (Série ação parlamentar; n. 384). Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 25 set. 2015.

_____. Presidência da República. Secretaria-Geral da Presidência da República. **Mapa do Encarceramento**: os jovens do Brasil. Brasília. 2014a. Disponível em: <<http://juventude.gov.br/articles/participatorio/0009/3230/mapa-encarceramento-jovens.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2015.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen - Junho de 2014**. Brasília. 2014b. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2015.

CAMPAGNANI, Mário. Estado brasileiro deve ser responsabilizado por violações de direitos no Complexo de Curado. Rio de Janeiro, 2015. **Justiça Global**. Disponível em: <<http://www.global.org.br/blog/estado-brasileiro-deve-ser-responsabilizado-novamente-por-violacoes-de-direitos-no-complexo-do-curado-anibal-bruno/>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

CHRISTIANSEN, Eric C. Decidindo sobre direitos não-justiciáveis: direitos sócio-econômicos e a Corte Constitucional Sul-Africana. Tradução: Leonardo Carrilho Jorge. In: Daniel Sarmento; Claudio Pereira de Souza Neto. (Coords.) **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CONSULTORÍA PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DESPLAZAMIENTO (CODHES). **¿Consolidación de qué?** Informe sobre desplazamiento, conflicto armado y derechos humanos en Colombia en 2010, 2010. Disponível em: <<http://alfresco.uclouvain.be/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/fb3e9c4f-9ea0-4948-8dc5-19cf6e877993/CODHES%20informe%202010%20-consolidacion%20de%20qu%C3%A9-.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2014.

CONTI, José Maurício. Solução para a crise carcerária tem significativo reflexo orçamentário. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-25/contas-vista-solucao-situacao-carceraria-significativos-reflexos-orcamentarios>>. Acesso em: 10 set. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). **Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**, 2009. Disponível

em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2016.

_____. **Relatório Anual 2015**, 2015. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2015/portugues.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes**. CEPAL - Serie Políticas Sociales, nº 153. Santiago (Chile): Nações Unidas. 2009.

GOVERNO de PE decreta estado de emergência no sistema penitenciário. **G1 PE**, Recife, 28 jan. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pernambuco/noticia/2015/01/governo-de-pe-decreta-estado-de-emergencia-no-sistema-penitenciario.html>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

LAW, David S. Constitutions. In: **The Oxford handbook of empirical legal research**. Peter Cane & Herbert Kritzer, eds., 2010; Washington U. School of Law Working Paper No. 10-02-05. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1555382>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

PEÑARANDA, María Luisa Rodríguez. **Dejando atrás la Constitución del litigio incluyente**. El reto de la paz como bienestar social. Bogotá, 2016. Disponível em: <<http://seminariogargarella.blogspot.com.br/2016/07/conmemorando-la-constitucion-de-1991-un.html>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

PIMENTA, Guilherme; VIVIANI, Luís. STF manda liberar FUNPEN. Governo Dilma não cumpre. Gestão Temer ainda não decidiu. **Jota**, Brasília, 19 de maio de 2016. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/stf-manda-liberar-funpen-governo-dilma-nao-cumpre-gestao-temer-ainda-nao-decidiu>>. Acesso em: 19 mai. 2016.

POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. Legislative entrenchment: a reappraisal. In: **Yale Law Journal**. New Haven: Yale University, n. 111, 2002. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2784&context=journal_articles>. Acesso em: 11 mai. 2013.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). **Relatório do desenvolvimento humano 2015** – o trabalho como motor do desenvolvimento humano. New York: ONU, 2015, 295p. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/hdr/arquivos/RDHglobais/hdr2015_ptBR.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2015.

RIBEIRO, Marcelle. Ministro diz que prefere morrer a passar anos em cadeias brasileiras. Rio de Janeiro, 2012. **O Globo**. Disponível em:

<<http://oglobo.globo.com/brasil/ministro-diz-que-prefere-morrer-passar-anos-em-cadeias-brasileiras-6718740>>. Publicado em 13 nov. 2012.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César e KAUFFMAN, Celeste. **Making Social Rights Real**: implementation strategies for courts, decision makers and civil society. Bogotá: Centro de estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia, 2014. Disponível em: <http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.639.pdf>.

SELIGMAN, Felipe. Crítica ao pensamento jurídico brasileiro, segundo Mangabeira Unger. Rio de Janeiro, 2015. **Jota**. Disponível em: <<http://jota.info/critica-ao-pensamento-juridico-brasileiro-segundo-mangabeira-unger>>. Publicado em 13 jul. 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: Virgílio Afonso da Silva (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

UPRIMNY, Rodrigo. Vergüenza y esperanza. **El Espectador**. Bogotá, 19 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.elespectador.com/opinion/vergueenza-y-esperanza>>. Acesso em: 20 set. 2015.

UPRIMNY, Rodrigo; GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio. Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia. In: SANTOS, Boaventura de Souza (ed.). **Democratizar a democracia**. Os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2002, p. 298-339.

UPRIMNY, Rodrigo e SÁNCHEZ, Nelson Camilo. Los dilemas de la restitución de tierras en Colombia. **Revista Estudios Socio-Jurídicos**, 2010, 12, pp. 305-342. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v12n2/v12n2a10>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; GOUVÊA, Carina Barbosa. Direito à moradia no Brasil e na Colômbia: uma perspectiva comparativa em favor de um construtivismo judicial. In: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI, 2014, Florianópolis. **Direitos sociais e políticas públicas I**: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 219-245.

Recebido em 29/11/2016

Aceito em 01/12/2016

**RECLUTAMIENTO PARTIDARIO DE ALCALDES EN EL
AUTORITARISMO BRASILEÑO:
EL CASO DE LOS DESIGNADOS EN ÁREAS DE SEGURIDAD NACIONAL
DE RIO GRANDE DO SUL¹**

**PARTISAN RECRUITMENT OF MAYORS IN BRAZILIAN
AUTHORITARIANISM: THE CASE OF DESIGNATED MAYORS OF
NATIONAL SECURITY AREAS OF RIO GRANDE DO SUL**

Dirceu André Gerardi²

Sumario: Introducción. 1 El reclutamiento en Brasil. 2 El reclutamiento partidario. 3 El impacto político de la estrategia militar: la creación de las ASN. 4 El reclutamiento cerrado en las ASN. 5 Reclutamiento en agencia del *selectorate* partidario: la comisión partidaria. Consideraciones finales. Referencias.

Resumen: Este estudio tiene como objetivo contribuir para el entendimiento del proceso de designaciones ocurrido en el autoritarismo brasileño, analizando una élite de alcaldes en áreas de seguridad nacional (ASN) de Rio Grande do Sul. La designación puede ser entendida como la fase final de un proceso de *reclutamiento cerrado* articulado y compartido entre los ambientes local y estadual. El objetivo del paper busca indicar *como se organizan y se forman las minorías que gobiernan* (Mosca, 1923) en un autoritarismo, llamando la atención sobre el proceso definido como *reclutamiento cerrado*, valorizando su ocurrencia en el ambiente local y descrito por los mecanismos utilizados específicamente por la *comisión partidaria*. La descripción utiliza 37 entrevistas realizadas a ex-alcaldes designados y un ex-gobernador, y también una base de datos con informaciones sobre el reclutamiento.

Palabras-claves: Autoritarismo. Reclutamiento cerrado. Selectorate. Designación. Rio Grande do Sul.

Abstract: This's study make contribute to understand of nomination process on Brazilian authoritarianism, analyse an mayors elite on national security areas (NSA) on state of Rio Grande do Sul. The nomination can be understand like the final process of closed recruitment, articulate and shared between local and state level environments. The objective of this paper is indicate how is form and organize the minorities that govern (Mosca, 1923) at an authoritarianism, driving the attention to closed recruitment process,

¹ Este capítulo es una versión reformulada del artículo presentado en la 6a edición del Seminario de Sociología Política de la UFPR, y del Congreso Internacional de Ciencia Política promovido por la UFRGS. Agradezco las sugerencias del prof. Flávio Heinz y Renato Perissinotto.

² Doutor em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Realizou parte de seu doutoramento na University of Pittsburgh, através de estágio sanduíche. É investigador de pós-doutorado em Relações Internacionais com bolsa Docfix Fapergs/Capes. Membro do Centro Brasileiro de Pesquisas em Democracia (CBPD) da PUCRS. E-mail: andregerardi3@hotmail.com.

valuing its occurrence on local level, and describe the mechanisms en-
hanced by the political commission. The description uses 37 interviews with
former nominated mayors and former governors and a data set with
recruitment information.

Keywords: Authoritarianism. Closed recruitment.
Selectorate. Nomination. Rio Grande do Sul.

Introducción



Foto: Alcalde designado por los militares brasileños en la localidad de Roque Gonzales (1965, frontera con Argentina)

En diversas fases de la historia política brasileña, cuando alguien era designado por el Estado para ocupar un cargo electivo, sin que hubiera la necesidad de *establecer candidatura, conquistar votos, enfrentar elecciones* (procesos típicos de la democracia representativa), se presentaba un modelo de reclutamiento con *design* cerrado y varias configuraciones para el acceso a la carrera política. La condición de designado permitió que presidentes, gobernadores, senadores y alcaldes ocuparan las posiciones más altas de la jerarquía política en el país (*durante el Gobierno Provisional en los años treinta, el Estado Nuevo, pluripartidismo (1945-1965), autoritarismo y transición*), formando élites generadas por los parámetros del Estado y que gobernaron en su nombre durante más de 60 años. Ese proceso se encerró en 1991, bajo la actual democracia, siendo escasas las investigaciones que buscan analizar esta actividad, responsable por ofertar carreras a personas en la condición de designados.

Hasta aquel momento, los estudios sobre reclutamiento estuvieron concentrados en las élites parlamentarias en períodos democráticos, siendo escasas

las investigaciones dedicadas a los representantes de ejecutivos municipales, en partidos y en el período autoritario. En este contexto, el objetivo del capítulo busca en una de las proposiciones de Mosca, indicar *como se organizan y se forman las minorías que gobiernan* en ASN, destacando los mecanismos de reclutamiento promovidos por la comisión partidaria.

El rompecabezas busca comprender como los recursos sociales y de posición pueden auxiliar en la explicación del reclutamiento en una sociedad de colonización reciente, que sufre un proceso de redefinición geográfica (emancipación), carente de una clase política, sin una jerarquización social muy definida y sometida a un sistema cerrado de elección, pero que posee la presencia de partidos.

Del análisis de los recursos sociales de los designados, se puede extraer padrones, los cuales actuarán como fuentes de *distinción* (Bourdieu, 2001). La posesión de determinados *atributos* y calidades socialmente reconocidos por los integrantes de las agencias de los *selectorate*, terminan legitimando el *dominio* (Bourdieu, 2004; Mosca, 1923). Las agencias deberían reclutar los mejores candidatos, que posteriormente pasarían por la aprobación del gobierno estatal. Para estas decisiones, los criterios de selección eran variados.

Mosca comenta que la “superioridad” de las minorías no consiste apenas en su organización, pero en la forma como se diferencian de la masa por “*certe qualità*”: (i.e) “*cualquier atributo, verdadero o aparente, que sea fuertemente apreciado y de mucho valor en la sociedad donde viven*”.³ Evitando la tendencia de explicar la jerarquía social basándose en la teoría darwinista, para comprender la minoría que gobierna es necesario considerar sus recursos (intelectuales y económicos), el principio de *constitución* de autoridad (si autocrático o liberal) y su tendencia a la *formación* (aristocrática o democrática).⁴ En las ASN, el principio será autocrático y el reclutamiento ocurrió de forma cerrada, siendo un sistema autoritario, centrado en grupos restringidos y con poder para definir, en algunos momentos, quien gobierna.

De la misma manera que Mosca no reconoce el “darwinismo social” como la fuente explicativa para jerarquización social,⁵ Bourdieu hace críticas al método

³ “Però, oltre al vantaggio grandissimo che viene dall'organizzazione, le minoranze governanti ordinariamente sono costituite in maniera che gl'individui che le compongono, si distinguono dalla massa dei governati per certe qualità, che danno loro una certa superiorità materiale ed intellettuale od anche morale, oppure sono gli eredi di coloro che queste qualità possedevano: *essi in altre parole devono avere qualche requisito, vero od apparente, che è fortemente apprezzato e molto si fa valere nella società nella quale vivono*”. Mosca (1923) La traducción y el destaque en *italico* es nuestro.

⁴ Perissinotto (2003, p. 21)

⁵ Mosca comenta sobre el darwinismo social: Dopo ciò diremo come le aristocrazie ereditarie spesso hanno vantato una origine soprannaturale o almeno diversa e superiore a quella delle classi governate; tale pretesa si spiega con un fatto sociale importantissimo, *del quale dovremo lungamente parlare nel seguente capitolo, e che fa sì che ogni classe governante tende a giustificare il suo potere di fatto appoggiandolo ad un principio morale d'ordine generale*. Recentemente però la stessa pretesa si è presentata con l'appoggio di un corredo scientifico. *Qualche scrittore, sviluppando ed ampliando le teorie del Darwin, crede che le classi superiori rappresentino un grado più elevato dell'evoluzione sociale e che esse quindi siano per costituzione organica migliori di quelle inferiori; il Grumplowicz, già citato, va più avanti e sostiene nettamente il concetto che la divisione dei popoli in classi professionali è fondata, nei paesi di moderna civiltà, sopra una eterogeneità etnica*. Mosca (1923) O destaque é nosso.

posicional, diciendo que es más fácil observar “grupos, individuos, que pensar relaciones”. (2004, p. 27-29). Sin embargo, Bourdieu reconocerá la dificultad en “aprender los espacios sociales de otra forma que no sea la de distribuciones de propiedades entre individuos” Bourdieu (2004a). Surgiendo la noción de que los capitales serían el resultado de las posiciones ocupadas por los individuos en determinado campo.

En las sesiones I y II será expuesto como el reclutamiento abierto y en partidos ha sido tratado en el ámbito de la literatura. Con eso, será posible identificar la asimetría en los estudios sobre reclutamiento, que quedaron concentrados en las élites parlamentares “ya reclutadas” o elegidas en periodos democráticos. Entre las sesiones III y IV será establecido un breve histórico de las ASN, con exposiciones de algunos mapas. En la sesión V se presenta una descripción de los *selectorate* y agencias de reclutamiento, momento en que serán comentados algunos detalles sobre la comisión partidária. Las declaraciones de ex designados enfatizan el proceso de reclutamiento, el cual mencionará el capital social como uno de los elementos claves para comprender los dos procesos destacados. La *organización* de las élites en ASN ocurre en el interior de Arena, ambiente promotor de la mayor parte del reclutamiento de aspirantes al nombramiento, responsable por apuntar los candidatos preferenciales en una lista política, el primer paso para la *formación* de la élite de designados.

1 El Reclutamiento en Brasil

La fase inaugural de los estudios sobre reclutamiento en Brasil ocurre en la década de 1960 y la hipótesis de Lamounier & Kinzo, 1978, para producción en esta área decía que el descrédito de los partidos y el plebiscitarismo contribuyeron para mantener una visión estereotipada del congreso como abrigo de intereses oligárquicos y clientelistas. Es verdad que esta imagen sobre sus cuadros se mantuvo por mucho tiempo, pero los parlamentarios, al votar una legislación del petróleo y tasas de 1957, según los autores, no era una votación “compatible con un estrecho interés oligárquico”.⁶ Consideraciones como esta parecen haber estimulado estudios detallados sobre la base social de los parlamentarios y, a su vez, sobre el reclutamiento.

Lejos de querer responder el tema propuesto anteriormente, se observa que los estudios inaugurales sobre el reclutamiento en Brasil buscaron definir los contornos sócio-ocupacionales de *postulantes* a diversos cargos políticos y para determinada elección en el estado de Rio de Janeiro. El trabajo de Pitta & Arruda, 1966, sigue esta línea y es dedicado a los diputados estatales cariocas. Alécio & Lopes, 1971, observaron los diputados federales, estatales y concejales de la ciudad carioca de Duque de Caxias entre 1947 y 1970. Maria Moreira, 1967, que puede ser

⁶ “Bien o mal, el Congreso votó una legislación sobre petróleo, en el comienzo de los años cincuenta, y una legislación sobre tasas, en 1957, cuyo contenido no parece ser compatible con un interés oligárquico estrecho y monolítico.”

uno de los ejemplos de esta serie de trabajos, analizó 194 candidatos a diputado estatal en Guanabara.

David Fleischer dedicará sus esfuerzos para comprender el reclutamiento en Minas Gerais, investigando itinerarios y carreras políticas de diputados federales en la República Vieja, 1971, trabajo que es posteriormente ampliado, 1977a), e incluye gobernadores y vices. Apesar de estar insertado en el grupo de los trabajos inaugurales, promueve un tratamiento más refinado, verificando alteraciones en el padrón de reclutamiento de diputados y alcaldes de Minas Gerais, después de la llegada de los militares al poder 1973, p. 116, – uno de los principales trabajos sobre el reclutamiento en el autoritarismo brasileño. Utilizando entrevistas, identificó que la política de designación es aplicada por los gobernadores, la nueva legislación y la competición electoral, bloquearon las ambiciones de políticos, impidiendo la renovación de la clase política de “abajo para arriba”. El reclutamiento será tema de otros dos trabajos, el primer habla sobre los treinta años de reclutamiento de diputados federales 1977b) y estatales 1977c) que ocurren en el pluripartidismo y se extienden hasta el autoritarismo.

Actualmente, los trabajos sobre reclutamiento “son análisis del perfil socioeconómico y profesional”⁷ de parlamentarios,⁸ especialmente los diputados federales,⁹ y más recientemente de los senadores¹⁰ e integrantes de Cámaras Municipales.¹¹ El *objeto* investigado en esos trabajos, en vez de *candidatos*, considera políticos “*ya reclutados*”, o sea, aquellos individuos que fueron seleccionados para algún cargo electivo, sobretodo en períodos democráticos. Con eso, queda clara la escasez de estudios sobre el reclutamiento en ejecutivos subnacionales,¹² locales¹³ y, en ese sentido, analizar el reclutamiento en el autoritarismo es un campo prometedor.

La metodología utilizada en esos estudios de reclutamiento está basada en la “Teoría de las Élités” y tiene como autores fundadores: Vinfredo Pareto, Gaetano Mosca y Robert Michels. La tesis defendida por ellos dice que independientemente de la constitución formal de una nación, siempre existirá una minoría que tiene el poder y que lo conduce. En ese caso, los parlamentarios son el objeto privilegiado; al ocupar esos puestos políticos, alcanzan la condición de élite, ves a partir de este punto que son investigados, proceso descrito como *método posicional*: consiste en

⁷ Perissinotto; Bolognesi (2009 e Perissinotto; Miriade (2009, p. 302).

⁸ En el artículo de Adriano Codatoy Luiz Domingos Costa 2012) “Profissionalização ou popularização da classe política brasileira? Um perfil dos Senadores da República” que es uno de los más recientes artículos sobre reclutamiento y carreras políticas, los autores llegan a la conclusión que la mayoría de los estudiosos sobre diputados federales.

⁹ Diputados Federales: (Marengo, 2000; Leoni Et Al., 2003; Miguel, 2003; Madeira, 2006; Pereira; Renno, 2007; Oliveira, 2008; Santana, 2008; Florentino, 2008; Grill, 2008; Messenberg, 2008; Bolognesi; Tribess, 2009; Pegurier, 2009; Perissinoto Et Al., 2009; Perissinotto; Bolognesi, 2009; Perissinotto; Miriade, 2009; Montalvão; Seidl, 2010; Lima, 2010; Heinz, 2011; Meneguello, 2012; Ferreira, 2012; Bolognesi, 2013; Mancuso et al., 2013; Costa et al., 2013).

¹⁰ Senadores: (Lemos; Ranincheski, 2002; Magalh, 2006; Bottinelli, 2008; Costa, 2010; Izumi, 2010; Silva, 2010; Costa; Codato, 2012; Neiva; Izumi, 2012).

¹¹ Concejales: (BARRETO, 2008; LIMA, 2010; MALUF, 2010).

¹² Subnacional Abrucio; Samuels (1999 e MASSIA (2010 e Massia (2012).

¹³ Local Codato et al. (2013 e Reis (1977 e Rodrigues (2006).

seleccionar parlamentarios elegidos en un determinado punto en el tiempo, para después apreciar la trayectoria y el cargo inmediatamente anterior a la posición conquistada; de ahí surge la idea (existencia) de una jerarquía de posiciones políticas,¹⁴ que pueden ejemplificar los caminos de acceso a los parlamentos, o la simple medición de las posiciones ocupadas anteriormente a la conquista del respectivo cargo.

El análisis de las propiedades políticas de los “ya reclutados”, busca averiguar cambios en la base social de los legislativos, establecer padrones de reclutamiento y verificar, con base en las posiciones sociales y profesionales, si existen profesiones que tornan posible una carrera política o si existe alguna predisposición socio-ocupacional para el éxito electoral.¹⁵

En este aspecto, los analistas examinan la posesión de un diploma escolar, la trayectoria política anterior a la conquista del cargo, el tiempo de mandato, edad, profesión, los vínculos sociales, el patrimonio personal. Así, los trabajos sobre reclutamiento, apesar de reconocer que los partidos son uno de los principales operadores de las carreras, los procesos que ocurren en su interior, o como los individuos que hacen parte actúan en este proceso, aún son poco explotados.

2 El Reclutamiento Partidario

El reclutamiento para cargos políticos y electivos es percibido por muchos como una de las más importantes funciones de los partidos,¹⁶ que actúan como una especie de operadores de la competición electoral,¹⁷ controlando no apenas la oferta de candidatos, pero también la selección de los más competitivos. Diversos autores relatan que el perfil de los candidatos es el efecto de variables contenidas en el reclutamiento y en la selección partidaria. Muy recientemente, el partido parece atraer la atención de algunos analistas brasileños, preocupados con sus procesos y los resultados del reclutamiento.¹⁸

En la literatura internacional, se destaca el trabalho de Rahaty Hazan, 2001, que en su artículo: “*Candidate Selection Methods: analytical framework*” proponen una tipología, de la cual destacamos el “selectorate” – que, según los autores – “es un cuerpo que selecciona candidatos”,¹⁹ más precisamente, es el punto inicial de muchas candidaturas. La traducción del término restringe su amplitud, porque el *selectorate* puede variar en cantidad de individuos e instancias de reclutamiento.

¹⁴ Cf. Miguel (2003, p. 117) El autor reitera que esta jerarquía no presenta como marca larigidez.

¹⁵ Sobre ese tema, se puede verificar la metodología propuesta por algunos autores Codato et al. (2014 e Costa et al. (2013)

¹⁶ Gallagher; Marsh (1988 e Hazan; Rahat (2001, 2006, 2013) e Moreira (1967 e Norris (1997, 1999, 2013 e Norris; Lovenduski (1995)

¹⁷ Marengo dos Santos (2000, p. 24)

¹⁸ En esta línea de trabajos, podemos citar el esfuerzo analítico y empírico de Perissinotto y Bolognesi Perissinotto; Bolognesi (2009), Bolognesi Bolognesi (2013), Peres y Machado 2013) y Perissinotto y Veiga 2014.

¹⁹ “The selectorate is the body that selects the candidates. It can be composed of one person, or several or many people, up to the entire electorate of a given nation” Hazan; Rahat (2001)

Identifican que algunos *selectorate* son extremadamente exclusivos, como el partido israelí ultraortodoxo *Degel Ha Torah*, el cual tiene en la figura de un rabino el responsable por la producción de la lista partidaria; o aún el caso de los partidos belgas, que entre 1960 y 1980, seleccionaban mitad de sus candidatos através de *agencias* de los partidos, y la otra parte por los partidos. Hazan; Rahat (2001) El punto fundamental del debate es que alguien selecciona los candidatos.

La obra de Siavelisy Morgestern 2008, “*Pathways to Power: political recruitment and candidate selection in Latin America*” provee dos tipologías para analizar el reclutamiento y selección en partidos. Uno de los modelos es dedicado a comprender los procesos en legislativos, a partir del cual los autores innovan, al traer análisis en ejecutivos, especialmente para el cargo de presidente de la República.

Se verifica que el personalismo será la principal característica de los candidatos a cargos ejecutivos, efecto del sistema que coloca el peso en la disputa individualizada, “*diminishing the role of the R&S process and candidate loyalties to particular persons or groups in explain behavior*”, produciendo tipos ideales de candidato.

La antología de Siavelisy Morgestern Siavelis; Morgenstern (2008) es una importante contribución analítica para la región, en la cual se destacan aspectos de los sistemas electorales, partidos y variables contextuales como determinantes de los procesos de reclutamiento y selección de *tipos ideales* de candidato. Sin embargo, es un análisis aún inconcluso, pues no hay una visión muy clara sobre lo que realmente importa para el reclutamiento, si es el sistema o la organización partidaria.

El artículo de Pippa Norris (2013) “reclutamiento político” se concentra en su incidencia en parlamentos y partidos. Algunas cuestiones ayudan a conducir su argumentación: *¿quien puede ser elegido, escoge y es seleccionado?* Con base en las respuestas a esas cuestiones, la autora elabora una tipología y la divide em tres etapas: la *certificación*, la *designación* y la *elección*. Los candidatos independientes cumplen los procesos de certificación (definidos por edad, nacionalidad, etc.) y compiten sin apoyo de partido, lo que disminuye mucho sus posibilidades de vencer.

Para Norris, el proceso electoral es crítico en la selección: donde operan “seleccionadores no-partidarios, incluyendo la publicidad y el apoyo proporcionados por la prensa, el apoyo financiero de cualquier organización donante y el apoyo a la campaña, como voluntarios y oficinas, proporcionados por sindicatos asociados, grupos profesionales, empresariales y comunitarios.” Norris (2013), entre sus conclusiones, observa que el proceso de selección presenta variaciones de partido para partido. En este aspecto, el partido está propenso a la acción de otros agentes colocados en campo, que a su vez terminan influyendo en el resultado de la producción de las listas. Paterson (1967), uno de los precursores de la utilización del término *selectorate*, apunta que, además de los partidos políticos, hay otras instituciones relacionadas que son responsables por el reclutamiento, como los sindicatos, las asociaciones partidarias y las iglesias, que influyen en la producción de las listas. Puede ser también la unión entre instituciones y personas.

Las primarias son el momento donde los partidos escogen sus representantes, partidos nacionales pueden movilizar electores, asociados, delegados

y la cúpula del partido. Al fijar la mirada en otros niveles (estatal y local), es posible identificar modificaciones significativas de la dinámica. Hay partidos que centralizan el proceso de selección en el jefe partidario. Norris apunta que las estructuras partidarias centralizadas, con poderes de jefatura, aceptan que esos jefes influyen en la indicación y orden de listas políticas.

Perissinotto y Bolognesi 2009, p. 145, utilizaron un análisis de los estatutos partidarios del PT y PFL buscando comprender el grado de inclusividad²⁰ (selección) de diputados federales y estatales paranaenses. Los autores intentan relacionar el contenido de los estatutos al perfil de los candidatos y elegidos en 2006, se dan cuenta que el PT es más inclusivo, presentando una base social de postulantes a diputado estatal, como profesores de la enseñanza superior, trabajadores de la educación y políticos profesionales; los del PFL son, en su mayoría, abogados, hombres de negocios, productores agropecuarios y políticos profesionales. Perissinotto; Bolognesi (2009).

El estudio más reciente en el país sobre el reclutamiento partidario es Bolognesi (2013), que observó como cuatro partidos brasileros (DEM; PMDB; PSDB y PT) seleccionan sus diputados. Bruno, al analizar estos partidos, constata que cada uno selecciona a su manera. El PMDB concentraría el escogimiento en el líder partidario y en el delegado, proceso descrito como “cartelizado”; ya el PSDB presenta un *selectorate* “surtido” entre líder partidario, delegados y afiliados; el DEM centraliza en el líder partidario y algunos líderes, dejando de lado los delegados y afiliados y el PT sería el más inclusivo entre ellos. Bolognesi (2013), “No hay dudas de que el *selectorate* es la dimensión más importante de la selección de candidatos en cualquier partido político” Bolognesi (2013).

Como puede ser visto en las páginas anteriores, las élites legislativas constituyen la mayoría de los trabajos sobre reclutamiento en Brasil. Como resultado de este modelo analítico, el reclutamiento sería estimado por el análisis de los perfiles de *postulantes*, los *elegidos*, que *fracasan* o *desisten*²¹ de la actividad legislativa. En este sentido, se nota la escasez de trabajos sobre el reclutamiento partidario a ejecutivos (gobernador y alcalde) en cualquier período histórico. Las sesiones siguientes buscan contribuir con la discusión sobre el tema del reclutamiento. El objeto son alcaldes designados por el régimen. Para eso, exponemos rápidamente el contexto donde estos alcaldes fueron designados, para después analizar el reclutamiento cerrado.

²⁰ Los autores elaboran un “conjunto de preguntas que deben ser formuladas a nuestro objeto de análisis: i) ¿cuáles son las exigencias legales para que una persona se candidate a diputado federal y estatal en Brasil?; ii) ¿cuáles son los criterios que los partidos analizados utilizan para definir quien puede afiliarse a la organización?; iii) ¿qué criterios el partido establece para definir quien puede candidatarse a diputado federal o estatal?; iv) ¿quien (que agentes e instancias partidarias) define la lista de candidatos del partido?” Perissinotto; Bolognesi (2009)

²¹ Florentino (2008)

3 El impacto político de la estrategia militar: la creación de las ASN

En el interior del autoritarismo hay un ambiente en que alcaldes fueron designados de forma regular por aproximadamente diecinueve años (1966-1985) en las llamadas Áreas de Seguridad Nacional. Esas áreas son resultado de estudios realizados por organismos conectados al Consejo de Seguridad Nacional,²² responsables por apuntar regiones que mostraban alguna fragilidad geopolítica. Los municipios (ASN) estaban localizados en porciones territoriales cercanos a la frontera de otros países, los complejos hidrominerales y balnearios (EH), capitales de estado (CE), el distrito federal; bases y puertos militares, y territorios bajo la intervención federal, como el Acre, Rondônia, Roraima y Pará.

El proyecto inicial del régimen era instalar ASN en 300 municipios brasileros, controlando, así, 60% del electorado. Las ASN surgieron en 1966, através del decreto del AI-3, que reemplazó alcaldes de 21 capitales de estado.²³ Sumándose a eso, fue creado, en 1968, un nuevo marco geopolítico,²⁴ incluyendo más 68 municipios. Las ASN alcanzaron su número máximo en la década de 1980, con 185 municipios, agregando 29,7% del electorado nacional.²⁵

El Rio Grande do Sul (RS), comparado con otros estados brasileros, reunió la mayor cantidad de ASN: eran 29 municipios, 12,5% del total, reuniendo 36% del electorado del estado.²⁶ La gran parte estaba en la frontera con Argentina y Uruguay, municipios por donde pasaron, entre 1966 y 1985, aproximadamente 142 alcaldes – 107 designados. En esas localidades, el cargo de alcalde estaba definitivamente fuera de la disputa electoral, hecho que permitió a grupos políticos organizados en el interior de Arena, asociados a los alcaldes designados y a diputados (federales y estatales), filtrar el acceso a las municipalidades, permitiendo el control de los cargos y – en la mayoría de las veces – la indicación de los postulantes a la designación.

²² El decreto n. 63.282, de 25 de septiembre de 1968 aprueba el regulamento de la (CSN). Entre sus competencias, está el estudio, planificación, formulación y coordinación de la conducta política nacional, e indicar las áreas indispensables para la seguridad nacional. Políticas que deberían ser elaboradas por el análisis estratégico de la coyuntura, con base en el Concepto Estratégico Nacional (CEN) y Directrices Generales de la Planificación (DGP).

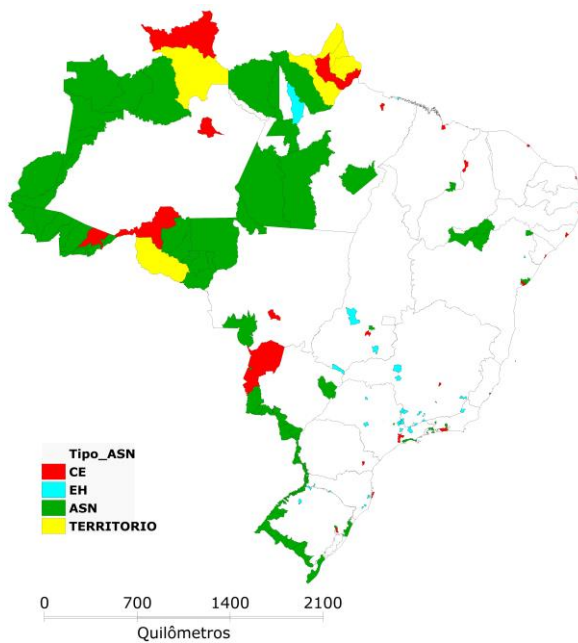
²³ Acto Institucional Número 3 (AI-3), que suspende las elecciones para alcaldes de capitales de estado y gobernador. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-03-66.htm Acceso: 24/11/2016.

²⁴ Ley Nº 5.449, de 4 de junio de 1968, que declara los municipios lugares de interés para la seguridad nacional. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L5449.htm#art1 Acceso: 24/11/2016.

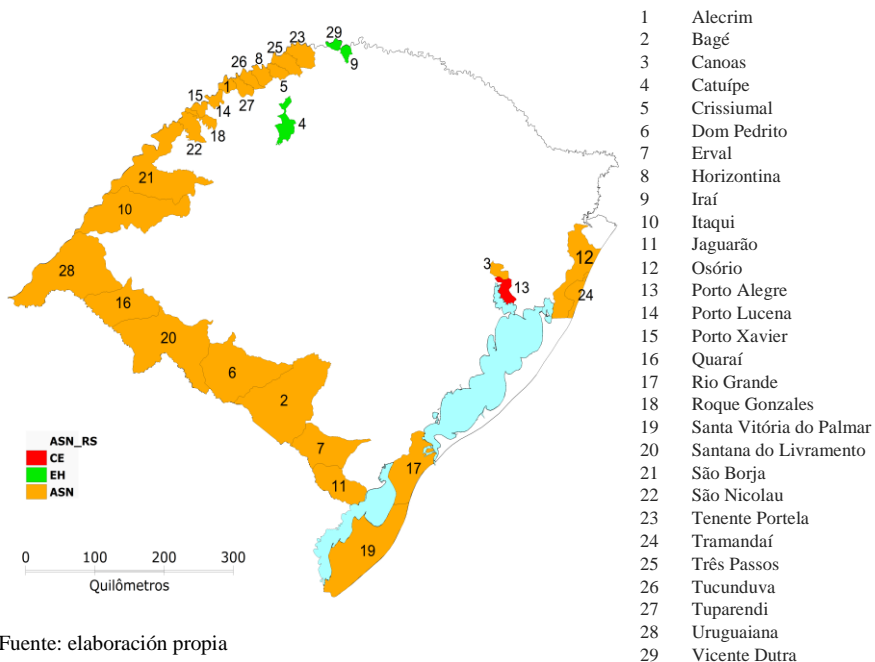
²⁵ Elelectorado de las ASN (capitales de estado, complejos hidrominerales, áreas de seguridad nacional y territorios federales) de Brasil, en las elecciones de 1976, era de 12.557.892, siendo que el electorado nacional registró 42.218.102.

²⁶ El electorado de las ASN de Rio Grande do Sul (capital Porto Alegre, complejos hidrominerales, área de seguridad nacional) en el año 1972 fue (778.920) y en 1976 alcanzó (974.712). El electorado estatal en 1972 fue (2.638.194) y en el año de 1976 fue (2.709.712) electores. Así, en 1972 el electorado de las ASN en RS representa (29,5%) y en 1976 (36%) del electorado del estado.

Mapa 1 – Municípios ASN por tipo y estado brasileño (1982)



Mapa 2 – ASN de Rio Grande do Sul por tipo (1980)



Fuente: elaboración propia

4 El reclutamiento cerrado en ASN

La circulación de “subversivos” dentro y fuera del país, podría ser combatida a través de cambios en la composición de los gobiernos municipales localizados en la frontera brasileña. El régimen había entendido que si estas estructuras políticas estuvieran en poder de la oposición, podrían ser utilizadas a su favor. Este es uno de los motivos que presionarían el régimen en la creación de las ASN, realidad que impactó directamente la vida política de estas localidades.

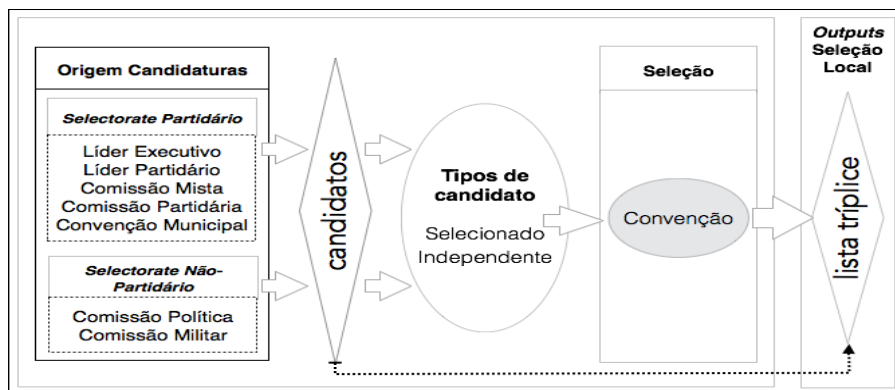
Las directrices legales establecidas por el régimen para la selección de los jefes ejecutivos fueron las *elecciones indirectas*. Los diputados estatales (según la regla) serían responsables por indicar y también elegir (a través de elecciones organizadas en el interior del legislativo), el gobernador del estado y también los alcaldes de su capital y complejos hidrominerales. A pesar de la existencia de esta legislación, prevalecieron prácticas informales: la producción de una lista que debería contener tres nombres o más, entregada al gobierno estatal, el cual haría el cribado y la selección del individuo que sería designado. Así, el paso inicial para la designación pasaría por etapas de reclutamiento.

El *reclutamiento cerrado* de individuos que asumieron cargos de alcalde en la condición de designado, presenta como mecanismo, pero no exclusivamente, la articulación entre los niveles local y estatal. Esa permisividad del régimen, otorgando autonomía en la indicación de aspirantes a la designación, actuaba más o menos por un proceso de alianza y cooperación entre estas esferas.

Así, la designación es enmarcada conceptualmente: como *la fase final de un proceso de reclutamiento cerrado, articulado y compartido entre los ambientes local y estatal*. Cuando el ingreso de alcaldes en la actividad política se da por *reclutamiento cerrado*, ocurriendo después de diversas fases y niveles, el *acceso* a la carrera es guiado por el *selectorate*, “un cuerpo que selecciona candidatos. Compuesto por una, o varias personas”.²⁷ Existieron dos tipos de *selectorate* actuando en el reclutamiento de alcaldes en la fase local: (i) *selectorate partidario*: que tiene el partido como contexto del reclutamiento; y (ii) *selectorate no partidario*: con reclutamiento realizado por el Estado Mayor de las Fuerzas Armadas. Aunque varían en la cantidad de componentes y en las formas de selección, presentaban un fin común: proporcionar los nombres de aspirantes a la designación en lista, la llamada *lista triple*, como es indicado por la tipología presentada abajo

²⁷ “The selectorate is the body that selects the candidates. It can be composed of one person, or several or many people, up to the entire electorate of a given nation”. Hazan; Rahat (2001).

Tipologia del Reclutamiento en ASN



Fonte: Elaboração própria

Para detallar aún más el análisis, los *selectorate* fueron distribuidos en partes menores, denominadas *agências*. Esa división analítica localiza empíricamente en el interior de los *selectorate* los grupos o personas que actuaban en el reclutamiento, y, en ese sentido, la práctica del reclutamiento puede ser categorizada y cuantificada. Comprender estos niveles, permite medir las capacidades del régimen para designar alcaldes y hasta que punto el ámbito municipal fue dañado políticamente con la centralización estatal.

La siguiente tabla muestra que el *reclutamiento*, comprendido en el ámbito de dos *selectorate*, es subdividido en *agencias* (no considerando la designación directa) y concentra 77% del reclutamiento en el ambiente local. Otro dato que llama la atención es que 66,7% del reclutamiento ocurre en el ambiente institucional de Arena, siendo que 31,2% es impulsado por la agencia de la *comissão partidaria*, a la cual dedicaremos atención:

Reclutamiento por tipo de selectorate y agencia (1964-1985)

Tipo de Selectorate	Forma de reclutamiento	*Frec.	Porcent	Total (%)
Partidario	<i>Comissão Partidaria (Arena)</i>	30	31,25	66,7
	Comissão Mixta	15	15,62	
	Convenção Municipal (Arena)	13	13,54	
	Líder Ejecutivo	4	4,17	
	Líder Partidario	2	2,08	
No partidario	Designación Directa - Gobernador	13	13,54	33,3
	Designación Directa - Presidente de la República	6	6,25	
	Sustituto legal	6	6,25	
	Indicación Militar tras Casación	4	4,17	
	Comissão Militar	3	3,12	
Total		96	100,0	100,0

Fuente: elaboración propia. *No hay datos para los municipios de Tramandaí y TrêsPassos, 11 casos

El análisis de los datos permite verificar con seguridad que el proceso inicial de las candidaturas es realizado por élites que, de alguna forma, integran el Arena. Al concentrar estos procedimientos localmente, estas élites partidarias terminaron influyendo en el perfil de los aspirantes y en las opciones del régimen, compartiendo con el régimen el proceso que resultaría en la designación de los alcaldes.

5 Reclutamiento en agencia del *selectorate* partidario: la comisión partidaria

A partir del mapa general presentado, esta etapa del trabajo busca enfatizar el reclutamiento promovido por la comisión partidaria. Es necesario destacar que esta agencia de reclutamiento es formada exclusivamente por dirigentes de Arena local, los cuales deciden sus indicaciones através de consenso interno, momento en el cual también delimitan el perfil y finalmente, quien integrará la lista política, posteriormente enviada para evaluación del jefe ejecutivo estatal que hará la designación.

La *comisión partidaria* era formada, exclusivamente, por dirigentes de Arena local, agencia que delimitava el perfil y cuales candidatos integrarían la lista política, que posteriormente era enviada para evaluación del jefe ejecutivo estatal. La movimentación partidaria es captada en el momento que el jefe ejecutivo local anunciaba la sucesión. Antes de eso, la mayor parte de las designaciones es realizada directamente por el gobernador, por causa de la prohibición de las elecciones decretadas por el primer Acto Institucional publicado por los militares. La tabla abajo, presenta la condición en que los individuos desempeñan el cargo de alcalde en el período que empieza en 1964 y va hasta 1969: fase que marca el primer período de designaciones y distintas modificaciones en el orden político.²⁸

Condición que desempeña el cargo de alcalde entre 1964 y 1971

	Año de la Designación				Total
	1964	1966	1967	1969	
Designado		3	1	4	8
Alcalde elegido, después designado	5		1	1	7
Elegido, con mandato extendido	3	1			4
Elegido por la Cámara Municipal	2			1	3
Vice-Alcalde elegido	3				3
Alcalde Elegido	2				2
Presidente de la Cámara (interino)	1				1
Total	16	4	2	6	28

Fuente: elaboración propia

²⁸ Como la transición del pluripartidismo para el bipartidismo, el congelamiento de las elecciones dedicadas a escoger alcaldes, y la creación de las ASN en 1968.

Por causa de estas modificaciones, algunos individuos elegidos para el cargo de alcalde en 1963 permanecieron en estos cargos, extendidos hasta la creación de las ASN en 1968, hecho que permitió su designación. Entre 1966 y 1967, hubo un movimiento municipal emancipatório en la frontera Noroeste del estado gaúcho que promovió el origen de diversos municipios. En estas localidades, hay individuos que alcanzan el cargo debido a la creación del municipio, con el reclutamiento siendo realizado en el interior del grupo de emancipacionistas. Después de 1968, será observado el reclutamiento promovido por la agencia partidaria.

Así, cuando el jefe ejecutivo comunicaba su sucesión, el Arena buscaba identificar los aspirantes. Una definición más específica de *quien* presentava estos nombres, solamente sería posible através de observaciones cuidadosas del proceso en el interior de Arena. No es exagerado suponer que esos nombres eran presentados por jefe partidario – las entrevistas muestran este hecho. Sin embargo, el repertorio de la élite investigada destaca el reclutamiento como una acción de la minoría organizada, donde la decisión del “partido” termina diluyendo la individualidad, dando la impresión de consenso. El análisis destaca que alcaldes fueron insertados en la lista política debido a la posición del presidente del partido, la biografía individual, recursos sociales y patrimonio familiar. Así, el “consenso” partidario fue orientado por los recursos sociales de los indicados.

El ex-alcalde designado del municipio de Iraí, Urialde Pigatto, en su entrevista, narra como la agencia actuó en la elección de su nombre. Heredero de la actividad comercial de su familia, estaba en contacto directo con la población del municipio, su fuente de reconocimiento social. La vida privada también influyó en su indicación, ya que la unión matrimonial ocurrió con la integrante de una familia con tradicional participación en la política regional. Pigatto había desempeñado actividad política desde 1963, cuando fue elegido alcalde por el PSD. El cambio de régimen político impuesto por los militares en 1964, el hecho de integrar la situación política, sumado a la prohibición de nuevas elecciones, proporciona la permanencia de su mandato hasta el año 1968, debido a la creación de las ASN. En 1969 fue designado alcalde de Iraí, permaneciendo en el cargo hasta 1971.

La forma como *se organizaron y se formaban estas minorías que gobernaron en las ASN*, tiene como lócus privilegiado el partido político, en este caso, el Arena, donde el ejercicio del poder solamente era posible con la aprobación de las élites locales, de acuerdo con lo que fue narrado por Pigatto.

Entrevistador: ¿El Arena en el municipio escogió una lista triple y la envió al gobernador, o eso no ocurrió?

Urialde Pigatto: No.

Entrevistador: ¿No ocurrió?

Urialde Pigatto: No... Se reunieron y la indicación era mía. Porque las personas entendían que aquellos primeros cinco años en que yo fui alcalde en la época de la revolución, hice mi trabajo de forma relativamente buena, porque yo no dejé que se crearan conflictos dentro de la comunidad y de la sociedad. Defendí el municipio e hice en el municipio lo que necesitaba ser hecho, claro que en dosis homeopáticas, porque uno no podía hacer todo aquello que deseaba hacer, porque los recursos eran pocos. El gobierno del estado también

entendió que sería bueno que yo continuara, para realizar las cosas que yo había comenzado en el mandato electivo.
(Pigatto, Urivalde, 2012) – Iraí.

Pigatto reafirma que el motivo para su indicación está relacionado al hecho de ocupar el cargo de alcalde. Este padrón es evidenciado en otros diez casos – 9,35% de la población analizada.²⁹ De este grupo, cuatro fueron reclutados por la comisión partidaria. Sobre su sucesión, Pigatto describe el procedimiento utilizado por la comisión partidaria, la cual actuaba como una especie de “filtro”, modelando el perfil del político ideal. El escogido fue el profesor de Educación Física, Rui Born, concejal elegido por Arena en el año 1968, que posteriormente llegó al puesto de presidente de la cámara municipal, cargo del cual se licenció, para cumplir el mandato como alcalde designado, entre los años 1971 y 1980.

Entrevistador: ¿Cómo ocurrió su sucesión después de Rui Born?

Urivalde Pigatto: Mira, fue un poco discutida. Había cuatro figuras prominentes. Políticos de acá, jefes de política con una cultura mediana, no eran profesores. Algunos pretendían ser candidatos. Pretendían.

Entrevistador: ¿Usted puede citar el nombre de ellos, para que se pueda comparar? ¿Quiénes eran los candidatos, usted se acuerda?

Urivalde Pigatto: Mira, eran Mano Menegucci, Roberto Vargas, Amauri Cardoso Carpes y Antônio Baldin.

Entrevistador: ¿Todos esos enfrentándose?

Urivalde Pigatto: Ellos querían que saliera el nombre de uno de esos cuatro. Pero como eran personas con poca cultura, entendemos que no tenían capacidad administrativa para ir a Brasilia pelear por fondos, etc. Entonces, elegimos Rui Born porque él era profesor. ¿Entiende? Era joven, él podría ser, y fue aceptado. Ellos no pelearon. Concordaron. Rui Born fue indicado y él fue designado.

Entrevistador: ¿No fue hecha aquella votación en lista?

Urivalde Pigatto: No, no, no. La decisión fue solamente acá. Vinieron, si no me engaño, el diputado Fernando Gonçalves y Amaral de Souza, y la decisión fue tomada aquí. “Entonces fue fulano...”, creo que fue Fernando Gonçalves.

Entrevistador: ¿En el momento de la decisión ellos aparecían para ayudar a decidir, eso?

Urivalde Pigatto: Sí, eso.

Entrevistador: ¿Y ellos analizaban más o menos, diciendo: “Ese no puede, ese puede...”?

Urivalde Pigatto: No, no, no...Ellos, como líderes políticos, permitían que resolviéramos los temas político-partidarios. Aquel que decidíamos indicar, ellos apoyaban.

(Pigatto, Urivalde, 2012) – Iraí.

Esta parte de la entrevista destaca tres informaciones importantes: la primera está relacionada a los recursos sociales del reclutado (diploma y actividad profesional), la segunda cita la experiencia política (concejal) y la tercera la mediación del proceso por diputados. La actividad desarrollada por Rui Born (profesor), su período como concejal, sumado al hecho de ocupar cargo de

²⁹ (N=107)

presidente del partido, garantizaron el desplazamiento horizontal en la estructura social, como explica Bourdieu:

la tendencia de la trayectoria individual y, sobretudo, colectiva, comanda, através de las disposiciones temporales, la percepción de la posición ocupada en el mundo social y la relación encantada o desencantada con esas posiciones que es, sin dudas, una de las principales mediaciones através de las cuales se establece la relación entre la posición y las tomadas de posición políticas. (2007, p. 425)

El ejercicio de la profesión de profesor ofrecía al individuo cierta visibilidad en la sociedad, ya que existían pocos profesionales con diploma universitario³⁰ en la localidad, especialmente en las regiones de colonización reciente, como el Noroeste de RS, que en el año 1970 poseía municipios con menos de 10 años de existencia. La actividad educacional era sobrevalorada en todos los contextos analizados, lo que es explicado por el aislamiento geográfico de estas localidades, lejos de los grandes centros económicos. No eran capaces de atraer gran número de profesionales y, así, los que se aventuraban, debido a sus características personales, se destacaron y captaron la atención de los selectores de las agencias de reclutamiento.

El análisis socio-profesional demuestra que la clase de los profesores presenta mayor frecuencia entre los alcaldes designados en todo el período estudiado. Entre los 30 designados y reclutados por las comisiones partidarias entre 1964 y 1985, 20% pertenecen a la categoría de los profesores, 16,6% de comerciantes y 6,6% de veterinarios – que juntos representaron 43,4% del total de designados.³¹

Las entrevistas revelan que algunos nombres fueron insertados en la lista política por el presidente del partido, pero el hecho de alguien tener una trayectoria en el interior de la municipalidad, acerca estos individuos de los centros de poder, facilitando el reconocimiento de sus capacidades por parte del selectorate partidario.

Al ocupar cargos en secretarías y asesorías políticas en municipios ASN, esas personas adquirieron experiencia y ampliaron sus redes de relaciones, que operaban como una “fuente de crédito”,³² elemento de capacidad, que autorizaba los ocupantes de estos cargos para la actividad política. La distinción que el ejercicio de estas actividades públicas ofrecía a sus ocupantes, fue narrada por Paulo Martin Engers, ex-alcalde designado de Porto Xavier, que describió su proceso de sucesión que resultaría en la designación de Ovídio Kaiser.

³⁰ Según Daniel Gaxie, un índice para medir la representación política de una clase de diputados puede ser verificado por la aplicación de una fórmula matemática: (de diputados surgidos en determinada categoría social) / (de esa categoría en la población nactiva) X 100. Cf. Gaxie (2012, p. 165)

³¹ No hay información de profesión para nueve casos.

³² Este término es utilizado por Igor Gastal Grill en su análisis sobre el parentesco como una forma de recurso político. 2005, p. 138.

Kaiser, antes de su designación, actuaba como profesor, trabajo cumplido en la Escuela Normal Rural La Sale del municipio gaúcho de Cerro Largo. Su trayectoria en la vida pública empezó en 1966 en la secretaría de administración de Porto Xavier, invitado por el alcalde designado Hugo Feier. En la administración de Engers, Kaiser permaneció ejerciendo sus actividades en la secretaría, hasta tomar posesión como alcalde designado, cuyo mandato fue cumpliendo en plena transición para la actual democracia (1979-1985).

Paulo Martin Engers: La situación era difícil, no era fácil conseguir personas para trabajar, había poca gente, entonces fui perdiendo la motivación, y no quise quedarme, y le dije a Amaral [de Souza] que saldría e indicaríamos otro; e indicamos otro nombre, Ovídio Kaiser, él fue mi secretario de administración; él continuó lo que comenzamos.

Entrevistador: ¿La indicación de Ovídio Kaiser como su secretario fue un factor importante para la designación?

Paulo Martin Engers: Sí, claro. Él estaba dentro de la máquina administrativa, era más fácil.

Entrevistador: Los competidores de Ovídio Kaiser eran débiles...

Paulo Martin Engers: En la época él era el mejor, no fue mal escogido. Estaba informado sobre educación, sabía como funcionaba la máquina, y ya actuaba desde la época de Hugo [primer interventor] y estaba dentro de la educación, era una persona que estaba incorporada en aquel ambiente. Él pasó por tres administraciones, la de Hugo, la mía y la suya.

(Engers, Paulo Martin, 2012) – Porto Xavier

La experiencia política y la actividad profesional desarrollada por los alcaldes antes de la designación fueron consideradas por los selectores como fuente de legitimidad para la actividad política.

En la actividad del reclutamiento, el Arena poseía una gran autonomía para la composición de la lista triple. Esa concentración de poder, acumulada por la comisión partidaria, admitió la indicación del futuro alcalde designado en muchos municipios. Al indicar apenas un nombre en la lista, el partido limitavala escoja del gobernador, evitando que grupos y redes políticas controlaran el proceso de selección y recomendación del alcalde, garantizando el dominio sobre la estructura de las municipalidades. En este aspecto, el reclutamiento promovido por la comisión partidaria, ofrece evidencias de que el proceso de selección de candidatos no se restringe a la comisión partidaria, pero está abierto a la actuación de otras fuerzas, las cuales pueden definir la inclusión de nombres en las listas, y hasta apuntar el candidato que debería ser designado.

Al limitar la cantidad de candidatos, el partido definía en el ámbito local quien sería designado. Ese tipo de arreglo demuestra centralización y exclusividad de Arena en el proceso, como es visto en el testimonio del ex-alcalde designado de Dom Pedrito, José Caminha Coelho Leal. Aunque era descendiente de una familia de ganaderos sin participación en la vida política de la región, Leal reconoce que su indicación fue fruto de la ligación que poseía con individuos prominentes en el escenario político nacional y regional, debido a su posición en el sindicato, así como

a su actuación profesional como veterinario, que le daba un espacio privilegiado para mantener contacto con la clase de los empresarios rurales:

Entrevistador: ¿Algún diputado le ofrecía algún tipo de soporte?

José Caminha Coelho Leal: Sí, el Diputado Nelson Marchezan, cuya familia vivía y aún vive en Dom Pedrito. Tiene propiedades de cultivo de arroz y de ganado aquí en Dom Pedrito.

Entrevistador: ¿Cómo usted define el vínculo con Marchezan? ¿Era fuerte, de amistad?

José Caminha Coelho Leal: Sí, siempre fue de amistad muy fuerte, y desde la época que él era diputado federal y fue presidente de la Cámara. Allí, él tenía un vínculo muy grande y muy cercano con Dom Pedrito, através de los propios familiares que vivían acá, sus padres vivían acá en Dom Pedrito.

Entrevistador: ¿Usted cree que el apoyo del diputado... tenía un cierto peso para la designación del alcalde?

José Caminha Coelho Leal: Yo creo que sí. ¿Él era diputado federal en la época, correcto?

Entrevistador: ¿En su designación específicamente, usted tuvo algún tipo de apoyo de las Fuerzas Armadas, de algún General, que seleccionava: “esa persona puede, esa no puede”? ¿Como funcionó?

José Caminha Coelho Leal: No, eso no. Creo que no.

Entrevistador: ¿Ellos no opinaban?

José Caminha Coelho Leal: Creo que no. No.

Entrevistador: Usted fue...

José Caminha Coelho Leal: Yo tuve una relación muy cercana con el Presidente Médici, después que él dejó la Presidencia de la República, porque él tenía una casa aquí en el municipio de Dom Pedrito.

Entrevistador: ¿Eso le abrió algún tipo de canal con el Gobierno?

José Caminha Coelho Leal: Sí, yo creo que sí, creo que en la época sí.

Entrevistador: ¿Usted fue escogido para ser un alcalde por causa de sus características técnicas?

José Caminha Coelho Leal: [hace una expresión de duda]

Entrevistador: ¿O por las características políticas?

José Caminha Coelho Leal: Yo creo que por las dos cosas, yo creo que sí. Por actividad que yo siempre tuve en el área de la creación de ganado, en el área de la agricultura y del ganado, digamos. Trabajé en la asesoría de la cooperativa de carnes y lanas, siempre en la actividad agrícola y ganadera.

(Leal, José Caminha de, 2012) – Dom Pedrito

Aún así, fueron utilizados resultados electorales para definir selecciones, como lo que ocurrió en el municipio de Quaraí, según relato del ex-alcalde designado Juarez Custódio Gomes. Nacido en Rio de Janeiro, hijo de un profesor de historia y una empleada doméstica; en la enseñanza media participó de movimientos de estudiantes (1954); recibió su grado en medicina veterinaria en Santa Maria/RS; se incorporó, através de selección, al Ejército, desarrollando actividades de inspección de alimentos en Bagé, Uruguaiana y Quaraí. Las acciones ACISO, un trabajo social proporcionado por el Ejército a las poblaciones locales, que ofrecía servicios médicos, odontológicos, etc., tornan Gomes conocido en la comunidad y en 1976 fue elegido vereador por Arena, conquistando 1.892 votos, siendo el más votado entre los partidos. Y, debido a esa conquista electoral, fue escogido para alcalde designado:

Juarez Custódio Gomes: Mi designación ocurrió por votación, fui el [concejal] más votado, yo sólo tuve más votos que todo el MDB, eran siete mil quinientos electores. Yo tuve mil ochocientos noventa y dos votos. Fue la mayor votación proporcional. Había un candidato a alcalde aquí, el Dr. Jacinto, el cual era el candidato del alcalde por la parte militar, y había otro candidato que era gerente del Banco do Brasil, no me acuerdo del otro. Pero yo fui elegido por causa de mi votación, no fui elegido porque era militar.

Entrevistador: ¿Hubo votación en el interior de Arena?

Juarez Custódio Gomes: Hubo en la dirección, la dirección colocó los tres [más votados en 1976], entonces el gobernador, y la dirección estatal, decidieron colocar el más votado. Yo ni siquiera soñaba con eso. Fui designado por eso.

(Gomes, Juarez Custódio, 2012) – Quaraí

En el testimonio siguiente, Carlos Sá Azambuja, ex-alcalde designado de Bagé, relata el procedimiento del reclutamiento en el municipio, el cual colocaría Camilo Moreira, profesor y sargento del Ejército reformado (1945-1961), en la dirección de la municipalidad como alcalde designado. Moreira alcanzó gran prestigio social, ya que, además de ser graduado, era maestro en Historia, actuaba profesionalmente en diversas escuelas de la región, trayectoria que fue mezclada con pasajes por la política – fue elegido concejal por el PL en 1964.

Durante la administración del interventor Antônio Pires (1971-1975), Camilo Moreira recibió el puesto de Secretario de Educación de Bagé y posteriormente el cargo de alcalde designado (1975-1978). En 1977, se licenció y lanzó candidatura para diputado estatal, sustituyendo el actual diputado Celestino Goulart, que fue patrocinador de su designación delante del gobierno estatal (Lemiezeck, 2003, p. 257). La victoria electoral de Moreira dejó un vacío en la política local, y en ese contexto Azambuja llegará a la alcaldía de Bagé, a través de una intervención directa del presidente de la República.

Según Azambuja, el contenido de la lista triple que originó la designación de Camilo Moreira, fue apenas una formalidad, dato confirmado por otros entrevistados, lo que demuestra que el procedimiento no se restringía a la élite partidaria arenista, en el caso de Bagé, sin fuerzas y, por lo tanto, susceptible de la actuación externa

Entrevistador: ¿Cómo ocurrió la designación de Camilo Moreira, fue por intermediación?

Carlos Sá Azambuja: No. Fue el partido.

Entrevistador: ¿El partido?

Carlos Sá Azambuja: Camilo era un Sargento reformado del Ejército y profesor de escuelas aquí en Bagé. Una persona intachable, un hombre muy amable, un hombre lento y comedido, ¿entiendes? Que medía cada paso que daba y era concejal. Entonces, los políticos resolvieron actuar y, en el Gobierno del Estado, había un padrino que era el Diputado Estatal Celestino Goulart, quien hizo las maniobras para que Camilo fuera el alcalde designado.

Entrevistador: ¿Había otros concurriendo con él en aquel momento?

Carlos Sá Azambuja: No. Nadie con fuerza.

Entrevistador: ¿No?

Carlos Sá Azambuja: No.

Entrevistador: Solamente él, era el...

Carlos Sá Azambuja: Era él...

Entrevistador: ¿Él fue escogido por el Partido y colocaron dos nombres mas, porque así era el sistema?

Carlos Sá Azambuja: Era solamente para tener una forma.

Entrevistador: ¿Solamente como una formalidad?

Carlos Sá Azambuja: Sí.

(Azambuja, Carlos Sá, 2012) – Bagé

El historiador, Cláudio Leão Lemieszek (2003), através del testimonio de Benjamim Vaz da Silva (que fue jefe de gabinete de Moreira) relata con exactitud el momento del reclutamiento, capitaneado por Celestino Goulart, portavoz del gobernador:

El diputado Celestino Goulart hizo aquí en Bagé, con los concejales individualmente, con el conjunto de ellos y con el directorio, cuatro o cinco reuniones, incluso pidió a los concejales que expusieran el perfil de candidato ideal para alcalde. El perfil imperante era de una persona joven, que tuviera buena comunicación con la juventud (el prof. Camilo enseñaba para la mayoría de los jóvenes de la ciudad) y con políticos de Bagé. Celestino escuchaba y en Porto Alegre confabulaba con el gobernador Guazzelli. Creo que fue la persona que más influyó en el proceso de indicación. Lemieszek (2003)

Esa entrevista inserta un nuevo dato en el proceso de reclutamiento de alcaldes promovido por la comisión partidaria, además de la trayectoria y el capital social medido por las conexiones con personas influyentes y con acceso a los principales centros de poder de los gobiernos estatal y federal, como factores que determinarían quien sería designado. Contar con el apoyo de un diputado con acceso privilegiado al gobernador, demuestra el capital social (mantenido entre el indicado y el diputado y entre el diputado y el gobernador) como factor decisivo de la designación de Moreira. El diputado transitava con facilidad entre el ambiente local y el estatal, sirviendo como elemento de enlace entre los niveles. Su presencia es recurrente en los relatos.

En época electoral, la lealtad es movimentada por el alcalde, através de la máquina de la municipalidad, beneficiando la candidatura de algún diputado, demostrando que la comisión partidaria ni siempre concentra el poder indicativo, ya que los tres nombres de la lista triple representaban apenas una formalidad política. En ese caso, el candidato fue definido por el diputado y no por el *selectorate*.

Al analizar la trayectoria de los alcaldes reclutados por el selectorate partidario en cargos electivos y ocupantes de posiciones en la administración pública, encontramos un dato interesante, el cual ofrece evidencias de que el reclutamiento cerrado considera otros criterios, no apenas la experiencia en la política.

Hecho destacado por Jair Soares, ex-gobernador del estado de Rio Grande do Sul elegido en 1982, que ejerció el cargo en el momento en que el país inició su pasaje del autoritarismo para la democracia.

La transición política presenta un padrón híbrido, al congregar aspectos democráticos y autoritarios, hecho verificado, por ejemplo, por la continuidad del sistema de designaciones, prerrogativa conservada por los gobernadores elegidos y ejercida hasta 1985, lo que, según Jair Soares, exigía una postura diferenciada en el momento del reclutamiento, considerando nombres viables para la designación.

Así, tener el mayor número de apoyos y algún tipo de experiencia en la política era parte del perfil de un aspirante a la designación. La ausencia de estas calidades fueron compensadas por la posesión de recursos individuales, y por el capital social,³³ medido por el *total de los recursos reales o potenciales que están ligados a la posesión de una red perdurable de relaciones más o menos institucionalizada de conocimiento y reconocimiento mutuo*.³⁴ Bourdieu (1980, p. 2). Un ejemplo de recurso real puede ser expresado por el capital económico y por el capital simbólico ofrecido por el nombre de la familia, el linaje familiar.³⁵ El capital social será encontrado en la forma de relaciones sociales, de comercio, activismo político, y hasta en la guerra. En la mayoría de las veces, la indicación y designación fueron garantizadas en este formato. Comprender este proceso es como montar un rompecabezas.

Según Soares, la primera parte de este juego comenzaba en el ambiente local, con la indicación de un nombre o de nombres en listas elaboradas por agencias, *“personas que ellas creían que podrían ser representantes. Alguien que tuviera identidad con el municipio”*. El indicado debería poseer un “registro impecable” y aptitudes para el cargo, pues *“no se podía inventar alguien de la noche a la mañana, él debería ser o un gran empresário o un buen administrador; él debería tener, de la sociedad, de la comunidad, un apoyo que no trajera problemas en el futuro”*. Ellos sabían que iban a encontrar alguien que estaba sentado en la silla de gobernador que exigía todos estos criterios, y de esta forma deberían verificar la ficha de sus indicados en los órganos de información, evitando que el gobierno interviniera en el municipio a través de la indicación de un alcalde venido de otra localidad.

³³ Para una discusión del concepto de capital social ver: Portes (1998)

³⁴ “Le capital social est l’ensemble des ressources actuelles ou potentielles qui sont liés à la possession d’un *réseau durable de relations* plus ou moins institutionnalisés et d’interconnaissance et d’interreconnaissance; ou, en d’autres termes, à l’*appartenance à un groupe*, comme ensemble d’agents qui ne sont pas seulement dotés de propriétés communes (susceptibles d’être perçues par l’observateur, par les autres ou par eux-mêmes) mais sont aussi par des *liaisons* permanentes et utiles. Ces liaisons sont irréductibles aux relations objectives de proximité dans l’espace physique (géographique) ou même dans l’espace économique et social parce qu’elles sont fondées sur des échanges inséparablement matériels et symboliques dont l’instauration et la perpétuation supposent la reconnaissance de cette proximité. Le Volume du capital social que possède du réseau des liaisons qu’il peut effectivement mobiliser et du volume du capital (économique, culturel ou symbolique) possédé en propre par chacun de ceux auxquels il est lié.” Bourdieu (1980)

³⁵ Cf. De Saint Martin (1980).

Entonces vea que, existiendo este principio, cuando yo tenía que escoger los interventores en las ASN, que son los alcaldes interventores, yo tenía responsabilidad. Lidiaba con mucha seriedad con aquello, tanto que teníamos una asesoría personal que controlaba un archivo con todas las indicaciones, para que pudiéramos cobrar después, si hubiera alguna falla. En solamente un municipio hubo problema, pero fue despedido inmediatamente. (Soares, 2015)

Algunos supuestos utilizados por los gobernadores para justificar escojas iniciaban por el contacto directo de su asesoría, emisarios o del propio gobernador con la sociedad. Para eso, ellos consultaban: *i*) representantes partidarios de Arena y después PDS (local y regional); *ii*) Clubes de servicios (Rotary y Lions Club); *iii*) asociaciones de productores rurales y sindicados de clase locales; *iv*) la clase política (líderes políticos locales, concejales, diputados y, en algunos casos, ministros). A través de esa forma de actuación, el gobierno estatal consideraba amplios sectores de la “ingeniería social”, consultaba instituciones y personas:

En cada uno de estos municipios, el sistema era ese, había varios candidatos. Hasta el partido de oposición, que no participaba de forma directa, pero indirectamente. Cuando había alguna restricción al nombre que estaba más notorio, ella también se manifestaba, pero contra. Entonces, todo eso interesaba: era necesario tener una figura irreprochable, la capacidad técnica para el ejercicio de un cargo de alcalde, que tuviera también un apoyo, vamos a decir, mínimo. Lo ideal es que él tuviera el máximo de apoyo, nosotros siempre buscábamos eso.

Sin embargo, era necesario que fuera alguien que no trajera alguna mancha en su historia personal, en su vida, porque él pasaría a ejercer un cargo de gran significado e interés en la administración pública de aquel municipio.

Entonces, había una gran presión. Llegaban comisiones del interior trayendo nombres, en lo que se podría llamar de listas, o si no vinieran listas, un nombre separado, que sería examinado con las otras indicaciones de la misma comunidad. Entonces era, digamos, una verdadera corrida, para buscar el mejor para aquel cargo, bajo el punto de vista de la sociedad, y, claro, bajo el punto de vista del partido, del que estaba en el gobierno, había también una preferencia por alguien. (Soares, 2015)

El postulante debería ser reconocido por sectores de estas sociedades locales, pero también fue esencial constituir conexiones con políticos de otros niveles, asegurando así algún apoyo en el gobierno estatal, evidenciando que la designación no se resumía apenas a una etapa de selección partidaria, pero involucraba mucha articulación. Del punto de vista del gobierno estatal, las conexiones con dirigentes de entidades municipales y con políticos de diversos sectores, disminuían las incertidumbres del gobierno con relación al nombre indicado.

La consulta a otros líderes municipales cumplía el papel de confirmar o no un nombre que muchas veces, según Soares, “parecía atender al partido, porque

venía con aquellos miembros del partido, y algunos de la sociedad”. Es en ese sentido que la indicación de las agencias no era suficiente para la designación, “cuando iba contra la verdad, en el municipio, uno veía: *no, ese tiene restricciones, ocurrió aquello con él, no es un tipo con experiencia, su familia no es recomendable*”. Era imperativo al gobernador reunir informaciones, “*filtrar aquel nombre, examinar integralmente. La ventaja estaba en que, si él tuviera buena actuación, uno tendría resultados*”.

Entonces, la experiencia es algo que debe ser considerado, si existe alguien que fue concejal en el municipio, presidente de un club recreativo, presidente o participante de un club de servicios, que fue un bombero honorario, que no tuvo beneficios, que estaba allí por espíritu público, por ser un colaborador, y ese nombre viene en una lista, o junto con otros nombres en un municipio, todo eso es analizado. Ese tipo, sin tener beneficios, ya hizo cosas, imagine él ahora con toda la fuerza de una designación de alcalde, ¿que no podrá hacer? Entonces, estas cosas deben ser consideradas. Es claro que la vida de las personas, de los padres, de la familia, amigos, tiene influencia, como aquella vieja frase “dime con quien andas y te diré quien eres”. (Soares, 2015)

El criterio del gobernador era el mismo de la comisión partidaria: designar, entre el grupo de indicados, individuos que aparentaban ser los mejores, o con más recursos, y mejores referencias. Con eso, hay base para afirmar la existencia de una articulación entre el ambiente local y el estatal con relación a las designaciones.

El gobierno, en la imposibilidad de realizar elecciones, permitió la realización de procesos alternativos de selección que terminaron impactando directamente en el perfil de los seleccionados. En pocas palabras: individuos con las mejores cualificaciones, integrantes de familias políticas, y con amplio capital social, diplomas de enseñanza superior y postgraduados.

Consideraciones finales

Al revisar la literatura, se puede identificar que el tema del reclutamiento partidario es poco explotado, sea en períodos democráticos o en el autoritarismo brasileiro. El objetivo fue verificar como se organizaban y se formaban las minorías que gobernaron las ASN, seleccionadas específicamente en una agencia, la comisión partidaria. Como conclusiones, se puede extraer que el Arena ejerció un relativo control sobre el perfil y la oferta de carrera política en las ASN.

En los procedimientos de elección de candidatos, el Arena fue responsable por organizar y gestionar el conflicto, explicando el motivo porque la mayoría de las indicaciones ocurren en ese ambiente. Cuando analizamos el reclutamiento con base en la tipología, se identifican diferencias en la forma como esas élites producían la lista triple. La descripción del proceso utilizado por la comisión partidaria demuestra

la existencia de variaciones, caso a caso y dentro de una misma agencia, evidenciando claramente un proceso de especialización que varió en el tiempo (entre 1964 y 1985), y en el espacio (de ASN para ASN).

El proceso usado para la producción de la lista triple revela la existencia de etapas y niveles, y la designación puede ser entendida como un procedimiento de reclutamiento, el cual es compartido entre los ambientes local y estatal. Las agencias eran responsables por apuntar personas que integrarían la lista política, de la cual saldría el nombre del alcalde designado.

Hay casos donde el partido impuso una lista política que contenía apenas un nombre, demostrando que la agencia poseía amplio poder de deliberar quien gobernaría. Los selectores, al adoptar este comportamiento, hacían parte de la decisión del gobernador, procedimiento que permite relativizar las capacidades de la centralización como única entidad con poder de designación.

El reclutamiento partidario es susceptible y permeable a la interferencia de agentes externos. Eso puede ser verificado cuando diputados auxilian las agencias durante los procedimientos de reclutamiento, o cuando diputados, líderes partidarios y ejecutivos imponen candidatos, utilizando el partido para formalizar la lista triple; o cuando la responsabilidad de llevarla lista queda en las manos de un diputado, burocrata o líder político. Ese tipo de procedimiento puede ayudar a comprender la selección de candidatos en democracias, como algo sujeto a interferencias externas al partido.

En ese aspecto, la ausencia de elecciones y directrices para la escoja de candidatos a la designación promueve el desarrollo de formas alternativas de reclutamiento. Las agencias concentrarían ese papel, seleccionando los individuos con las mejores cualificaciones. La competencia técnica, expresada por la profesión, la experiencia en cargos de la administración estatal o en cargos electivos, fue considerada por las agencias en el momento de sus selecciones. La cercanía a los centros de poder municipal permitirá a diversos individuos ampliar el capital social y obtener el apoyo de alcaldes y otros dirigentes políticos, puntos reconocidos por los selectores de las agencias como esenciales para el ejercicio de la actividad política.

Los capitales de notoriedad presentados y construídos³⁶ a lo largo de la trayectoria de los individuos que se tornarían alcaldes designados, permitieron la construcción de una reputación que se inclinaba para el bien o para el mal. La ocupación profesional y los recursos sociales ofrecieron oportunidades para la visibilidad individual, donde la actividad profesional predispone ese individuo para la actividad política y el *selectorate* para reconocerlo como alguien preparado. La

³⁶ “El mandatario del Estado es el depositario del sentido común: los nombramientos oficiales y los certificados escolares suelen tener un valor universal en todos los mercados. El efecto más típico de la “razón de Estado” es el efecto de codificación que actúa en operaciones tan simples como la concesión de un certificado: un expert, doctor, jurista, etc., es alguien que recibió un mandato para producir un punto de vista que es reconocido como trascendente con relación a los puntos de vista singulares, bajo la forma de certificados de enfermedad, de invalidez o de habilitación, un punto de vista que concede derechos universalmente reconocidos al titular del certificado. El Estado aparece, de esa forma, como el banco central que garantiza todos los certificados”. Bourdieu (2004b).

designación representaba la sedimentación y el reconocimiento social de su liderazgo, con el poder de *“tornar visibles, tornar explícitas, las divisiones sociales implícitas, es el poder político por excelencia: es el poder de hacer grupos, de manipular la estructura objetiva de la sociedad.”* Bourdieu (2004b)

Referências

ABRUCIO, F.; SAMUELS, D. A “Nova Política dos Governadores: Política Subnacional e Transição Democrática no Brasil. **Lua Nova**, v. 40/41, p. 138–326, 1999.

ALESSIO, N.; LOPES, I. M. M. Transformação Política ao Nível do Poder Local - estudo de caso (Caxias) - relatório preliminar. **Revista de Ciência Política**, v. 5, n. 4, p. 43–88, 1971.

BOLOGNESI, B. **Caminhos para o poder**: a seleção de candidatos a Deputado Federal nas eleições de 2010, 2013. Tese (Doutorado) UFSCAR.

BOURDIEU, P. Le capital social: notes provisoires. **Actes de la recherche en sciences sociales**, v. 31, p. 2–3, 1980.

BOURDIEU, P. **O poder simbólico**. Lisboa: Difel, 2004a.

BOURDIEU, P. **Coisas ditas**. São Paulo: Brasiliense, 2004b.

BOURDIEU, P. **A distinção**: crítica social do julgamento. Porto Alegre: Edusp, 2007.

CODATO, A.; CERVI, E. U.; PERISSINOTTO, R. M. Quem se elege prefeito no Brasil? Condicionantes do sucesso eleitoral em 2012. **Cadernos ADENAUER**, v. XIV, p. 61–84, 2013.

CODATO, A.; COSTA, L. D.; MASSIMO, L. Classificando ocupações prévias à entrada na política: uma discussão metodológica e um teste empírico. **Opinião Pública**, v. 20, n. 3, p. 346–362, 2014. Universidade Estadual de Campinas.

COSTA, L. D.; CODATO, A. Profissionalização ou popularização da classe política brasileira? Um perfil dos Senadores da República. *In*: MARENCO, A. **Os Eleitos**: Representação e carreiras políticas em democracias. Editora da Ufrgs, 2012.

COSTA, L. D.; CODATO, A.; MASSIMO, L. **Codificando profissões em estudos de elites políticas**: uma discussão metodológica e tipológica. Curitiba: NUSP/UFPR, 2013.

FLEISCHER, D. **O recrutamento político em Minas 1890-1918**: análise dos antecedentes sociais e das carreiras políticas de 151 deputados federais. Belo Horizonte: Edição da Revista brasileira de estudos políticos Imprensa da Universidade Federal de Minas Gerais, 1971.

FLEISCHER, D. O Trampolim político: mudanças nos padrões de recrutamento político em Minas Gerais. **Revista de Administração Pública**, v. 7, n. 1, p. 99–116, 1973.

FLEISCHER, D. A cúpula mineira na Velha República: as origens sócioeconômicas e recrutamento de governadores, vice-governadores e deputados federais. **Rev. de Ciência Política**, v. 20, n. 4, 1977a.

FLEISCHER, D. A Bancada Federal Mineira: trinta anos de recrutamento político, 1945/1975. **Revista Bras. de Estudos Políticos**, , n. 45, 1977b. Edinburgh.

FLEISCHER, D. A redemocratização em Minas: recrutamento à Assembléia Legislativa Mineira, 1947-1977. In: **Cadernos do Departamento de Ciência Política**. n. 4, 1977c. Belo Horizonte.

FLORENTINO, R. Saindo de Cena: parlamentares que desistem da disputa eleitoral (1990-2006). **Revista de Sociologia e Política**, p. 45–63, 2008.

GALLAGHER, M.; MARSH, M. **Candidate Selection in Comparative Perspective**. The Secret Garden of Politics. Sage Publications, 1988.

GAXIE, D. As lógicas do recrutamento político. **Revista Brasileira de Ciência Política**, p. 165–208, 2012.

GRILL, I. G. Parentesco e política no Rio Grande do Sul in Antropolítica. **Revista Contemporânea de Antropologia e Ciência Política**. Niteroi: EdUFF, 2005.

HAZAN, R. Y.; RAHAT, G. Candidate Selection Methods: An Analytical Framework. **Party Politics**, v. 7, p. 297–322, 2001.

HAZAN, R. Y.; RAHAT, G. The influence of candidate selection methods on legislatures and legislators: Theoretical propositions, methodological suggestions and empirical evidence. **The Journal of Legislative Studies**, v. 12, n. 922095907, p. 366–385, 2006.

HAZAN, R. Y.; RAHAT, G. **The Influence of Candidate Selection Methods on Legislatures and Legislators**: Theoretical Propositions, Methodological Suggestions and Empirical Evidence in: Comparing and Classifying Legislatures. Routledge, 2013.

LAMOUNIER, B.; KINZO, M. Partidos políticos, representação e processo eleitoral no Brasil, 1945-1978. **Boletim Informativo Bibliográfico**, n. 5, p. 117–139, 1978.

LEMIESZEK, C. DE L. **Governos e governantes de Bagé – 1964-1978**. Bagé: Praça da Matriz, 2003.

MARENCO DOS SANTOS, A. **Não se fazem mais oligarquias como antigamente**: recrutamento parlamentar, experiência política e vínculos partidários entre deputados brasileiros, 2000. UFRGS.

MASSIA, L. A CARREIRA POLÍTICA DOS GOVERNADORES ELEITOS NO BRASIL. ufpel.edu.br, 2010.

MASSIA, L. P. **A carreira política dos governadores eleitos no Brasil (1994-2010)**. Gramado, 2012.

MIGUEL, L. F. Capital político e carreira eleitoral: algumas variáveis na eleição para o Congresso brasileiro. **Revista de Sociologia e Política**, n. 20, p. 115–134, 2003.

MOREIRA, M. T. V. A Renovação dos Quadros Políticos na Guanabara. **Revista de Ciência Política**, v. 1, n. 1, p. 128–148, 1967.

MOSCA, G. **Elementi di scienza politica**. 2a. ed. Torino: FRATELLI BOCCA EDITORI, 1923.

NORRIS, P. **Passages to power**: Legislative recruitment in advanced democracies. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

NORRIS, P. Recruitment into the European Parliament. **The European**, 1999.

NORRIS, P. RECRUTAMENTO POLÍTICO. **Revista de Sociologia e Política**, v. 21, n. 46, p. 11–32, 2013. Curitiba.

NORRIS, P.; LOVENDUSKI, J. **Political recruitment**: gender, race, and class in the British Parliament. Melbourne: Cambridge University Press, 1995.

PATERSON, P. **The selectorate**: the case for primary elections in Britain. 1967.

PERES, P.; MACHADO, A. Analisando o Recrutamento Partidário: Proposta de um modelo classificatório. 37o Encontro Anual da ANPOCS de 23 a 27 de Setembro. **Anais...**, 2013. Águas de Lindóia.

PERISSINOTTO, R. M. **As elites políticas**: questões de teoria e método. 2003.

PERISSINOTTO, R. M.; BOLOGNESI, B. Recrutamento político no PT e no PFL paranaenses nas eleições de 2006: sugestões de pesquisa. **Mediações - Revista de Ciências Sociais**, v. 14, n. 1, p. 143–169, 2009.

PERISSINOTTO, R. M.; MIRÍADE, A. Caminhos para o parlamento: candidatos e

eleitos nas eleições para deputado federal em 2006. **Dados**, v. 52, n. 2, p. 301–333, 2009.

PERISSINOTTO, R. M.; VEIGA, L. F. Profissionalização política, processo seletivo e recursos partidários: uma análise da percepção dos candidatos do PT, PMDB, PSDB e DEM nas eleições para Deputado Federal de 2010. **Opinião Pública**, v. 20, n. 1, p. 49–66, 2014.

PITTA, N. A. M.; ARRUDA, J. M. Composição Sociológica da Assembléia Legislativa do estado da Guanabara. **Revista de Direito Público e Ciência Política**, v. 9, n. 3, p. 65–81, 1966.

PORTES, A. Social Capital: Its Origins and Applications in Modern Sociology. (E. L. Lesser, Org.) **Annual Review of Sociology**, v. 24, n. 1, p. 1–24, 1998. Annual Reviews.

REIS, J. **O Rio de Janeiro e seus prefeitos: evolução urbanística da cidade**. Rio de Janeiro: Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro, 1977.

RODRIGUES, L. DA S. **Elites Políticas em três perspectivas: origem social, carreira pública e valores dos membros dos poderes executivo e legislativo de Ponta Grossa/PR**, 2006. UFPR.

DE SAINT MARTIN, M. Une grande famille. **Actes de la recherche en sciences sociales**, v. 31, n. 1, p. 4–21, 1980.

SIAVELIS, P.; MORGENSTERN, S. **Pathways to power: Political recruitment and candidate selection in Latin America**. University Park: Pensilvania State University Press, 2008.

Lista de Entrevistas

Entrevistado 12 – ENGERS, Paulo Martin. Entrevista concedida a Dirceu André Gerardi [25 out. 2012]. Porto Xavier.

Entrevistado 17 – PIGATTO, Uivalde. Entrevista concedida a Dirceu André Gerardi [09 nov. 2012]. Iraí

Entrevistado 20 – KIRCHOFF, Rudi Ervino. Entrevista concedida a Dirceu André Gerardi [10 nov. 2012]. Vicente Dutra.

Entrevistado 27 – AZAMBUJA, Carlos Sá. Entrevista concedida a Dirceu André Gerardi. [22 nov. 2012]. Bagé.

Entrevistado 29 – LEAL, José Caminha Coelho. Entrevista concedida a Dirceu André Gerardi [23 nov. 2012]. Dom Pedrito.

Entrevistado 33 – GOMEZ, JuarezCustódio. Entrevista concedida a Dirceu André Gerardi [07 dez. 2012]. Quaraí.

Entrevistado 37 – SOARES, Jair. Entrevista concedida a Dirceu André Gerardi [04 mai. 2015]. Porto Alegre.

Recebido em 19/12/2016

Aceito em 23/12/2016

**ADESÃO À CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS:
PROBLEMAS IDENTIFICADOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA AO
PROJETO DE ACORDO DA UNIÃO EUROPEIA**

**ACCESSION TO THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS:
PROBLEMS IDENTIFIED BY THE COURT OF JUSTICE TO THE DRAFT
AGREEMENT OF THE EUROPEAN UNION**

Anair Isabel Schaefer¹

Sumário: Considerações iniciais. 1 Adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos. 2 Projeto de Adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos. 3 Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça da União Europeia: Problemas Apontados e Ajustes Sugeridos ao projeto de Adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos. Considerações finais. Referências.

Resumo: O presente estudo analisa o Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça da União Europeia, que verifica a compatibilidade do Projeto de Adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos com o ordenamento comunitário. O objetivo deste estudo é analisar os problemas apontados e os ajustes sugeridos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia ao Projeto de Acordo de Adesão da União Europeia pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Palavras-chave: Tribunal de Justiça da União Europeia. Convenção Europeia de Direitos Humanos. Projeto de Acordo de Adesão da União Europeia.

Abstract: This study analyzes the Opinion 2/13 of the European Court of Justice to verify the compatibility of the Draft agreement on the accession of the European Union to the Convention on Human Rights with Community law. The objective of this study is to analyze the problems identified and the adjustments suggested by the Court of Justice of the European Union to the Draft Agreement on the Accession of the European Union.

Keywords: European Union Court of Justice. European Convention on Human Rights. Draft Agreement on the accession of the European Union.

¹ Professora. Doutora em Direito. Faculdade Dom Bosco Porto Alegre. E-mail: anairschaefer@hotmail.com.

Considerações iniciais

Uma inovação importante para a União Europeia² ocorreu, no Direito Comunitário,³ com o Tratado de Lisboa,⁴ mediante a inclusão da atribuição de competência para permitir a adesão à Convenção Europeia de Direitos Humanos.⁵

A adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos contribuiu para a proteção dos direitos humanos no âmbito do Direito Comunitário, na medida em que permite a inclusão dos direitos protegidos no âmbito regional à Carta de Nice, de 2000, do direito comunitário, formando um catálogo de direitos fundamentais e humanos.

Distinguem-se, portanto, dois momentos na União Europeia, no que pertence à proteção dos direitos humanos: antes e após a adesão.

Na Fase Pré-Adesão, os indivíduos integrantes da União Europeia têm a proteção dos direitos fundamentais limitada à atuação nacional quanto aos direitos protegidos pela Convenção, na sua relação direta com o Estado-Membro. Neste contexto, a proteção jurisdicional no Tribunal Europeu de Direitos Humanos restringe-se à alegação de violação da Convenção por um Estado-Membro que a ela aderiu expressamente. O Tribunal aprecia a atuação do Estado-Membro em relação à aplicação ou violação da Convenção. Contudo, não é possível apresentar demanda contra a União Europeia, sob o fundamento de que não estabelece diretrizes aos Estados-Membros para a conformidade com a Convenção, pois não há previsão. Constata-se, portanto, a existência de uma lacuna para esta proteção, no âmbito do direito comunitário, que poderá ser preenchida com um *standard* mínimo, permitindo um controle externo com a adesão. Graça Muniz, quanto à possibilidade de existência de controle externo sobre a “conformidade aos direitos fundamentais das atuações desenvolvidas no âmbito da União Europeia”,⁶ fundamenta pelo princípio da separação e interdependência dos poderes, pois permitirá a promoção de “um diálogo enriquecedor e saudável entre as várias comunidades de intérpretes através de instrumentos de interação e correção recíproca”.⁷

² MARTINS, Ana Maria Guerra. Constitucionalismo Europeu e Direitos Fundamentais após o Tratado de Lisboa. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/822-1351.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2015.

³ Direito *sui generis*. Ordenamento supranacional existente na União Europeia.

⁴ A União Europeia é formada pela união econômica e política de diversos países da Europa. Constituída por tratados internacionais, sendo atualizado por diversos tratados. O Tratado de Lisboa alterou os Tratados da União Europeia. Entrou em vigor em 1º de dezembro de 2009. Atualmente é constituída por 28 Estados-Membros. Os dois principais Tratados passam a chamar-se “Tratado da União Europeia” e “Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”.

⁵ Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, firmada em 04 de novembro de 1950. Chamada de Convenção Regional de Proteção dos Direitos Humanos na União Europeia. Atualmente, três sistemas de proteção regional dos direitos humanos estão em funcionamento: o Sistema Europeu, o Sistema Americano e o Sistema Africano.

⁶ MONIZ, Graça. Os termos da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem: da soberania do Bósforo ao escrutínio total. In: *Debater a Europa*. Periódico do CIEDA e do CEIS20, em parceria com GPE e a RCE, nº 9, julho/dezembro 2013. Disponível em: <<http://www.europe-direct-aveiro.nva.eu/debaterueropa/>> Acesso em: 18 dez. 2014.

⁷ Idem, *ibidem*.

Dessa forma, a adesão da União Europeia à Convenção Europeia preenche este espaço e permite uma efetiva proteção dos direitos humanos no direito comunitário, com a integração da proteção dos direitos fundamentais previstos na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.⁸ Poder-se-á verificar um sistema de freios e contrapesos [*checks and balances*] entre as duas ordens legais [a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a União Europeia], permitindo uma [espécie de] proteção subsidiária para os direitos fundamentais.⁹

Entretanto, a adesão à Convenção Europeia de Direitos Humanos requer um Acordo de Adesão da União Europeia.¹⁰ Este Acordo deve estar em consonância com os Tratados da União Europeia. Para tal finalidade foi efetuado um projeto de Acordo, submetido à apreciação do Tribunal de Justiça da União Europeia, competente para pronunciar-se sobre a compatibilidade com o ordenamento jurídico comunitário. O Tribunal de Justiça, no Parecer 2/13, pronunciou-se pela incompatibilidade do Acordo de Adesão com o direito comunitário, apontando os problemas encontrados e sugerindo alterações. Este trabalho propõe a apresentação dos principais problemas apontados e os ajustes sugeridos.

1 Adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos

A Convenção Europeia de Direitos Humanos foi adotada no quadro do Conselho da Europa em 1950 (4.11.1950) e complementada por um conjunto de 16 protocolos (14 em vigor e dois submetidos às assinaturas dos Estados-Membros), constituindo uma proteção dos direitos fundamentais. A Convenção está identificada em três capítulos: o primeiro, no qual dispõe sobre os direitos e as liberdades, constituída de 17 artigos (2 a 18); o segundo dispõe sobre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (funcionamento e competência), formado pelos artigos 19 a 51; e o terceiro estabelece as disposições diversas (reserva, denúncia, entre outras), previstas nos artigos 52 a 59.¹¹

Até o Protocolo nº 13 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, somente Estados-Nação, integrantes do Conselho da Europa,¹² poderiam aderir à

⁸ Idem, *ibidem*.

⁹ Ver: MONIZ, Graça. A adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem: Uma história sem fim. *Observatório Político*, publicado em 17/04/2013. Disponível em: <<http://www.observatoriotpolitico.pt/wp-content/uploads/2013/04/WP-Graça-Moniz-.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2014. Ver também: MONIZ, Graça. Os termos da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem: da soberania do Bósforo ao escrutínio total. In: *Debater a Europa*. Periódico do CIEDA e do CEIS20, em parceria com GPE e a RCE, nº 9, julho/dezembro 2013. Disponível em: <<http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debaterueuropa/>> Acesso em: 18 dez. 2014.

¹⁰ MICCO, Lucia de. *Adesione Dell'Unione Europea Alla Convenzione europea dei Diritti dell 'Uomo*: Attesa di um Finale. Associazione Italiani dei Costituzionalisti (AIC). Rivista nº 3/2012. Data pubblicazione: 18/09/2012.

¹¹ MONIZ, Graça. Os termos da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem: da soberania do Bósforo ao escrutínio total. In: *Debater a Europa*. Periódico do CIEDA e do CEIS20, em parceria com GPE e a RCE, nº 9, julho/dezembro 2013. Disponível em: <<http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debaterueuropa/>> Acesso em: 18 dez. 2014

¹² O Conselho da Europa (*Council of Europe, Conseil de l'Europe*) é uma organização internacional, fundada em 05 de maio de 1949, tendo por escopo a defesa dos direitos humanos, o desenvolvimento

Convenção. Para integrar o Conselho, o Estado-Membro deve observar o disposto no artigo 3º do Estatuto do Conselho, o qual reconhece o princípio da preeminência do direito e o princípio de que qualquer pessoa sob sua jurisdição goza dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais.¹³

Para que fosse possível a adesão de um organismo internacional foi realizado o Protocolo nº 14,¹⁴ permitindo, expressamente, a inclusão da União Europeia como membro, em seu artigo 17,¹⁵ com a alteração da redação do artigo 59 da Convenção. O Protocolo 14 entrou em vigor em 1º de junho de 2010. Segundo Cátia Sofia Martins Duarte, a adesão não é só um direito, mas uma obrigação.¹⁶

Além da permissão contida na Convenção Europeia de Direitos Humanos, também foi necessária a inclusão da permissão no direito comunitário. Assim, o Tratado de Lisboa¹⁷ incluiu, em suas alterações, a possibilidade de adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos, em seu artigo 6º, nº 2,¹⁸ com a ressalva de que não acarreta alteração das competências da União, atualmente definidas nos Tratados.¹⁹ Para que fosse possível a adesão da União Europeia, foi

democrático e a estabilidade política e social na Europa. Possui personalidade jurídica internacional. A Convenção Europeia de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos estão vinculados ao Conselho da Europa. A sede do Conselho é em Estrasburgo, na França. Quarenta e sete (47) Estados-Nação integram o Conselho de Estado.

¹³ DEITOS, M. A. A Adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos: Rumo a uma Quarta Camada de Proteção dos Direitos Humanos. *Direitos Fundamentais & Justiça*- ano 7, nº 24, jul./set. 2013, p. 113-133. Ver: MONIZ, Graça. A adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem: Uma história sem fim. *Observatório Político*, publicado em 17/04/2013. Disponível em: <<http://www.observatoriopolitico.pt/wp-content/uploads/2013/04/WP-Graça-Moniz-.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2014. Ver também: MONIZ, Graça. Os termos da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem: da soberania do Bósforo ao escrutínio total. In: *Debater a Europa*. Periódico do CIEDA e do CEIS20, em parceria com GPE e a RCE, nº 9, julho/dezembro 2013. Disponível em: <<http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debaterueuropa/>> Acesso em: 18 dez. 2014.

¹⁴ CONSELHO DA EUROPA. *Protocolo n.º 14 à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Aberto à assinatura, em Estrasburgo, em 13.05.2004. Entrada em vigor na Ordem Internacional: 01.06.2010. Disponível em:<<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/Protocolo14CEDH.html>>. Acesso em: 12 fev. 2013. Aberto à assinatura em 13.05.2004. Entrada em vigor em 01.06.2010.

¹⁵ *Ibidem*. Disponível em:<<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/Protocolo14CEDH.html>>. Acesso em: 12 fev. 2013. “Artigo 17º. O artigo 59º da Convenção tem as seguintes alterações: 1 - É introduzido um novo n.º 2, cujo teor é o seguinte: “2 - A União Europeia poderá aderir à presente Convenção.2 - Os nºs 2, 3 e 4 passam a ser, respectivamente, os nºs 3, 4 e 5.”

¹⁶ DUARTE, Cátia Sofia Martins. Contra quem formular uma queixa perante o tribunal Europeu dos Direitos do Homem depois da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem? Contributo para a compreensão do “mecanismo de co-demandado”. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/igc/pdf/papers/Texto.Pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2013.

¹⁷ UNIÃO EUROPEIA. Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União. *Jornal Oficial n.º C 326 de 26/10/2012*. p. 0001 – 0390. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012M%2FTXT>>. Acesso em: 12 mai. 2015. Convenção que reformou os tratados constitutivos da Comunidade Europeia, que passou a chamar-se União Europeia.

¹⁸ *Ibidem*. “Artigo 6º. 2. A União adere à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados.

¹⁹ Sobre o tema, ver MARTINS, Ana Maria Guerra. Constitucionalismo Europeu e Direitos Fundamentais após o Tratado de Lisboa. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/822-1351.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2015.

incluída, expressamente, no Tratado de Lisboa, a personalidade jurídica internacional da União Europeia.²⁰ Até então, este ingresso era objeto de debates, por não estar expressamente disposto em tratado constitutivo da União Europeia.²¹

Atualmente, embora todos os vinte e oito Estados-Membros da União Europeia integrem o Conselho da Europa e da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a União Europeia não é signatária da Convenção. Desta forma, os atos e omissões praticados por instituições, órgãos e agências da União Europeia não são objeto de proteção perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Assim, eventual fundamentação dos particulares, com a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, perante os tribunais da União Europeia, não assegura sua aceitação, pois não há vinculação ou submissão a estas decisões.²²

Com a inclusão, o indivíduo poderá buscar a proteção jurisdicional contra o Estado-Membro e contra a União Europeia, quando houver descumprimento dos termos da Convenção Europeia de Direitos Humanos.²³ Por outro lado, a adesão permite que um Estado-Membro e a União possam ingressar na lide na condição de codemandado, quando não incluídos pelo indivíduo na demanda (no polo passivo), mas que possam ser afetados pela decisão. Forma-se, com a adesão, o chamado triângulo judicial europeu, uma vez que, estando na demanda a União Europeia, será necessário o esgotamento das instâncias internas, devendo o recurso ser encaminhado para o Tribunal de Justiça da União Europeia e, posteriormente, a matéria poderá ser objeto de proteção jurisdicional pela Corte Europeia de Direitos Humanos.²⁴

O acordo de adesão requer a ratificação dos 47 Estados-Membros da Convenção Europeia de Direitos Humanos, conforme previsto nos artigos 218º, nº 6, alínea “a”²⁵ e nº 8,²⁶ ambos do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

²⁰ UNIÃO EUROPEIA. Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União. *Jornal Oficial nº C 326 de 26/10/2012*. p. 0001 – 0390. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012M%2FTXT>. Acesso em: 12 mai.2015. “TÍTULO VI - DISPOSIÇÕES FINAIS - Artigo 47º. A União tem personalidade jurídica.”

²¹ Sobre o tema, ver RUSSOWSKY, Iris Saraiva. A Relação do Direito Comunitário e o Direito Internacional Regional – A Adesão da União Europeia ao Sistema da Convenção Europeia de Direitos Humanos. In: *Cadernos de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, seer.ufrgs/ppgdir, vol VII – nº 1 (2012), p. 269-294.

²² DEITOS, M. A. “A Adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos: Rumo a uma Quarta Camada de Proteção dos Direitos Humanos.” *Direitos Fundamentais & Justiça*- ano 7, nº 24, jul./set. 2013, p. 113-133.

²³ MICCO, Lucia de. *Adesione Dell’Unione Europea Alla Convenzione europea dei Diritti dell’Uomo*: Attesa di un Finale. Associazione Italiani dei Costituzionalisti (AIC). Rivista nº 3/2012. Data pubblicazione: 18/09/2012.

²⁴ SCHAEFER, Anair Isabel. Multiplicidade de Controle de Direitos Fundamentais na União Europeia: Desafios para uma Proteção Eficiente dos Direitos Humanos. *Revista Cultura e Fé*, edição nº 148 (janeiro a junho de 2015), Ano 38. p. 9-25.

²⁵ UNIÃO EUROPEIA. Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União. *Jornal Oficial nº C 326 de 26/10/2012*. p. 0001 – 0390. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012M%2FTXT>. Acesso em: 12 mai.2015. “Artigo 218.o (ex-artigo 300.o TCE) 1. Sem prejuízo das disposições específicas do artigo 207.o, os acordos entre a União e países terceiros ou organizações internacionais são negociados e celebrados de acordo com o processo a seguir enunciado. [...]6. O Conselho, sob proposta do negociador, adopta uma decisão de celebração do acordo. Exceto nos casos em que o acordo incida exclusivamente sobre a política externa e de segurança comum, o Conselho adopta a decisão de celebração do acordo: a)

Ainda, requer a deliberação unânime do Conselho Europeu, depois de aprovado pelo Parlamento Europeu e pelos Estados-Membros, individualmente.²⁷

De forma a estabelecer as condições do Acordo de Adesão à Convenção Europeia de Direitos Humanos, conforme previstas no artigo 6.2²⁸ do Tratado da União Europeia, foi realizado o Protocolo nº 8. O artigo 1º desse Protocolo determina a inclusão de cláusula que preserve as características próprias da União.²⁹ O Protocolo nº 8 prescreve os contornos do Acordo, tendo por escopo preservar a autonomia da União Europeia,³⁰ “de modo a que as competências desta, tal como vêm definidas nos Tratados, não sofressem derrogações nem alterações em virtude do acordo de adesão”.³¹ Além disso, considera que o Acordo deve incluir cláusulas

após aprovação do Parlamento Europeu, nos seguintes casos: ii) acordo de adesão da União à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.”

²⁶ UNIÃO EUROPEIA. Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União. *Jornal Oficial nº C 326 de 26/10/2012*. p. 0001 – 0390. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012M%2FTXT>. Acesso em: 12 mai. 2015. “8. Ao longo de todo o processo, o Conselho delibera por maioria qualificada. Todavia, o Conselho delibera por unanimidade quando o acordo incida num domínio em que seja exigida a unanimidade para a adoção de um ato da União, bem como no caso dos acordos de associação e dos acordos com os Estados candidatos à adesão previstos no artigo 212º. O Conselho delibera também por unanimidade relativamente ao acordo de adesão da União à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. A decisão de celebração desse acordo entra em vigor após a sua aprovação pelos Estados-Membros, em conformidade com as respectivas normas constitucionais.”

²⁷ DUARTE, Cátia Sofia Martins. Contra quem formular uma queixa perante o tribunal Europeu dos Direitos do Homem depois da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem? Contributo para a compreensão do “mecanismo de co-demandado”. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/igc/pdf/papers/Texto_Pdf>. Acesso em: 20 jul. 2013.

²⁸ UNIÃO EUROPEIA. Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União. *Jornal Oficial nº C 326 de 26/10/2012*. p. 0001 – 0390. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012M%2FTXT>. Acesso em: 12 mai. 2015. “Artigo 6º. 2. A União adere à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados. De forma alguma o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados.”

²⁹ UNIÃO EUROPEIA. Protocolo (n.º 8 relativo ao n.º 2 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia respeitante à adesão da União à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. In: UNIÃO EUROPEIA. Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União. *Jornal Oficial nº C 326 de 26/10/2012*. p. 0001 – 0390. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012M%2FTXT>. Acesso em: 12 mai. 2015. “Artigo 1º. O acordo relativo à adesão da União à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (adiante designada «Convenção Europeia»), prevista no nº 2 do artigo 6º do Tratado da União Europeia, deve incluir cláusulas que preservem as características próprias da União e do direito da União, nomeadamente no que se refere: a) às regras específicas da eventual participação da União nas instâncias de controlo da Convenção Europeia; b) aos mecanismos necessários para assegurar que os recursos interpostos por Estados terceiros e os recursos interpostos por indivíduos sejam dirigidos corretamente contra os Estados-Membros e/ou a União, conforme o caso.”

³⁰ CHERUBINI, Francesco. In Merito al Parere 2/13 della Corte di Giustizia dell’EU: qualche considerazione critica e uno sguardo de jure condendo. Associazione Italiani dei Costituzionalisti (AIC). Osservatorio Costituzionale. *Ricercatore a t. d. di diritto dell’Unione europea*. LUISS, Guido Carli. di Roma. Maggio 2015.

³¹ MONIZ, Graça. Os termos da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem: da soberania do Bóforo ao escrutínio total. In: *Debater a Europa*. Periódico do CIEDA e do CEIS20, em parceria com GPE e a RCE, nº 9, julho/dezembro 2013. Disponível em: <<http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debaterueuropa/>> Acesso em: 18 dez. 2014.

relativas “aos mecanismos necessários para assegurar que os recursos interpostos por Estados terceiros e os recursos interpostos por indivíduos sejam dirigidos corretamente contra os Estados membros e/ou a União, conforme o caso”.³²

Diante da previsão expressa no Protocolo nº 8, as Cláusulas do Acordo de Adesão devem observar as exigências delineadas, de forma a preservar a autonomia do ordenamento jurídico comunitário.³³

2 Projeto de Adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos

As negociações para a formalização do Projeto de Acordo de Adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos, entre os representantes da Comissão Europeia e os peritos do Comitê Diretor para os Direitos do Homem do Conselho da Europa, iniciaram em julho de 2010. As reuniões ocorreram durante um ano. Foram realizadas oito reuniões, sendo registradas em atas e relatórios, os quais foram publicados e permitiram a manifestação, por escrito, da sociedade civil sobre os trabalhos. O Projeto de Acordo de Adesão foi publicado em 17 de Julho de 2011, contendo um preâmbulo e 12 artigos, acompanhado por um relatório explicativo.³⁴

O Projeto apresenta um preâmbulo e 12 artigos. No preâmbulo estão os “considerandos”, isto é, os motivos que levaram os Estados-Membros a apresentarem o Acordo de Adesão: o respeito na União Europeia pelos direitos humanos e liberdades fundamentais;³⁵ o reforço à coerência na proteção dos direitos humanos na Europa, com a adesão da União Europeia à Convenção;³⁶ o direito de qualquer pessoa, organização não governamental ou grupo de indivíduos de apresentar os atos, as medidas ou as omissões da União Europeia para o controle externo do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem;³⁷ a necessidade de ajustes no

³² Idem, Ibidem. Ver também: DEITOS, M. A. “A Adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos: Rumo a uma Quarta Camada de Proteção dos Direitos Humanos.” *Direitos Fundamentais & Justiça*- ano 7, nº 24, jul./set. 2013, p. 113-133.

³³ Idem, Ibidem.

³⁴ MONIZ, Graça. Os termos da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem: da soberania do Bósforo ao escrutínio total. In: *Debater a Europa*. Periódico do CIEDA e do CEIS20, em parceria com GPE e a RCE, nº 9, julho/dezembro 2013. Disponível em: <<http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/>> Acesso em: 18 dez. 2014.

³⁵ COUNCIL OF EUROPE. Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. In: Fifth Negotiation Meeting Between the CDDH ad hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights. Strasbourg, 2 April 2013. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accesion/Working_documents/47_1\(2013\)007_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accesion/Working_documents/47_1(2013)007_EN.pdf)>. Acesso em: 12 fev. 2014. “Considering that the European Union is founded on the respect for human rights and fundamental freedoms;”

³⁶ Ibidem. “Considering that the accession of the European Union to the Convention will enhance coherence in human rights protection in Europe;”

³⁷ Ibidem. “Considering, in particular, that any person, non-governmental organisation or group of individuals should have the right to submit the acts, measures or omissions of the European Union to the external control of the European Court of Human Rights (hereinafter referred to as “the Court”);”

sistema da Convenção Europeia para adequar-se às peculiaridades da ordem jurídica da União Europeia (sistema *sui generis*).³⁸

O artigo 1º identifica os ajustes necessários a serem realizados nos artigos do Tratado da União Europeia para firmar o acordo com a Convenção Europeia, indicando o âmbito de aplicação da adesão e as alterações no artigo 59 da Convenção.³⁹ O parágrafo 1º do artigo 1º prevê a adesão da União Europeia à Convenção Europeia, ao Protocolo da Convenção e ao Protocolo nº 6.⁴⁰ O parágrafo 2º do artigo 1º estabelece as alterações do parágrafo 2º do artigo 59 da Convenção, considerando, na letra “a”, que a adesão da União Europeia será regida pelos artigos, 6º do Protocolo, 7º do Protocolo n.º 4, 7º a 9º do Protocolo nº 6, 8 a 10 do Protocolo nº 7, 4 a 6 do Protocolo nº 12 e 6 a 8 do Protocolo nº 13. Na letra “b”, estabelece que o Acordo de Adesão da União Europeia à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais constitui parte integrante da Convenção Europeia de Direitos Humanos.⁴¹ O parágrafo 3º do artigo 1º estabelece que a adesão à Convenção e aos seus Protocolos impõe obrigações à União Europeia no que diz respeito aos atos, medidas ou omissões das suas instituições, órgãos, organismos ou agências, ou de pessoas que agem em seu nome. As disposições da Convenção ou dos seus Protocolos não podem exigir que a União Europeia realize um ato ou adote uma medida para o qual não tem competência nos termos do direito da União Europeia.⁴² O parágrafo 4º do artigo 1º determina que um ato, medida ou omissão de órgãos de um Estado-Membro da União Europeia ou das pessoas que atuam em seu nome, deve ser atribuída a esse Estado, mesmo se tal ato, medida ou omissão ocorra quando o Estado implementa a lei da União Europeia, incluindo as decisões tomadas no âmbito do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Contudo, poderá a União Europeia ser responsabilizada como

³⁸ Ibidem. “Considering that, having regard to the specific legal order of the European Union, which is not a State, its accession requires certain adjustments to the Convention system to be made by common agreement.”

³⁹ Ibidem. “Article 1 – Scope of the accession and amendments to Article 59 of the Convention”

⁴⁰ Ibidem. “1. The European Union hereby accedes to the Convention, to the Protocol to the Convention and to Protocol No. 6 to the Convention”

⁴¹ Ibidem. “2. Article 59, paragraph 2, of the Convention shall be amended to read as follows: ‘2.a. The European Union may accede to this Convention and the protocols thereto. Accession of the European Union to the protocols shall be governed, *mutatis mutandis*, by Article 6 of the Protocol, Article 7 of Protocol No. 4, Articles 7 to 9 of Protocol No. 6, Articles 8 to 10 of Protocol No. 7, Articles 4 to 6 of Protocol No. 12 and Articles 6 to 8 of Protocol No. 13. b. The Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms constitutes an integral part of this Convention.’ ”

⁴² COUNCIL OF EUROPE. Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. In: Fifth Negotiation Meeting Between the CDDH ad hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights. Strasbourg, 2 April 2013. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accesion/Working_documents/47_1\(2013\)007_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accesion/Working_documents/47_1(2013)007_EN.pdf)>. Acesso em 12 fev. 2014. “3. Accession to the Convention and the protocols thereto shall impose on the European Union obligations with regard only to acts, measures or omissions of its institutions, bodies, offices or agencies, or of persons acting on their behalf. Nothing in the Convention or the protocols thereto shall require the European Union to perform an act or adopt a measure for which it has no competence under European Union law.”

codemandada por uma violação resultante de tal ato, medida ou omissão, nos termos do artigo 36, parágrafo 4, da Convenção e do artigo 3 do Acordo de Adesão.⁴³

A Convenção e os Protocolos apresentam conceitos destinados aos Estados-Nação. O Acordo de Adesão identifica quais os termos e seus respectivos artigos para incluir a União Europeia como Estado-Membro. O artigo 1º, em seu parágrafo 5º, identifica os termos sobre os quais será considerada incluída a União Europeia, na Convenção e nos Protocolos 6, 7 e 13. Os termos "Estado", "Unidos" ou "Estados Partes" devem ser entendidos como se referindo também à União Europeia como uma Parte não estatal à Convenção. Constam no artigo 10 (parágrafo 1) e 17 da Convenção, bem como nos artigos 1º e 2º do Protocolo, no artigo 6º do Protocolo nº 6, em artigos 3, 4 (parágrafos 1 e 2), 5 e 7 do Protocolo nº 7, do artigo 3º do Protocolo nº 12 e no artigo 5º do Protocolo nº 13. As expressões "Legislação nacional", "Administração do Estado", "legislação nacional", "autoridade nacional" ou "doméstico" devem ser entendidas como sendo, também, para a ordem jurídica interna da União Europeia, como uma Parte não estatal à Convenção e às suas instituições, órgãos ou agências. Constam nos artigos 7º (nº 1), 11 (nº 2), 12, 13 e 35 (nº 1) da Convenção. As expressões "Segurança nacional", "bem-estar econômico do país", "integridade territorial" ou "vida da nação" devem ser consideradas, em uma ação promovida contra a União Europeia ou na qual seja um codemandado, no que diz respeito a situações relacionadas com os Estados-Membros da União Europeia, conforme o caso, que pode ser individual ou coletiva. Constam nos artigos 6 (nº 1), 8 (nº 2), 10 (nº 2), 11 (nº 2), e 15 (nº 1) da Convenção, bem como no artigo 2 (nº 3) do Protocolo nº 4 e no artigo 1º (nº 2) do Protocolo nº 7.

Uma cláusula de interpretação adicional que esclarece como a expressão “pessoas sujeitas à sua jurisdição”, constante do artigo 1º da Convenção, serão aplicadas para a União Europeia, está prevista no parágrafo sexto do artigo primeiro. A jurisdição, conforme o artigo primeiro da Convenção é essencialmente territorial. A cláusula esclarece que a União Europeia é necessária para garantir os direitos das pessoas nos territórios dos Estados-Membros da União Europeia a que o Tratado da União Europeia e ao Tribunal de Funcionamento da União Europeia são aplicáveis. Entretanto, o Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceu que, em certas circunstâncias excepcionais, uma Alta Parte Contratante poderá exercer jurisdição fora do limite de seu território. Assim, quando à Convenção, podem ser aplicadas a pessoas fora do território a que se aplicam os Tratados, mas considerada como sendo da competência da União Europeia somente dentro da jurisdição de uma alta Parte Contratante, isto é, no Estado onde ocorreu a suposta violação que tenha sido atribuída a essa alta Parte Contratante. A expressão diz respeito a pessoas residentes no território ou fora do território de uma Alta Parte Contratante. No que diz respeito à União Europeia, quanto aos residentes no território de uma Alta Parte Contratante,

⁴³ Ibidem. “4. For the purposes of the Convention, of the protocols thereto and of this Agreement, an act, measure or omission of organs of a member State of the European Union or of persons acting on its behalf shall be attributed to that State, even if such act, measure or omission occurs when the State implements the law of the European Union, including decisions taken under the Treaty on European Union and under the Treaty on the Functioning of the European Union. This shall not preclude the European Union from being responsible as a co-respondent for a violation resulting from such an act, measure or omission, in accordance with Article 36, paragraph 4, of the Convention and Article 3 of this Agreement.”

entende-se como se referindo a pessoas dentro dos territórios dos Estados-Membros da União Europeia a que o Tratado da União Europeia e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia se aplicam. Na medida em que esta expressão se refere a pessoas fora do território de uma Alta Parte Contratante, deve ser entendido, no que diz respeito à União Europeia, como referindo-se às pessoas que, se a suposta violação em questão tinha sido atribuída a uma Alta Parte Contratante que seja um Estado, teria sido dentro da jurisdição dessa Alta Parte Contratante.⁴⁴

Os termos “país” e “território de um Estado” são identificados para incluir na interpretação a União Europeia, conforme disposto no parágrafo 7º do artigo 1º. Os termos significam cada um dos territórios dos Estados-Membros da União Europeia a que se aplicam o Tratado da União Europeia e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. O termo “país”, consta no artigo 5 (nº 1) da Convenção e no artigo 2º (nº 2) do Protocolo nº 4 e o termo “território de um Estado”, consta no artigo 2º (nº 1) do Protocolo nº 4 e no artigo 1º (nº 1), de 6 do Protocolo Nº 7.⁴⁵

A possibilidade de efetuar reservas à Convenção e seus protocolos tem previsão no artigo 2º do Projeto de Acordo. A redação no parágrafo primeiro do artigo segundo do Projeto de Acordo permite à União Europeia, no momento da assinatura, expressar o seu consentimento em ficar vinculado pelas disposições do Acordo em conformidade com o artigo 10, bem como fazer reservas para a Convenção e o Protocolo, em conformidade com o artigo 57 da Convenção. O parágrafo segundo do artigo segundo disciplina a alteração do artigo 57 da Convenção, para incluir, em seu item 1, de forma expressa, a possibilidade de a União Europeia, ao aderir à Convenção, fazer uma reserva relativamente a qualquer disposição em particular da Convenção, na medida em que qualquer lei do União Europeia, então em vigor, não está em conformidade com a disposição. Não serão permitidas reservas de caráter geral.⁴⁶

⁴⁴ COUNCIL OF EUROPE. Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. In: Fifth Negotiation Meeting Between the CDDH ad hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights. Strasbourg, 2 April 2013. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Working_documents/47_1\(2013\)007_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Working_documents/47_1(2013)007_EN.pdf)>. Acesso em 12 fev. 2014. “6. Insofar as the expression “everyone within their jurisdiction” appearing in Article 1 of the Convention refers to persons within the territory of a High Contracting Party, it shall be understood, with regard to the European Union, as referring to persons within the territories of the member States of the European Union to which the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union apply. Insofar as this expression refers to persons outside the territory of a High Contracting Party, it shall be understood, with regard to the European Union, as referring to persons who, if the alleged violation in question had been attributable to a High Contracting Party which is a State, would have been within the jurisdiction of that High Contracting Party.”

⁴⁵ Ibidem. “7. With regard to the European Union, the term “country” appearing in Article 5 (paragraph 1) of the Convention and in Article 2 (paragraph 2) of Protocol No. 4 and the term “territory of a State” appearing in Article 2 (paragraph 1) of Protocol No. 4 and in Article 1 (paragraph 1) of Protocol No. 7 shall mean each of the territories of the member States of the European Union to which the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union apply.”

⁴⁶ COUNCIL OF EUROPE. Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. In: Fifth Negotiation Meeting Between the CDDH ad hoc Negotiation Group and the European Commission on the

O mecanismo de codemandado está disciplinado no artigo 3º do Projeto de Adesão, isto é, o ingresso na lide por um Membro que poderá ser atingido pela decisão. Este mecanismo permite a inclusão da União Europeia e dos Estados-Membros ingressarem na lide como codemandados. Em seu parágrafo primeiro altera a redação do artigo 36 da Convenção, que disciplina a intervenção de terceiros, para acrescentar o mecanismo de codemandado, incluindo um parágrafo quarto, na qual estabelece a possibilidade da União Europeia ou de um Estado Membro da União Europeia tornar-se um codemandado por decisão do Tribunal nas circunstâncias estabelecidas no Acordo de Adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos. O codemandado será considerado “parte” do caso. A admissibilidade de um pedido será analisada sem levar em conta a participação de um codemandado no processo.⁴⁷ As razões para a inclusão do mecanismo são apresentadas no parágrafo 32 do relatório, sob o argumento de que o mecanismo foi considerado necessário para acomodar a situação específica da União Europeia, organismo internacional, com sistema jurídico autônomo, que será incluída como parte da Convenção Europeia, bem como os respectivos Estados-Membros (da União Europeia). No sistema jurídico da União Europeia os atos das suas instituições podem ser implementados pelos Estados-Membros. Os parágrafos do artigo terceiro disciplinam como serão efetuados os procedimentos para a implementação do mecanismo de codemandado, em relação à União Europeia, bem como um ou mais Estados-Membros da União Europeia.⁴⁸

Acompetência no que se refere aos critérios de admissibilidade, bem como sobre o mérito da decisão entre as partes, está previsto no artigo 4º do Projeto de

Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights. Strasbourg, 2 April 2013. Disponível em : <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accesion/Working_documents/47_1\(2013\)007_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accesion/Working_documents/47_1(2013)007_EN.pdf)>. Acesso em 12 fev. 2014. “Article 2 – Reservations to the Convention and its protocols. 1. The European Union may, when signing or expressing its consent to be bound by the provisions of this Agreement in accordance with Article 10, make reservations to the Convention and to the Protocol in accordance with Article 57 of the Convention. 2. Article 57, paragraph 1, of the Convention shall be amended to read as follows: ‘1. Any State may, when signing this Convention or when depositing its instrument of ratification, make a reservation in respect of any particular provision of the Convention to the extent that any law then in force in its territory is not in conformity with the provision. The European Union may, when acceding to this Convention, make a reservation in respect of any particular provision of the Convention to the extent that any law of the European Union then in force is not in conformity with the provision. Reservations of a general character shall not be permitted under this Article.’”

⁴⁷ Ibidem. 1. Article 36 of the Convention shall be amended as follows: *a.* the heading of Article 36 of the Convention shall be amended to read as follows: “Third party intervention and co-respondent”; *b.* a new paragraph 4 shall be added at the end of Article 36 of the Convention, which shall read as follows: ‘4. The European Union or a member State of the European Union may become a co-respondent to proceedings by decision of the Court in the circumstances set out in the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. A co-respondent is a party to the case. The admissibility of an application shall be assessed without regard to the participation of a co-respondent in the proceedings.’”

⁴⁸ Ibidem. “2. Where an application is directed against one or more member States of the European Union, the European Union may become a co-respondent to the proceedings in respect of an alleged violation notified by the Court if it appears that such allegation calls into question the compatibility with the rights at issue defined in the Convention or in the protocols to which the European Union has acceded of a provision of European Union law, including decisions taken under the Treaty on European Union and under the Treaty on the Functioning of the European Union, notably where that violation could have been avoided only by disregarding an obligation under European Union law.”

Adesão.⁴⁹ A Interpretação dos artigos 35 e 55 da Convenção está prevista no artigo 5º. O processo perante o Tribunal de Justiça da União Europeia não poderá ser entendido como procedimento de investigação ou acordo internacional, na acepção do artigo 35, parágrafo 2, b, da Convenção, nem meios de resolução de litígios nos termos do artigo 55º do a Convenção.⁵⁰

A eleição dos juízes está disciplinada no artigo 6º do Acordo de Adesão. Em seu parágrafo 1º estabelece que a delegação do Parlamento Europeu terá o direito de participar, com direito a voto, nas sessões da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, nos termos do artigo 22 da Convenção. No paragrafo 2º, prevê que as modalidades de participação dos representantes do Parlamento Europeu nas sessões da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa e as suas instâncias competentes devem ser definidas pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, em cooperação com o Parlamento Europeu.⁵¹

O artigo 7º prevê a participação da União Europeia nas reuniões do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, bem como altera o artigo 54 da Convenção.⁵² As despesas relacionadas à Convenção, de responsabilidade da União Europeia estão previstas no artigo 8º.⁵³ As relações com outros acordos estão previstas no artigo

⁴⁹ COUNCIL OF EUROPE. Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. In: Fifth Negotiation Meeting Between the CDDH ad hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights. Strasbourg, 2 April 2013. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Working_documents/47_1\(2013\)007_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Working_documents/47_1(2013)007_EN.pdf)>. Acesso em: 12 fev. 2014. Article 4 – *Inter-Party cases*. 1. The first sentence of Article 29, paragraph 2, of the Convention shall be amended to read as follows: “A Chamber shall decide on the admissibility and merits of inter-Party applications submitted under Article 33”. 2. The heading of Article 33 of the Convention shall be amended to read as follows: “Inter-Party cases”.

⁵⁰ *Ibidem*. “Article 5 – Interpretation of Articles 35 and 55 of the Convention. Proceedings before the Court of Justice of the European Union shall be understood as constituting neither procedures of international investigation or settlement within the meaning of Article 35, paragraph 2.b, of the Convention, nor means of dispute settlement within the meaning of Article 55 of the Convention.”

⁵¹ *Ibidem*. “Article 6 – Election of judges . 1. A delegation of the European Parliament shall be entitled to participate, with the right to vote, in the sittings of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe whenever the Assembly exercises its functions related to the election of judges in accordance with Article 22 of the Convention. The delegation of the European Parliament shall have the same number of representatives as the delegation of the State which is entitled to the highest number of representatives under Article 26 of the Statute of the Council of Europe. 2. The modalities of the participation of representatives of the European Parliament in the sittings of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe and its relevant bodies shall be defined by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, in co-operation with the European Parliament.”

⁵² *Ibidem*. Article 7 – Participation of the European Union in the meetings of the Committee of Ministers of the Council of Europe .1. Article 54 of the Convention shall be amended to read as follows: “Article 54 – Powers of the Committee of Ministers [...]”

⁵³ COUNCIL OF EUROPE. Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. In: Fifth Negotiation Meeting Between the CDDH ad hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights. Strasbourg, 2 April 2013. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Working_documents/47_1\(2013\)007_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Working_documents/47_1(2013)007_EN.pdf)>. Acesso em: 12 fev. 2014. “Article 8 – Participation of the European Union in the expenditure related to the Convention. “1. The European Union shall pay an annual contribution dedicated to the expenditure related to the functioning of the Convention. This annual contribution shall be in addition to contributions made by the other High Contracting Parties. Its amount shall be equal to

9º.⁵⁴ A entrada em vigor e assinaturas estão previstas no artigo décimo, permitindo reservas à Convenção.⁵⁵ A redação do artigo décimo primeiro veda a possibilidade

34% of the highest amount contributed in the previous year by any State to the Ordinary Budget of the Council of Europe. 2. *a.* If the amount dedicated within the Ordinary Budget of the Council of Europe to the expenditure related to the functioning of the Convention, expressed as a proportion of the Ordinary Budget itself, deviates in each of two consecutive years by more than 2.5 percentage points from the percentage indicated in paragraph 1, the Council of Europe and the European Union shall, by agreement, amend the percentage in paragraph 1 to reflect this new proportion. *b.* For the purpose of this paragraph, no account shall be taken of a decrease in absolute terms of the amount dedicated within the Ordinary Budget of the Council of Europe to the expenditure related to the functioning of the Convention as compared to the year preceding that in which the European Union becomes a Party to the Convention. *c.* The percentage that results from an amendment under paragraph 2.*a* may itself later be amended in accordance with this paragraph. 3. For the purpose of this article, the expression “expenditure related to the functioning of the Convention” refers to the total expenditure on: *a.* the Court; *b.* the supervision of the execution of judgments of the Court; and *c.* the functioning, when performing functions under the Convention, of the Committee of Ministers, the Parliamentary Assembly and the Secretary General of the Council of Europe, increased by 15% to reflect related administrative overhead costs. 4. Practical arrangements for the implementation of this article may be determined by agreement between the Council of Europe and the European Union.”

⁵⁴ *Ibidem*. Article 9 – Relations with other agreements. 1. The European Union shall, within the limits of its competences, respect the provisions of: *a.* Articles 1 to 6 of the European Agreement relating to Persons Participating in Proceedings of the European Court of Human Rights of 5 March 1996 (ETS No. 161); *b.* Articles 1 to 19 of the General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe of 2 September 1949 (ETS No. 2) and Articles 2 to 6 of its Protocol of 6 November 1952 (ETS No. 10), in so far as they are relevant to the operation of the Convention; and *c.* Articles 1 to 6 of the Sixth Protocol to the General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe of 5 March 1996 (ETS No. 162). 2. For the purpose of the application of the agreements and protocols referred to in paragraph 1, the Contracting Parties to each of them shall treat the European Union as if it were a Contracting Party to that agreement or protocol. 3. The European Union shall be consulted before any agreement or protocol referred to in paragraph 1 is amended. 4. With respect to the agreements and protocols referred to in paragraph 1, the Secretary General of the Council of Europe shall notify the European Union of: *a.* any signature; *b.* the deposit of any instrument of ratification, acceptance, approval or accession; *c.* any date of entry into force in accordance with the relevant provisions of those agreements and protocols; and *d.* any other act, notification or communication relating to those agreements and protocols.

⁵⁵ *Ibidem*. Article 10 – Signature and entry into force 1. The High Contracting Parties to the Convention at the date of the opening for signature of this Agreement and the European Union may express their consent to be bound by: *a.* signature without reservation as to ratification, acceptance or approval; or *b.* signature with reservation as to ratification, acceptance or approval, followed by ratification, acceptance or approval. 2. Instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Secretary General of the Council of Europe. 3. This Agreement shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date on which all High Contracting Parties to the Convention mentioned in paragraph 1 and the European Union have expressed their consent to be bound by the Agreement in accordance with the provisions of the preceding paragraphs. 4. The European Union shall become a Party to the Convention, to the Protocol to the Convention and to Protocol No. 6 to the Convention at the date of entry into force of this Agreement.

de reserva aos artigos do Acordo.⁵⁶ E, por último, o artigo decimo segundo disciplina as notificações.⁵⁷

Este projeto foi levado à apreciação do Tribunal de Justiça da União Europeia, para verificar a compatibilidade com o ordenamento jurídico comunitário.

3 Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça da União Europeia: Problemas Apontados e Ajustes Sugeridos ao projeto de Adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos

O Tribunal de Justiça da União Europeia possui a competência para se manifestar sobre os atos comunitários, de forma contenciosa ou consultiva. Cabe ao Tribunal, em última instância, na União Europeia, manifestar-se sobre a conformidade da legislação dos países membros com o Direito Comunitário. A jurisprudência do Tribunal, no que pertine aos direitos fundamentais, considera a necessidade de respeitá-los, considerando como fontes as normas previstas na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos pelos Estados-Membros, as convenções internacionais, entre as quais o estatuto dos refugiados e os instrumentos jurídicos internacionais nos quais os Estados-Membros são Partes (incluía a Convenção Europeia de Direitos Humanos), bem como aqueles nos quais a União Europeia é Parte.

Quanto aos direitos fundamentais, o Tribunal de Justiça, na sua jurisprudência, estabelece normas de proteção, baseadas em diversas fontes de direito: as disposições dos Tratados; a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; as convenções internacionais às quais os Tratados se referem, entre as quais a Convenção Europeia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e a Convenção de Genebra de 1951, relativa ao estatuto dos refugiados; os direitos fundamentais resultantes das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros; e os instrumentos jurídicos internacionais nos quais

⁵⁶ COUNCIL OF EUROPE. Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. In: Fifth Negotiation Meeting Between the CDDH ad hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights. Strasbourg, 2 April 2013. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Working_documents/47_1\(2013\)007_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Working_documents/47_1(2013)007_EN.pdf)>. Acesso em 12 fev. 2014. “Article 11 – Reservations. No reservation may be made in respect of the provisions of this Agreement.”

⁵⁷ Ibidem. “Article 12 – Notifications. The Secretary General of the Council of Europe shall notify the European Union and the member States of the Council of Europe of: *a.* any signature without reservation in respect of ratification, acceptance or approval; *b.* any signature with reservation in respect of ratification, acceptance or approval; *c.* the deposit of any instrument of ratification, acceptance or approval; *d.* the date of entry into force of this Agreement in accordance with Article 10; *e.* any other act, notification or communication relating to this Agreement. In witness whereof the undersigned, being duly authorised thereto, have signed this Agreement. Done at the, in English and in French, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Council of Europe. The Secretary General of the Council of Europe shall transmit certified copies to each member State of the Council of Europe and to the European Union.”

os Estados-Membros são Partes, bem como aqueles nos quais a União Europeia é Parte integrante.

O Tribunal de Justiça examina a compatibilidade da legislação da União Europeia com os direitos fundamentais, mas também das medidas tomadas em nível nacional pelos Estados-Membros, na aplicação ou cumprimento da legislação da União Europeia. A jurisprudência do Tribunal de Justiça desenvolveu-se essencialmente com base no recurso a título prejudicial (artigo 267º do Tratado de Funcionamento da União Europeia).⁵⁸

Antes da existência da Carta e da Adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos, o Tribunal de Justiça da União Europeia teve um papel determinante introduzindo os direitos fundamentais na União Europeia pela via dos princípios gerais de direito.⁵⁹ Nesta fase, “os direitos fundamentais constantes nas constituições dos Estados-Membros passaram a ser considerados como princípios gerais de direito comunitário, atingindo-se uma proteção reforçada dos direitos fundamentais, desde que eles primem pelo direito comunitário”.⁶⁰ Posteriormente, em nova fase, o Tribunal avançou, considerando um critério amplo de reconhecimento dos direitos fundamentais, “interpretando o direito comunitário à luz das disposições da Convenção Europeia de Direitos Humanos, chegando até mesmo a poder anular atos comunitários com fundamento na violação de normas da referida”.⁶¹ Neste sentido, a posição de Cátia Sofia Martins Duarte.⁶²

Atualmente, esta última fase do Tribunal de Justiça da União Europeia passa a ser adotada, por previsão expressa, com a adesão da União Europeia de Direitos Humanos. Ainda, o Tribunal de Justiça da União Europeia tem uma competência exclusiva para se manifestar, em cooperação com os tribunais nacionais, ao receber uma questão prejudicial, prevista no artigo 267 do Tratado da União Europeia quando diz respeito à: a) interpretação dos Tratados; e b) validade e à interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. Também há a “exclusividade dessa competência, para garantir o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados da União Europeia, prevista no sistema jurisdicional da União no seu conjunto”.⁶³

O sistema jurisdicional da União Europeia, na configuração atual, segundo Nuno Piçarra, “tem-se revelado claramente o elo mais forte do projeto europeu, com

⁵⁸ SY, Sarah. Respeito dos Direitos Fundamentais na União. Parlamento Europeu. Junho 2016. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_2.1.2.pdf> Acesso em: 03 jul. 2016.

⁵⁹ DUARTE, Cátia Sofia Martins. Contra quem formular uma queixa perante o tribunal Europeu dos Direitos do Homem depois da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem? Contributo para a compreensão do “mecanismo de co-demandado”. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/igc/pdf/papers/Texto.Pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2013.

⁶⁰ RUSSOWSKY, I. S. “A Relação do Direito Comunitário e o Direito Internacional Regional – A Adesão da União Europeia ao Sistema da Convenção Europeia de Direitos Humanos”, *Cadernos de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, seer.ufrgs/ppgdir, vol VII – nº 1 (2012), p. 269-294.

⁶¹ Idem, ibidem.

⁶² DUARTE, Cátia Sofia Martins. Contra quem formular uma queixa perante o tribunal Europeu dos Direitos do Homem depois da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem? Contributo para a compreensão do “mecanismo de co-demandado”. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/igc/pdf/papers/Texto.Pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2013.

⁶³ Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral e os tribunais especializados. Previsto no artigo 19.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia e do artigo 344.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

os seus equilíbrios, sinergias e por vezes também tensões e conflitos, entre tribunais organicamente pertencentes à União e tribunais dos Estados-Membros”.⁶⁴ Ademais, considera que o “direito da União Europeia adquiriu um impacto na vida dos cidadãos e uma efetividade”,⁶⁵ em virtude do “grau de justiciabilidade que assim alcançou, típica do direito interno e não do direito internacional”.⁶⁶

O Projeto de Adesão da União Europeia à Convenção Europeia foi submetido ao Tribunal de Justiça, na sua competência consultiva. O questionamento foi sobre a compatibilidade do Projeto de Adesão às normas da União Europeia. Neste sentido, o Tribunal se manifestou no Parecer nº 2/13, com duzentos (200) parágrafos, nos quais apresenta problemas e sugere ajustes.⁶⁷ Pode-se identificar nove pontos principais apontados no Parecer 2/13, que requerem ajustes no projeto de Acordo.⁶⁸

O Tribunal de Justiça da União Europeia, em virtude de sua competência consultiva, em 18 de dezembro de 2014 emitiu o Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça da União Europeia, sobre o Projeto de Acordo relativo à adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem.⁶⁹ O Projeto de Acordo foi efetuado em virtude de alteração ocorrida no direito comunitário pelo Tratado de Lisboa, permitindo expressamente, em seu artigo 6º, nº 2, a adesão à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Esta foi a segunda apreciação efetuada pelo Tribunal de Justiça no que pertine à possibilidade de adesão à Convenção. A primeira ocorreu no Parecer 2/94,⁷⁰ no qual o Tribunal de Justiça da União Europeia considerou que no então estágio do direito comunitário não havia competência para aderir à Convenção Europeia de Direitos Humanos.⁷¹

⁶⁴ PIÇARRA, Nuno. “Três Notas sobre a Identidade do Sistema Jurisdicional da União Europeia.” Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/np_MA_18017.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2015.

⁶⁵ Idem, ibidem.

⁶⁶ Idem, ibidem.

⁶⁷ CHERUBINI, Francesco. In Merito al Parere 2/13 della Corte di Giustizia dell’EU: qualche considerazione critica e uno sguardo de jure condendo. Associazione Italiani dei Costituzionalisti (AIC). Osservatorio Costituzionale. *Ricercatore a t. d. di diritto dell’Unione europea.LUISS, Guido Carli. di Roma. Maggio 2015.*

⁶⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Comunicado de Imprensa nº 180/14. Tribunal de Justiça pronuncia-se sobre o projeto de Acordo relativo à adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e identifica os problemas de compatibilidade com o direito da União. Luxemburgo, 18 de dezembro de 2014. - Parecer 2/13. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140180pt.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2015. Ver também: DEITOS, M. A. “A Adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos: Rumo a uma Quarta Camada de Proteção dos Direitos Humanos.” *Direitos Fundamentais & Justiça*- ano 7, nº 24, jul./set. 2013, p. 113-133.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ A Consulta foi efetuada com a seguinte pergunta: “A adesão da Comunidade Europeia à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de Novembro de 1950 (a seguir ‘Convenção’), é compatível com o Tratado que institui a Comunidade Europeia?”

⁷¹ “No estado actual do direito comunitário, a Comunidade não tem competência para aderir à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem.” Sobre a adesão e o Parecer 2/94, ver também: RUSSEWSKY, Iris Saraiva. A Relação do Direito Comunitário e o Direito Internacional Regional: a Adesão da União Europeia ao Sistema da Convenção Europeia de Direitos Humanos. In: *Cadernos de Pós-Graduação em Direito/ UFRGS. Ser. ufrgs/ppgdir. Volume VII- Numero 1 – Ano 2012.*

O Parecer 2/2013 considerou a incompatibilidade do Acordo de adesão com o direito da União Europeia, especialmente no que pertine ao disposto no artigo 6º, nº 2, do Tratado da União Europeia e o Protocolo nº 8 da União Europeia, que disciplinou a adesão à Convenção Europeia. No mérito, o Tribunal de Justiça da União Europeia apreciou os artigos 1º, alíneas a e b, Artigo 2º, primeiro e segundo períodos (parágrafos) e o Artigo 3º, todos do Protocolo nº 8 da União Europeia. Também analisou o artigo 6º, nº 2, segundo período (parágrafo), do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE). Ainda, analisou a compatibilidade do Projeto de Acordo com o direito primário da União, quanto: a) às características específicas e à autonomia do direito da União; b) ao artigo 344º TFUE; c) ao mecanismo do co-demandado; d) ao processo de apreciação prévia pelo Tribunal de Justiça; e) às características específicas do Direito da União relativo à fiscalização jurisdicional em matéria de política externa e de segurança comum (PESC).⁷²

O Tribunal de Justiça da União Europeia,⁷³ ao apreciar o projeto de adesão, no Parecer 2/13, conclui que não é compatível com as disposições do Direito da União, em virtude dos diversos problemas apontados e de necessidade de ajuste no Projeto de Acordo.⁷⁴ As considerações do Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça da União Europeia foram apontadas no Comunicado à Imprensa nº 180/14.⁷⁵ Entre os problemas e ajustes necessários são identificados diversos pontos, podendo ser considerados nove pontos.⁷⁶ Paulo Marrecas Ferreira apresenta seis pontos.⁷⁷

O primeiro ponto refere-se ao fato de a União Europeia ser um organismo internacional, distinto de país soberano, o Projeto de Adesão deve levar em consideração as características próprias da União exigidas nas condições impostas pelos próprios Tratados à adesão.⁷⁸

⁷² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça* (tribunal Pleno). 18 dezembro de 2014. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf>. Acesso em: 15 mar. 2015.

⁷³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Comunicado de Imprensa nº 180/14. Tribunal de Justiça pronuncia-se sobre o projeto de Acordo relativo à adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e identifica os problemas de compatibilidade com o direito da União. Luxemburgo, 18 de dezembro de 2014. - Parecer 2/13. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140180pt.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2015.

⁷⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça* (tribunal Pleno). 18 dezembro de 2014. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf>. Acesso em: 15 mar. 2015.

⁷⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Comunicado de Imprensa nº 180/14. Tribunal de Justiça pronuncia-se sobre o projeto de Acordo relativo à adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e identifica os problemas de compatibilidade com o direito da União. Luxemburgo, 18 de dezembro de 2014. - Parecer 2/13. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140180pt.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2015.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ FERREIRA, Paulo Marrecas. Tribunal de Justiça da União Europeia, Parecer nº 2/13 – Menos Europa. In: Gabinete de Documentação e Direito Comparado (GDDC). Disponível em: <http://www.gddc.pt/noticias-eventos/artigo.asp?id=noticia.26511620141218&seccao=Not%EDcias_Imprensa>. Acesso em: 10 mai. 2015.

⁷⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Comunicado de Imprensa nº 180/14. Tribunal de Justiça pronuncia-se sobre o projeto de Acordo relativo à adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e identifica os

O segundo ponto diz respeito à existência da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a qual deveria ser coordenada com a Convenção Europeia de Direitos Humanos de modo a evitar duplicações. A Convenção Europeia de Direitos Humanos confere às Partes Contratantes a faculdade de prever padrões de proteção mais elevados do que os garantidos pela Convenção de forma que será necessária uma coordenação entre a Convenção e a Carta. A faculdade de padrões mais elevados de proteção poderá comprometer o nível de proteção previsto pela Carta, bem como o primado, a unidade e a efetividade do direito da União.⁷⁹ O Tribunal de Justiça constata que no projeto de acordo não foi previsto nenhuma disposição para assegurar tal coordenação.⁸⁰

O terceiro ponto refere-se à sujeição da União Europeia, como as outras partes contratantes, a uma fiscalização externa que teria por objeto o respeito aos direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos. A União e as suas instituições ficariam assim sujeitas aos mecanismos de fiscalização previstos na Convenção e, especialmente, às decisões e aos acórdãos proferidos pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.⁸¹

O quarto ponto indica a previsão da União e dos Estados-Membros, considerados Partes Contratantes, não só nas suas relações com as Partes que não são membros da União, mas também nas suas relações recíprocas. A Convenção Europeia de Direitos Humanos pode exigir que cada Estado-Membro verifique o respeito dos direitos fundamentais pelos outros Estados-Membros, apesar de o Direito da União impor a confiança mútua entre esses Estados-Membros. Conforme o entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia, nestas condições, a adesão pode comprometer o equilíbrio em que a União se funda, bem como a autonomia do Direito da União. Considera que o acordo deveria prever alternativas para evitar o desequilíbrio.⁸² Segundo Paulo Marrecas Ferreira, este seria o segundo

problemas de compatibilidade com o direito da União. Luxemburgo, 18 de dezembro de 2014. - Parecer 2/13. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140180pt.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2015.

⁷⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Comunicado de Imprensa nº 180/14. Tribunal de Justiça pronuncia-se sobre o projeto de Acordo relativo à adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e identifica os problemas de compatibilidade com o direito da União. Luxemburgo, 18 de dezembro de 2014. - Parecer 2/13. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140180pt.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2015.

⁸⁰ FERREIRA, Paulo Marrecas. Tribunal de Justiça da União Europeia, Parecer nº 2/13 – Menos Europa. In: Gabinete de Documentação e Direito Comparado (GDCC). Disponível em: <http://www.gdcc.pt/noticias-eventos/artigo.asp?id=noticia.26511620141218&seccao=Not%EDcias_Imprensa>. Acesso em: 10 mai. 2015.

⁸¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Comunicado de Imprensa nº 180/14. Tribunal de Justiça pronuncia-se sobre o projeto de Acordo relativo à adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e identifica os problemas de compatibilidade com o direito da União. Luxemburgo, 18 de dezembro de 2014. - Parecer 2/13. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140180pt.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2015. Ver também: FERREIRA, Paulo Marrecas. Tribunal de Justiça da União Europeia, Parecer nº 2/13 – Menos Europa. In: *Gabinete de Documentação e Direito Comparado* (GDCC). Disponível em: <http://www.gdcc.pt/noticias-eventos/artigo.asp?id=noticia.26511620141218&seccao=Not%EDcias_Imprensa>. Acesso em: 10 mai. 2015.

⁸² FERREIRA, Paulo Marrecas. Tribunal de Justiça da União Europeia, Parecer nº 2/13 – Menos Europa. In: *Gabinete de Documentação e Direito Comparado* (GDCC). Disponível em:

ponto apresentado no Parecer 2/13 e significaria um prejuízo ao princípio da colaboração e da confiança mútua entre Estados-Membros, pedra basilar da construção da União Europeia.⁸³

O quinto ponto menciona o Protocolo nº 16 da Convenção Europeia de Direitos Humanos,⁸⁴ no qual autoriza às cortes supremas nacionais dos Estados-Membros dirigirem ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos pedidos de pareceres consultivos sobre questões de princípio relativas à interpretação ou à aplicação dos direitos garantidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos e de seus Protocolos. Com essa possibilidade, poderá haver um parecer consultivo apresentado nos termos do Protocolo nº 16, por um órgão jurisdicional nacional, desencadeando o processo chamado de “apreciação prévia” pelo Tribunal de Justiça. Este processo está previsto no Projeto de Acordo e visa permitir o envolvimento do Tribunal de Justiça da União Europeia nos processos submetidos ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no que pertence ao direito comunitário, quando ainda não tenha sido interpretado pelo Tribunal de Justiça. Desta forma, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos poderia ser chamado a interpretar disposições de Direito da União, de toda a natureza, desde o direito originário ao direito derivado, invadindo as competências do Tribunal de Justiça, bem como a decisão poderá vincular os Estados-Membros e a União, interferindo na repartição de competências entre a União e os seus Estados-Membros. Quanto a este aspecto, o Tribunal de Justiça considerou que o projeto de acordo não tem previsão para a articulação entre estes dois mecanismos.⁸⁵

O sétimo ponto refere-se ao mecanismo de codemandado, previsto no Projeto de Acordo, no qual tem por finalidade assegurar que as demandas propostas no Tribunal Europeu de Direitos Humanos (por Estados-Membros e indivíduos) sejam dirigidas corretamente contra os Estados-Membros e/ou a União, conforme o caso.⁸⁶ O Projeto de Acordo prevê que um Membro da Convenção poderá ser

<http://www.gddc.pt/noticias-eventos/artigo.asp?id=noticia.26511620141218&seccao=Not%EDcias_Imprensa>. Acesso em: 10 mai. 2015.

⁸³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Comunicado de Imprensa nº 180/14. Tribunal de Justiça pronuncia-se sobre o projeto de Acordo relativo à adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e identifica os problemas de compatibilidade com o direito da União. Luxemburgo, 18 de dezembro de 2014. - Parecer 2/13. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140180pt.pdf>>. Acesso em maio 2015. Ver também: FERREIRA, Paulo Marrecas. Tribunal de Justiça da União Europeia, Parecer nº 2/13 – Menos Europa. In: Gabinete de Documentação e Direito Comparado (GDDC). Disponível em: <http://www.gddc.pt/noticias-eventos/artigo.asp?id=noticia.26511620141218&seccao=Not%EDcias_Imprensa>. Acesso em: 10 mai. 2015.

⁸⁴ O Protocolo nº 16 está aberto às assinaturas dos Estados-Membros. Ainda não está em vigor.

⁸⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Comunicado de Imprensa nº 180/14. Tribunal de Justiça pronuncia-se sobre o projeto de Acordo relativo à adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e identifica os problemas de compatibilidade com o direito da União. Luxemburgo, 18 de dezembro de 2014. - Parecer 2/13. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140180pt.pdf>>. Acesso em maio 2015. Ver também: FERREIRA, Paulo Marrecas. Tribunal de Justiça da União Europeia, Parecer nº 2/13 – Menos Europa. In: Gabinete de Documentação e Direito Comparado (GDDC). Disponível em: <http://www.gddc.pt/noticias-eventos/artigo.asp?id=noticia.26511620141218&seccao=Not%EDcias_Imprensa>. Acesso em: 10 mai. 2015.

⁸⁶ CHERUBINI, Francesco. In Merito al Parere 2/13 della Corte di Giustizia dell'EU: qualche considerazione critica e uno sguardo de jure condendo. Associazione Italiani dei Costituzionalisti

codemandado, por convite ou decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Este mecanismo permitirá ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos controlar o direito comunitário, tarefa do Tribunal de Justiça da União Europeia.⁸⁷ Paulo Marrecas Ferreira apresenta como quinto ponto.⁸⁸

O oitavo ponto diz respeito à submissão da Corte Europeia de Direitos Humanos, quando ocorrer uma alegação de violação da Convenção, pela União ou seus respectivos Estados-Membros, no que pertine ao direito comunitário, conforme disposto no artigo 8º do Projeto de Adesão. Segundo o Tribunal de Justiça da União Europeia, esta faculdade viola o disposto no Tratado de Funcionamento da União Europeia, no qual prevê que os Estados-Membros devam submeter questões relativas à interpretação ou aplicação dos Tratados de acordo com os meios de solução facultados pelos Tratados.⁸⁹ Neste aspecto o Tribunal de Justiça considerou que deve ser excluída a competência da Corte Europeia de Direitos Humanos no que se refere aos litígios que opõem os Estados-Membros entre si ou os Estados-Membros e a União, relativos à aplicação da Convenção Europeia de Direitos Humanos no âmbito do direito comunitário.⁹⁰ Paulo Marrecas Ferreira apresenta esta questão como quarto ponto.⁹¹

(AIC). Osservatorio Costituzionale. *Ricercatore a t. d. di diritto dell'Unione europea. LUISS, Guido Carli. di Roma*. Maggio 2015. "La terza declinazione della premessa 'ontologica' fatta dalla Corte investe il meccanismo del *co-respondent*, il quale dovrebbe mettere le regole sul riparto delle competenze fra Unione e Stati membri al riparo da possibili intrusioni della Corte di Strasburgo. Qui il rischio è noto, come del resto lo è la soluzione: vista la particolare situazione dell'Unione e dei suoi Stati membri, la violazione della CEDU potrebbe derivare da una condotta 'aggregata', soprattutto (ma non solo) nell'ipotesi in cui vi siano atti dell'UE, a monte, ed altri (di attuazione) degli Stati membri, a valle. In casi del genere, non solo potrebbe non essere agevole individuare, nella fase in cui il procedimento di fronte alla Corte EDU si apre, il potenziale responsabile (cioè, il convenuto)44; bensì (e soprattutto), operare questa identificazione con maggior cognizione di causa (al termine del procedimento) significherebbe, in sostanza, entrare nel riparto delle competenze fra Unione e Stati membri45, riparto che viene fissato da norme di diritto dell'UE, così come interpretate da una consolidata giurisprudenza della Corte di giusti."

⁸⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Comunicado de Imprensa nº 180/14. Tribunal de Justiça pronuncia-se sobre o projeto de Acordo relativo à adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e identifica os problemas de compatibilidade com o direito da União. Luxemburgo, 18 de dezembro de 2014. - Parecer 2/13. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140180pt.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2015.

⁸⁸ FERREIRA, Paulo Marrecas. Tribunal de Justiça da União Europeia, Parecer nº 2/13 – Menos Europa. In: *Gabinete de Documentação e Direito Comparado* (GDDC). Disponível em: <http://www.gddc.pt/noticias-eventos/artigo.asp?id=noticia.26511620141218&seccao=Not%EDcias_Imprensa>. Acesso em: 10 mai. 2015.

⁸⁹ CHERUBINI, Francesco. In Merito al Parete 2/13 della Corte di Giustizia dell'EU: qualche considerazione critica e uno sguardo de jure condendo. Associazione Italiani dei Costituzionalisti (AIC). Osservatorio Costituzionale. *Ricercatore a t. d. di diritto dell'Unione europea. LUISS, Guido Carli. di Roma*. Maggio 2015.

⁹⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Comunicado de Imprensa nº 180/14. Tribunal de Justiça pronuncia-se sobre o projeto de Acordo relativo à adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e identifica os problemas de compatibilidade com o direito da União. Luxemburgo, 18 de dezembro de 2014. - Parecer 2/13. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140180pt.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2015.

⁹¹ FERREIRA, Paulo Marrecas. Tribunal de Justiça da União Europeia, Parecer nº 2/13 – Menos Europa. In: *Gabinete de Documentação e Direito Comparado* (GDDC). Disponível em:

Por último, no nono ponto, o Tribunal de Justiça analisa as características específicas do direito da União relativo à fiscalização jurisdicional em matéria de política externa e de segurança comum (PESC).⁹² A este respeito, considera que no estado atual do Direito da União, alguns atos adotados no âmbito da PESC escapam à fiscalização jurisdicional do Tribunal de Justiça. Esta situação diz respeito ao Artigo 344⁹³ do Tratado de Funcionamento da União Europeia, no qual os Estados se comprometem a não submeter a interpretação dos Tratados da União Europeia de maneira diversa do previsto no Tratado. No Projeto de Adesão o Tribunal Europeu de Direitos Humanos pode ser demandado a se pronunciar sobre o direito comunitário, inclusive na área da Política Externa e de Segurança Comum (PESC), em matéria que o Tribunal de Justiça da União Europeia, atualmente, não tem a competência para fiscalizar. Da forma como previsto no Projeto de Acordo, uma competência exercida externamente pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos pode superar uma interna (Tribunal de Justiça da União Europeia).⁹⁴

O Tribunal de Justiça da União Europeia considera implícito no Protocolo nº 16 que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos constitui um Tribunal de queixa, mas não de reenvio. Desta forma, não teria a competência sobre a interpretação do

<http://www.gddc.pt/noticias-eventos/artigo.asp?id=noticia.26511620141218&seccao=Not%EDcias_Imprensa>. Acesso em: 10 mai. 2015.

⁹² CHERUBINI, Francesco. In Merito al Parere 2/13 della Corte di Giustizia dell'EU: qualche considerazione critica e uno sguardo de jure condendo. Associazione Italiani dei Costituzionalisti (AIC). Osservatorio Costituzionale. *Ricercatore a t. d. di diritto dell'Unione europea. LUISS, Guido Carli. di Roma*. Maggio 2015. “2.5 Il controllo in materia di PESC Un'ultima – e persino ‘sconcertante’80 – declinazione che deriva dalla premessa formulata dalla Corte di giustizia riguarda un settore politicamente molto delicato, qual è la Politica estera e di sicurezza comune (PESC). Proprio in ragione di questa sua caratteristica, gli Stati membri dell'UE, recalcitranti ad affidarla interamente al metodo ‘comunitario’, hanno deciso, già con il Trattato di Maastricht, di assegnarla, più prudentemente, ad un metodo intergovernativo classico. Conseguenza di ciò è che in essa le competenze della Corte di giustizia, che del metodo ‘comunitario’ sono fra gli elementi più incisivi, risultano fortemente ridimensionate: invero, esse si riducono a due sole ipotesi, cui rinvia l'art. 24, par. 1, co. 2, TUE81, alla luce delle quali è corretto affermare, come del resto fa la Corte, che al suo controllo sfuggono molti degli atti adottati nell'ambito della PESC82. Ebbene, “per effetto dell'adesione nei termini contemplati dall'accordo previsto, la Corte EDU sarebbe legittimata a pronunciarsi sulla conformità alla CEDU di determinati atti, azioni od omissioni posti in essere nell'ambito della PESC e, in particolare, di quelli per i quali la Corte non ha competenza a verificare la loro legittimità in rapporto ai diritti fondamentali”83. Ciò, secondo la Corte di giustizia, non è conforme al quadro ‘costituzionale’ dell'UE in quanto, come aveva già affermato in passato84, un siffatto controllo giurisdizionale non può essere affidato, in via esclusiva, ad un organo che non sia parte del quadro istituzionale dell'Unione.”

⁹³ UNIÃO EUROPEIA. Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União. *Jornal Oficial nº C 326 de 26/10/2012*. p. 0001 – 0390. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012M%2FTXT>>. Acesso em: 12 mai. 2015. “Artigo 344. (ex-artigo 292.o TCE). Os Estados-Membros comprometem-se a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação ou aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos que neles estão previsto.”

⁹⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Comunicado de Imprensa nº 180/14. Tribunal de Justiça pronuncia-se sobre o projeto de Acordo relativo à adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e identifica os problemas de compatibilidade com o direito da União. Luxemburgo, 18 de dezembro de 2014. - Parecer 2/13. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140180pt.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2015. Sobre o tema, ver também: FERREIRA, Paulo Marrecas. Tribunal de Justiça da União Europeia, Parecer nº 2/13 – Menos Europa. In: Gabinete de Documentação e Direito Comparado (GDDC). Disponível em: <http://www.gddc.pt/noticias-eventos/artigo.asp?id=noticia.26511620141218&seccao=Not%EDcias_Imprensa>. Acesso em: 10 mai. 2015.

direito comunitário, acionado por um Tribunal Nacional. Ademais, considera que cabe ao particular (cidadã ou cidadão) demandar, quando entender que seus direitos fundamentais foram violados.⁹⁵ Segundo Paulo Marrecas Ferreira, a decisão do Tribunal de Justiça constitui um recuo, dificultando o avanço da integração europeia.⁹⁶

Diante das considerações do Tribunal de Justiça da União Europeia, caberá ao Comitê que preparou o Projeto de Adesão efetuar os ajustes sugeridos e apresentar nova redação, que possa solucionar os problemas.⁹⁷

Considerações finais

A adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos requer um Acordo específico para tal desiderato, no qual deve observar a compatibilidade com o ordenamento comunitário.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos, desde a sua entrada em vigor (1953) até o seu Protocolo 13, admitia somente a participação de Estados-Nação, integrantes do Conselho da Europa.⁹⁸ O Protocolo 14 (entrada em vigor em 1º de junho de 2010) incluiu, expressamente, a possibilidade de adesão da União Europeia, na qualidade de organismo internacional.

A União Europeia, no mesmo sentido, efetuou o Protocolo nº 8, permitindo a adesão à Convenção Europeia de Direitos Humanos. Ainda, previu um acordo de Adesão para permitir o ingresso.⁹⁹ A redação final do Projeto de Adesão foi encaminhada para apreciação ao Tribunal de Justiça da União Europeia, com a competência para apreciação da sua adequação ao direito comunitário.

⁹⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Comunicado de Imprensa nº 180/14. Tribunal de Justiça pronuncia-se sobre o projeto de Acordo relativo à adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e identifica os problemas de compatibilidade com o direito da União. Luxemburgo, 18 de dezembro de 2014. - Parecer 2/13. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140180pt.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2015.

⁹⁶ FERREIRA, Paulo Marrecas. Tribunal de Justiça da União Europeia, Parecer nº 2/13 – Menos Europa. In: *Gabinete de Documentação e Direito Comparado* (GDCC). Disponível em: <http://www.gddc.pt/noticias-eventos/artigo.asp?id=noticia.26511620141218&seccao=Not%EDcias_Imprensa>. Acesso em: 10 mai. 2015.

⁹⁷ ANRO, Ilaria. *Il parere 2/13 della Corte di giustizia sul progetto di accordo di adesione dell'Unione europea alla CEDU: una bocciatura senza appello?* Pubblicato il: 22/12/2014. Disponível em: <<http://rivista.eurojus.it/il-parere-213-della-corte-di-justizia-sul-progetto-di-accordo-di-adesione-dellunione-euro-pea-alla-cedu-una-bocciatura-senza-appello/>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

⁹⁸ O Conselho da Europa (*Council of Europe, Conseil de l'Europe*) é uma organização internacional, fundada em 05 de maio de 1949, tendo por escopo a defesa dos direitos humanos, o desenvolvimento democrático e a estabilidade político e social na Europa. Possui personalidade jurídica internacional. A Convenção Europeia de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos estão vinculados ao Conselho da Europa. A sede do Conselho é em Estrasburgo, na França. Quarenta e sete (47) Estados-Nação integram o Conselho de Estado.

⁹⁹ Ver: MICCO, Lucia de. *Adesione Dell'Unione Europea Alla Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo: Attesa di un Finale*. Associazione Italiani dei Costituzionalisti (AIC). Rivista nº 3/2012. Data pubblicazione: 18/09/2012.

O Projeto de Adesão é composto por um preâmbulo e 12 artigos. No Parecer 2/13 o Tribunal de Justiça da União Europeia considerou que o Projeto de Adesão não está em conformidade com o ordenamento comunitário, apresentando os problemas encontrados e sugerindo ajustes. São mencionados nove pontos de ajuste.

Os principais pontos de ajuste dizem respeito, especialmente, a nove problemas apontados: 1) a União Europeia, organismo internacional requer que o texto da Convenção seja adaptado à inclusão deste Membro; 2) a existência da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia requer a adequação aos direitos humanos previstos na Convenção de Direitos Humanos; 3) o terceiro ponto refere-se à sujeição da União Europeia à Corte Europeia de Direitos Humanos, da mesma forma que as outras partes contratantes, significando uma fiscalização externa quanto ao respeito aos direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos; 4) o quarto ponto indica a previsão de a União e dos Estados-Membros efetuarem o controle recíproco da observância dos direitos humanos, o que contraria o princípio da colaboração e da confiança mútua, podendo acarretar desequilíbrio no direito comunitário; 5) a menção ao parecer consultivo da Corte Europeia de Direitos Humanos, quando demandado por Cortes Supremas dos países, sobre questões de princípio relativas à interpretação ou à aplicação dos direitos garantidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos e de seus Protocolos, permitirá uma apreciação prévia sobre o ordenamento comunitário, ainda não efetuado pelo Tribunal de Justiça, podendo acarretar invasão de competência; 6) o sétimo ponto refere-se ao mecanismo de codemandado, permitindo que as demandas propostas no Tribunal Europeu de Direitos Humanos (por Estados-Membros e indivíduos) sejam dirigidas corretamente contra os Estados-Membros e/ou a União, conforme o caso; 7) o oitavo ponto diz respeito à submissão da Corte Europeia de Direitos Humanos, quando ocorrer uma alegação de violação da Convenção, pela União ou seus respectivos Estados-Membros, no que pertine ao direito comunitário, conforme disposto no artigo 8º do Projeto de Adesão, violando, segundo o Tribunal de Justiça da União Europeia, o Tratado de Funcionamento da União Europeia, no qual prevê que os Estados-Membros devam submeter questões relativas à interpretação ou aplicação dos Tratados de acordo com os meios de solução facultados pelos Tratados; 8) por último, no nono ponto, o Tribunal de Justiça analisa as características específicas do direito da União relativo à fiscalização jurisdicional em matéria de política externa e de segurança comum (“PESC”). A este respeito, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos poderia pronunciar-se sobre a conformidade com a Convenção Europeia de Direitos Humanos no âmbito do direito comunitário, inclusive quanto à Política Externa e a Segurança Comum, matéria sobre a qual, atualmente, o Tribunal de Justiça não tem competência para fiscalizar.

Quanto aos nove pontos, em síntese, o Tribunal de Justiça considerou que o projeto de Adesão deverá compatibilizar os sistemas de proteção, bem como a competência do Tribunal de Justiça da União Europeia com a Corte Europeia de Direitos Humanos.

Conclui-se que os pontos de ajustes permitirão a Adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos, preenchendo uma lacuna no controle externo ao direito comunitário, quanto à proteção dos direitos fundamentais. Ademais, favorecerá um diálogo entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e o

Tribunal de Justiça da União Europeia. Caberá ao Comitê que preparou o Projeto de Adesão, diante do Parecer do Tribunal de Justiça da União Europeia, efetuar os ajustes sugeridos e apresentar nova redação, que possa solucionar os problemas identificados.

Referências

ANRO, Ilaria. *Il parere 2/13 della Corte di giustizia sul progetto di accordo di adesione dell'Unione europea alla CEDU: una bocciatura senza appello?* Publicado il: 22/12/2014. Disponível em: <<http://rivista.eurojus.it/il-parere-213-della-corte-di-giustizia-sul-progetto-di-accordo-di-adesione-dellunione-europea-alla-cedu-una-bocciatura-senza-appello/>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

CHERUBINI, Francesco. *In Merito al Parere 2/13 della Corte di Giustizia dell'EU: qualche considerazione critica e uno sguardo de jure condendo*. Associazione Italiani dei Costituzionalisti (AIC). Osservatorio Costituzionale. Ricercatore a t. d. di diritto dell'Unione europea. LUISS, Guido Carli. di Roma. Maggio 2015.

CONSELHO DA EUROPA. *Protocolo n.º 14 à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Aberto à assinatura, em Estrasburgo, em 13.05.2004. Entrada em vigor na Ordem Internacional: 01.06.2010. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/Protocolo14CEDH.html>>. Acesso em: 12 fev. 2013. Aberto à assinatura em 13.05.2004. Entrada em vigor em 01.06.2010.

COUNCIL OF EUROPE. Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. In: *Fifth Negotiation Meeting Between the CDDH ad hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*. Strasbourg, 2 April 2013. Disponível em :<[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accesion/Working_documents/477_\(2013\)007_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accesion/Working_documents/477_(2013)007_EN.pdf)>. Acesso em: 12 fev. 2014.

DEITOS, M. A. A Adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos: Rumo a uma Quarta Camada de Proteção dos Direitos Humanos. *Direitos Fundamentais & Justiça*- ano 7, nº 24, jul./set. 2013, p. 113-133. Ver: MONIZ, Graça. A adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem: Uma história sem fim. *Observatório Político*, publicado em 17/04/2013. Disponível em: <<http://www.observatoriopolitico.pt/wp-content/uploads/2013/04/WP-Graça-Moniz-.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2014.

DUARTE, Cátia Sofia Martins. *Contra quem formular uma queixa perante o tribunal Europeu dos Direitos do Homem depois da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem?* Contributo para a compreensão do

“mecanismo de co-demandado”. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/igc/pdf/papers/Texto.Pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2013.

FERREIRA, Paulo Marrecas. Tribunal de Justiça da União Europeia, Parecer nº 2/13 – Menos Europa. In: *Gabinete de Documentação e Direito Comparado* (GDDC). Disponível em: <http://www.gddc.pt/noticias-eventos/artigo.asp?id=noticia.26511620141218&seccao=Not%EDcias_Imprensa>. Acesso em: 10 mai. 2015.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Constitucionalismo Europeu e Direitos Fundamentais após o Tratado de Lisboa*. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/822-1351.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2015.

MICCO, Lucia de. *Adesione Dell'Unione Europea Alla Convenzione europea dei Diritti dell 'Uomo: Attesa di um Finale*. Associazione Italiani dei Costitucionalisti (AIC). Rivista nº 3/2012. Data pubblicazione: 18/09/2012.

MONIZ, Graça. Os termos da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem: da soberania do Bósforo ao escrutínio total. In: *Debater a Europa*. Periódico do CIEDA e do CEIS20, em parceria com GPE e a RCE, nº 9, julho/dezembro 2013. Disponível em: <<http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debaterueuropa/>> Acesso em: 18 dez. 2014.

_____. A adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem: Uma história sem fim. *Observatório Político*, publicado em 17/04/2013. Disponível em: <<http://www.observatoriopolitico.pt/wp-content/uploads/2013/04/WP-Graça-Moniz-.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2014.

PIÇARRA, Nuno. *Três Notas sobre a Identidade do Sistema Jurisdicional da União Europeia*. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/np_MA_18017.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2015.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. A Relação do Direito Comunitário e o Direito Internacional Regional – A Adesão da União Europeia ao Sistema da Convenção Europeia de Direitos Humanos. In: *Cadernos de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, seer.ufrgs/ppgdir, vol VII – nº 1 (2012), p. 269-294.

SCHAEFER, Anair Isabel. Multiplicidade de Controle de Direitos Fundamentais na União Europeia: Desafios para uma Proteção Eficiente dos Direitos Humanos. *Revista Cultura e Fé*, edição nº 148 (janeiro a junho de 2015), Ano 38. p. 9-25.

SY, Sarah. *Respeito dos Direitos Fundamentais na União*. Parlamento Europeu. Junho 2016. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_2.1.2.pdf> Acesso em: 03 jul. 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Comunicado de Imprensa n° 180/14*. Tribunal de Justiça pronuncia-se sobre o projeto de Acordo relativo à adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e identifica os problemas de compatibilidade com o direito da União. Luxemburgo, 18 de dezembro de 2014. - Parecer 2/13. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140180pt.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça* (tribunal Pleno). 18 dezembro de 2014. Disponível em:<http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf>. Acesso em: 15 mar. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. Protocolo (n.o 8 relativo ao n.o 2 do artigo 6.o do Tratado da União Europeia respeitante à adesão da União à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. In: UNIÃO EUROPEIA. Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União. Jornal Oficial n° C 326 de 26/10/2012 p. 0001 – 0390. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012M%2FTXT>>. Acesso em: 12 mai. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União. Jornal Oficial n° C 326 de 26/10/2012 p. 0001 – 0390. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012M%2FTXT>>. Acesso em: 12 mai. 2015.

Recebida em 15/09/2016

Aceito em 30/09/2016

PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHADOR E AS POLÍTICAS MIGRATÓRIAS

PRETECCIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJADOR Y LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS

Luis Renato Vedovato¹

Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis Pedagoga²

Alexandre Andrade Sampaio³

Sumário: Introdução. 1 Convenções de Direitos Humanos e o Brasil. 2 Tramitação da Convenção. 3 O desafio do migrante – o direito de ingresso. 4 O excluído pela nacionalidade. Conclusão. Referências.

Resumo: A despeito dos esforços da sociedade civil e dos órgãos internacionais, o Brasil não se vinculou à Convenção sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros de Sua Família. Entender os motivos que levaram a isso, especialmente em um país que tem como tradição a vinculação a tratados de direitos humanos, passa por compreender o cenário de exclusão enfrentado pelos migrantes no mundo e também no Brasil. Sem o direito de ingresso garantido e à margem do processo político, os migrantes passam a ser entendidos como um grupo que não detém direitos e, por desculpas ligadas à segurança pública, passam a ser excluídos. Neste contexto, o objetivo deste artigo é, a partir da situação atual de tramitação no Congresso Nacional do processo de aprovação interna da Convenção, compreender como o debate se insere na lógica de exclusão do estrangeiro instalada há muito no país, que, ao contrário do que se afirma, não deve ser entendido como um paraíso de acolhimento para os estrangeiros, mas como avanço na proteção de direitos dos migrantes pelo mundo.

Palavras-chave: Trabalhadores migrantes. Migração. Direito de ingresso. Direitos políticos

¹ Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP. Professor Doutor da UNICAMP. Professor do Programa de Mestrado da UNIMEP e da Graduação da PUC de Campinas. Consultor da Organização Internacional para Migrações (OIM).

² Jurista, Mestre e Doutora em Educação. Atualmente é professora da Graduação e da Pós-Graduação da Faculdade de Educação da Universidade Estadual de Campinas - FE/UNICAMP. Coordenadora Associada do curso de Pedagogia (gestão 2016-2017). Professora Convidada da Unidad de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho da Universidad de Chile. Atua com os temas de educação, políticas públicas, direitos sociais e direitos humanos.

³ Brazilian Lawyer and holds an LLM (first class honours) in International Human Rights Law from the Irish Centre for Human Rights, National University of Ireland-Galway and an MSc in Human Rights from the London School of Economics (Chevening scholar). He works at the International Accountability Project as Policy and Programs Coordinator. Previously, he contributed to work of the Special Procedures Branch of the United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights and the Center for Justice and International Law. He has also been a Programme Coordinator of Article 19 South America and a human rights attorney at the Interamerican Association for Environmental Defense.

Resumen: A pesar de mucho esfuerzo de la sociedad civil y de los órganos internacionales, Brasil no se vinculó a la Convención sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y Miembros de Su Familia. Entender los motivos que llevaron a eso, especialmente en un país que tiene como tradición la vinculación a tratados de derechos humanos, pasa por comprender el escenario de exclusión enfrentado por los migrantes en el mundo y también en Brasil. Sin el derecho de entrada garantizada y a lo margen del proceso político, los migrantes pasan a ser entendidos como un grupo que no detiene derechos y necesitan ser excluidos. Uno de los caminos para tanto es buscar la vinculación a la citada Convención, con el natural avance en la protección de derechos de los migrantes por el mundo.

Palabras-llave: Trabajadores migrantes. Emigración. Derecho de entrada. Derechos políticos.

Introdução

Ao contrário do que se percebe nas grandes Convenções de Direitos Humanos, o Brasil ainda não se vinculou à Convenção sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros de Sua Família, adotada pela Assembleia Geral da ONU, por meio da Resolução 45/158, de 18 de dezembro de 1990. Fato que chama a atenção, pois pode demonstrar que pressões internas contra a ratificação/adesão do país sejam mais fortes do que em qualquer outro campo dos direitos humanos.

Nesse cenário, certamente, o silêncio eloquente indica que a proteção ao trabalhador migrante no Brasil é um desafio bastante sensível, que vai demandar grande esforço dos envolvidos para garantir-lhes mais direitos.

Essa constatação não chega a surpreender, especialmente imaginando a história e a situação atual do país. Historicamente, o Brasil foi o último país a tornar ilegal a escravidão,⁴ que foi construída pela vinda forçada de estrangeiros. Nos dias de hoje, é comum serem encontradas notícias sobre a precariedade de vida enfrentada por migrantes tanto nos centros industrializados quanto no trabalho rural.⁵

Assim, o desafio do presente trabalho, provocado pela situação atual de tramitação no Congresso Nacional do processo de aprovação interna da Convenção, é tentar compreender como esse debate se insere na lógica de exclusão do estrangeiro que se instala há muito no país, que, ao contrário do que se afirma, não deve ser entendido como um paraíso de acolhimento para os estrangeiros. Para tanto,

⁴ Horn, Gerald. *O Sul mais distante*. Trad. Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 75

⁵ Nesse ponto, são comuns as notícias de precarização de direitos dos trabalhadores migrantes, que podem ser vista no setor das confecções (<http://reporterbrasil.org.br/2016/08/a-moda-de-explorar-o-trabalhador/>) ou na atuação no campo em situação análoga à de escravidão, em que se enfrenta inclusive o racismo (<http://opiniaoenoticia.com.br/brasil/brasil-teve-mais-de-mil-trabalhadores-escravizados-em-2015/>) (http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/08/150819_racismo_imigrantes_jp_rm). Notícias acessadas em 03 de outubro de 2016.

será realizada uma análise da vinculação do Brasil aos tratados de direitos humanos (2), com destaque à sua não vinculação à Convenção sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros de Sua Família (CMW). Em seguida, o foco passa a ser a tramitação da CMW (3) nos órgãos internos no Brasil. E, por fim, o desafio da circulação de pessoas (4) pelo mundo pela ótica de um possível direito de ingresso.

1 Convenções de Direitos Humanos e o Brasil

Pelo que se verifica da tabela a seguir,⁶ o Brasil já está vinculado a todos os principais tratados de direitos humanos,⁷ com exceção da CMW, conforme pontuado anteriormente.

Ratification Status for Brazil

Treaty	Signature Date	Ratification Date, Accession(a), Succession(d) Date
CAT - Convention against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment	23 Sep 1985	28 Sep 1989
CAT-OP - Optional Protocol of the Convention against Torture	13 Oct 2003	12 Jan 2007
CCPR - International Covenant on Civil and Political Rights		24 Jan 1992 (a)
CCPR-OP2-DP - Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights aiming to the abolition of the death penalty		25 Sep 2009 (a)
CED - Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance	06 Feb 2007	29 Nov 2010
CEDAW - Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women	31 Mar 1981	01 Feb 1984
CERD - International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination	07 Mar 1966	27 Mar 1968
CESCR - International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights		24 Jan 1992 (a)
CMW - International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families		
CRC - Convention on the Rights of the Child	26 Jan 1990	24 Sep 1990
CRC-OP-AC - Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict	06 Sep 2000	27 Jan 2004
CRC-OP-SC - Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children child prostitution and child pornography	06 Sep 2000	27 Jan 2004
CRPD - Convention on the Rights of Persons with Disabilities	30 Mar 2007	01 Aug 2008

Como se pode depreender, a atuação do país, desde finais da década de 60, é no sentido de sempre se vincular aos principais tratados de direitos humanos. Apesar de não se vincular aos vários dispositivos de reclamação individual e procedimentos de investigação previstos nesses tratados,⁷ o que, sem dúvida,

⁶ Fonte: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=24&Lang=en.

⁷ Conf. http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=24&Lang=EN.

prejudica a aplicação interna do tratado. Assim, a ausência de ratificação do diploma de proteção aos migrantes, se destaca.

Sempre presente nas negociações, mesmo em épocas em que enfrentava ditaduras internas, o Brasil tenta se mostrar como quem atua no sentido do apoio às normas de direitos humanos, apesar de se saber que está longe do que se imagina como garantidor do mínimo de proteção aos seus nacionais. Mesmo se sabendo que há determinação nesse sentido trazida pelo art. 4º da Constituição Federal, quando determina como deve ser a condução do país nas relações internacionais, enfatizando a prevalência dos direitos humanos.

Mesmo aqueles diplomas que não são diretamente ligados às grandes convenções onusianas, como é o caso do Estatuto de Roma, que contém possíveis incongruências com o ordenamento brasileiro, e a Convenção Quadro de Controle do Tabaco, da Organização Mundial da Saúde, foram ratificados. Apesar disso, a Convenção de proteção aos trabalhadores migrantes continua não vinculante formalmente para o Brasil. Nesse contexto, resta saber a quantas anda a tramitação desse tratado.

2 Tramitação da Convenção

Em 2010, na tentativa de sanar a falha causada pelo silêncio da não vinculação, o Poder Executivo, por meio da Mensagem Presidencial nº 696, de 2010, encaminhou à apreciação do Congresso Nacional a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias.

Note-se que o texto da Convenção foi adotado em 18 de dezembro de 1990 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, logo depois da redemocratização do país e da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, mas isso não foi suficiente para fazer o país a ela se vincular.

O texto chegou à Câmara dos Deputados no dia 15 de dezembro de 2010, como determinado no inciso I do art. 49 da Constituição. O caminho, no entanto, apesar de ser o mesmo que busca a ratificação, visa levar o país a declarar sua adesão ao tratado, tendo em vista que o Brasil não assinou o texto adotado. De fato, não tendo assinado o tratado, o país não é obrigado a abster-se da prática de atos que frustrariam o objeto e a finalidade de um tratado. No entanto, de acordo com o artigo 18 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT), que versa sobre a obrigação de não frustrar o objeto e finalidade de um tratado antes de sua entrada em vigor, o Estado gera obrigações para ele, antes mesmo da ratificação, se tiver assinado ou trocado instrumentos constitutivos do tratado, sob reserva de ratificação, aceitação ou aprovação, enquanto não tiver manifestado sua intenção de não se tornar parte no tratado.

Optando pela não assinatura do texto, o caminho é o da adesão, que não gera obrigação ao Estado antes da vinculação definitiva ao tratado, como é o caso em tela. Dessa forma, enquanto tramita o tratado internamente, não há que ser exigido comportamento do Estado brasileiro.

Nesse sentido, seguindo o seu curso normal, a mensagem foi, num primeiro momento, distribuída às Comissões de Relações Exteriores e de Defesa Nacional; Trabalho, de Administração e Serviço Público e Constituição e Justiça e de Cidadania (mérito e art. 54 do Regimento Interno), no mesmo dia 15 de dezembro de 2010.

Em seguida, como a matéria foi encaminhada a mais de três comissões de mérito, mostrou-se necessária a criação de uma comissão especial, de acordo com o art. 34, II, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Todavia, somente em 11 de junho de 2015, por Ato da Presidência da Câmara dos Deputados, foi criada a comissão especial, que, até outubro de 2016, não havia definido sua composição.

A perspectiva, portanto, é de demora na apreciação da questão, o que pode ser apenas mais um reflexo dessa demora que até o momento se identifica, com o prazo de quatro anos para se definir a criação de uma comissão especial.

Destaque-se que a Convenção é um dos nove instrumentos de proteção dos Direitos Humanos mais importantes do planeta, segundo a Organização das Nações Unidas⁸. Como a prevalência dos Direitos Humanos, de acordo com o art. 4o da CF/88, é um dos princípios que devem reger o Brasil nas suas relações internacionais, a convenção mereceria um pouco mais de atenção do país. Mesmo assim, a tramitação é lenta, o que provoca reflexão sobre os motivos pelos quais o direito dos estrangeiros é tão negligenciado no Brasil. Ao que parece, o estrangeiro é o que menos direitos consegue garantir, especialmente por não fazer parte do processo eleitoral no país.

3 O desafio do migrante – o direito de ingresso

De início, importante ressaltar como são definidos aqueles determinados como estrangeiros,⁹ visto que essa é, sem dúvida uma das formas de exclusão. Como se percebe pela caminhada histórica, o Estado tem recebido a incumbência de decidir, de forma irrefutável, sobre a entrada de estrangeiros em seu território; no entanto, a evolução da proteção internacional dos direitos humanos trouxe impactos a essa faculdade. Tal possibilidade de limitar quem entra e quem sai de seu território tem servido também para regular o fluxo de mão de obra.

O Estado pode ser mais benevolente quando trabalhadores migrantes são necessários e mais rigoroso naquelas situações em que eles não são mais desejáveis.

⁸ É o que se pode depreender do destaque que esses dispositivos ganham no site do Alto Comissário das Nações Unidas para Direitos Humanos: [http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBody External/Treaty.aspx?CountryID=24&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=24&Lang=en).

⁹ Segundo Carvalho Ramos, a definição de estrangeiro é feita por exclusão, nos seguintes termos: “A princípio, estrangeiro é todo aquele que não possui a nacionalidade do Estado em cujo território se encontra. Por exclusão, então, a doutrina tradicionalmente define o estrangeiro como sendo o não nacional, quer tenha outra nacionalidade, ou seja, apátrida” (CARVALHO RAMOS, A. Direito dos Estrangeiros no Brasil: imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D; PIOVESAN, F. (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*, p. 721.

Nesse contexto, excluir o migrante indesejado, depois que ingressa, é mais fácil nas hipóteses em que ele não se encontra com todos os documentos necessários para permanência.

Não lhe conceder o direito de migrar e de se estabelecer num país como trabalhador é um dos grandes focos de violações ao direito, que poderia ser parcialmente resolvido com a aplicação da convenção, pois ela não garante o direito de ingresso, que merece uma análise mais detida.

Nesse sentido, a teoria de Francisco de Vitória,¹⁰ relativa ao *jus communicationis*, ganha relevância por ter defendido a livre circulação. Além das ideias de Vitória, trazidas à lume pela defesa da total liberdade de circulação, existem manifestações de Cortes Internacionais que abrem espaço para o surgimento de um direito de ingresso, destacando-se, em particular, a Opinião Consultiva nº 18, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 17 de setembro de 2003, que reconhece a necessidade de criarem os Estados políticas migratórias, permitindo que se vislumbre uma limitação aos poderes do Estado de decidir sobre o ingresso de estrangeiros.

Como é possível notar, o fundamento do veto à entrada deve ser explicitado e não pode, segundo a Corte, violar tratados internacionais de direitos humanos. O espaço para sustentação da decisão estatal é estreito e se restringe à argumentação trazida no seu fundamento, vislumbrando-se, dessa maneira, a possibilidade de aplicar-se a lógica das escolhas trágicas, que consiste numa técnica de decisão em situações difíceis, também nesse caso.¹¹

O que interessa aqui é o direito de ingresso; porém, no campo da circulação de pessoas pelo mundo, há que se identificar a existência de regulações diversas para a saída e para o ingresso de pessoas. No que tange à liberdade de sair do território do Estado, há menção já na Carta Magna britânica de 1215.¹² Nela se estabelece que todos têm o direito de deixar o Reino Unido. Depois disso, também no Reino Unido,¹³ a *Common Law* fez nascer um remédio chamado *Ne Exeat Regno*, que permitia ao Rei impedir a saída de determinados indivíduos.

O direito de deixar o território do Estado passou a ser reconhecido de modo geral após a Segunda Guerra Mundial, em especial por conta da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). O problema, no entanto, particularmente em decorrência dos deslocamentos econômicos, não era apenas com relação à saída do território do Estado – identificado com recorrência como obstáculo nos países alinhados ao bloco comunista, que formavam a chamada *cortina de ferro*, nos quais a saída era controlada – mas também ao ingresso em outros territórios.

¹⁰ VITÓRIA, F. de. *Os índios e o direito da guerra*. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2006. Tradução de: De indis et de jure belli relectiones. (Coleção Clássicos do Direito Internacional.), p. 35

¹¹ CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices*. Nova York: W.W.Norton & Company, 1978.

¹² WEISSBRODT, D. S.; DANIELSON, L. *Immigration Law and Procedure in a Nutshell*. 5. ed. New York: Thomson West, 2005. p. 366.

¹³ *Ibidem*, p. 366.

Dessa forma, o dilema maior, não enfrentado de forma explícita pela Declaração Universal de Direitos Humanos, envolve, por conta da expansão da circulação de pessoas pelo mundo, diretamente o direito de ingresso do estrangeiro em outros territórios.

Segundo a Corte Europeia de Direitos Humanos, em 2002, no julgado *Boultif vs. Suíça*, não existe o direito de ingresso, estando os indivíduos à mercê da decisão exclusiva do Estado, sem nenhuma possibilidade de controle externo sobre esse tema. O que não se percebe na decisão citada é o necessário cotejo entre as normas internacionais de direitos humanos e as razões que motivaram o impedimento de ingresso.¹⁴

O grande fluxo de circulação de pessoas pelo mundo, no entanto, não pode ser ignorado; por isso, a Opinião Consultiva nº 18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos é de suma importância para se identificar a limitação às decisões dos Estados como consequência lógica dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no tocante à sua relação com estrangeiros.

Nesse contexto, é possível identificar que a circulação de pessoas pelo mundo é cada vez mais intensa. As comunicações são facilitadas e os deslocamentos físicos se tornam mais rápidos. Destaca-se, nesse cenário, a atuação do Estado que recebe o migrante.

A total liberdade do Estado de decidir sobre quem entra em seu território denota não mais existir, pois recebeu limitações, em especial pela construção da proteção dos direitos humanos, que impedem o Estado de continuar a agir da mesma forma que agia antes das facilidades atuais de circulação de informações e de pessoas existirem.

Identificar tais limitações, decorrentes da aplicação de tratados de direitos humanos, que serviriam para conter a liberdade total do Estado e controlar a sua atividade, constitui o cerne do objeto do problema aqui suscitado.

Em outras palavras, visa-se identificar se há um direito de ingresso do estrangeiro alegável em face do poder do Estado de determinar quem pode, ou não, entrar em seu território.

A liberdade total de decisão do Estado, quer por não existirem direitos absolutos, quer pela universalidade dos direitos humanos, pode ser tida como inexistente nos dias de hoje, máxime por conta da construção de normas internacionais que a limitam. Encontrar fundamento jurídico para essa limitação,

¹⁴ Segundo Convey e Kupiszewski, há necessidade de se criar uma política direcionada à migração e ao ingresso de estrangeiros, o que, no mínimo, seria útil para nortear as decisões de migrantes que para aquele país decidissem se dirigir, nos seguintes termos: “There is an inescapable relationship between the existence of migration movements and the resulting policies which are adopted by the authorities of the area concerned towards encouraging these movements, or more commonly towards attempting to control or to reduce them. This in turn means that the migration researcher must not only look at the effects of policy and changes in policy, important though this is, but must also attempt to understand the changing political factors which fuel the formation of policy.” (CONVEY, A.; KUPISZEWSKI, M. Keeping up with Schengen: migration and policy in the European Union. *International Migration Review*, v. 29, n. 4, p. 939-963, 1995. p. 939).

sem que se chegue à utopia da total possibilidade de circulação, é o objetivo proposto por este estudo.

O pano de fundo é a constatação da existência de um mundo com uma crescente interação transnacional, que se aprofunda com o incremento da tecnologia, em particular a relativa às comunicações, cada vez mais velozes e acessíveis.¹⁵ Como produtos da globalização, os reflexos das decisões internas estatais são cada vez mais percebidos além das fronteiras que acolhem as nações.

Tanto em temas que dizem respeito ao comércio internacional e à proteção de mercados internos, que de modo claro sempre trouxeram consequências além dos limites de aplicação do direito interno, como em questões que tradicionalmente eram afetadas tão somente ao direito interno, por exemplo, o direito processual, já se percebe a existência de ligações que podem ser chamadas de transfronteiriças.

Nesse sentido, a cooperação processual internacional e a eleição de foro em contratos internacionais podem ser citadas de modo exemplificativo.¹⁶ A globalização jurídica foi objeto de análise por Matias,¹⁷ na qual o autor explana sobre a interdependência jurídica entre os Estados. Percebe-se que mesmo as mais despretensiosas decisões internas podem trazer sensíveis reflexos internacionais, como foi o caso das regras internas dos Estados Unidos para concessão de empréstimos destinados à compra de casa própria, que estão no nascedouro da crise enfrentada no final de 2008, conhecida como crise do *subprime*.¹⁸

Afigura-se como natural, portanto, reconhecer a necessidade de ampliação da proteção dos indivíduos, independentemente da nacionalidade ou domicílio, em face das decisões nacionais ou transnacionais, pois são cada vez mais comumente atingidos por elas. Em outros termos, o indivíduo passa a sofrer as consequências de decisões tomadas por Estados com os quais não mantém vínculo – de nacionalidade ou qualquer outro –, nos quais não tem participação no processo político, não podendo reputar-se representado na tomada dessas decisões.

Pode-se dizer que a normatização interna reconhecidamente responsável por trazer consequências internacionais é aquela pertinente à identificação dos nacionais do país. Isto é, a legislação interna é que define quem tem o direito à

¹⁵ No tocante à influência da globalização sobre a imigração e a cidadania (RUBENSTEIN, K. Globalisation and citizenship and nationality. *SSRN eLibrary*. 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=530382>>. Acesso em: 11 abr. 2010.

¹⁶ HUCK, H. M. *Sentença estrangeira e Lex Mercatoria: horizontes e fronteiras do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 38.

¹⁷ MATIAS, E. F. P. *A humanidade e suas fronteiras do estado soberano à sociedade global*. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 203.

¹⁸ A chamada crise dos créditos *subprime* veio à tona em meados de 2008, tendo se alastrado pelo mundo por conta de uma profunda ligação entre os mercados mundiais (KEENAN, P. J. Financial globalization and Human Rights. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 46, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=1102788>>. Acesso em: 11 abr. 2010.

nacionalidade.¹⁹ Essa normatização caracteriza todos aqueles que nela deixam de ser enquadrados como não nacionais.

O direito à nacionalidade faz parte dos direitos humanos, como destacado por Fernández Rozas e Alvarez González,²⁰ por isso, também nesse ponto, o Estado sofreu restrições na sua possibilidade de fixar os parâmetros para definição de seus nacionais; é o que se verifica no caso Nottebohm,²¹ em que Liechtenstein, de acordo com a Corte Internacional de Justiça, não poderia substituir processualmente o Sr. Nottebohm, contra a Guatemala, que expropriou os bens dele por ser nacional da Alemanha, contra quem a Guatemala havia declarado guerra. Em linhas gerais, a Corte entendeu que a concessão de nacionalidade por Liechtenstein a Nottebohm não respeitaria o vínculo genuíno, anulando tal concessão e retirando a legitimidade ativa de Liechtenstein. Se, portanto, no plano interno a nacionalidade confere à pessoa um vínculo jurídico que pode ser tido como base para suas atuações legais e sociais internas, ela também oferece importantes consequências no plano internacional, em particular quando se põe em foco a proteção diplomática.²²

Um indivíduo que diligencia por sua inserção em uma comunidade territorial, como o Estado, deve preencher determinados requisitos legais, tanto para obter proteção externa que impeça violações contra os seus direitos – a chamada proteção diplomática, que exige o vínculo de nacionalidade – quanto para garantir uma participação mais rica nos processos democráticos da comunidade escolhida, o que é permitido, em algumas situações, apenas com o porte de visto de permanência.²³ E isso, de maneira indireta, traria reflexos à comunidade mundial pela maior ou menor circulação global de indivíduos.

A ligação tradicional do indivíduo com os Estados, para fins de proteção, tem sido feita, conforme assinalado, por meio do vínculo de nacionalidade.²⁴ Os indivíduos ganham a condição de nacionais de um Estado quando este reconhece o vínculo por determinação da legislação interna. Com relação a pessoas jurídicas, muito embora seja a nacionalidade atributo exclusivo das pessoas físicas, dá-se algo parecido, com a presença de outro tipo de vínculo entre elas e o Estado,²⁵ a consistir

¹⁹ De acordo com Rozas e Alvarez González: “Desde una primera dimensión, de carácter sociológico, la nacionalidad es expresión jurídica de un hecho social, es decir, la pertenencia de una persona a una comunidad nacional. Sin embargo, para una segunda concepción, que hoy día puede calificarse de dominante, la nacionalidad implica un vínculo entre la persona y el Estado al que se halla sometido.” (FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; ALVAREZ GONZÁLEZ, S. *Derecho español de la nacionalidad*. Madrid: Tecnos, 1987. p. 19).

²⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; ALVAREZ GONZÁLEZ, S. *Derecho español de la nacionalidad*. Madrid: Tecnos, 1987. p. 36.

²¹ Confira o caso por completo no site da Corte Internacional de Justiça: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=lg&case=18&k=26&p3=0>

²² *Ibidem*, p. 36.

²³ É o caso dos portugueses com visto permanente no Brasil, que alcançam igualdade de direitos políticos fundada no art. 12, § 1º, da Constituição Federal hodierna.

²⁴ É oportuna a indicação da leitura sobre o tema da necessidade do vínculo de nacionalidade para que se possa conceder a proteção diplomática a um indivíduo de SLOANE, R. D. Breaking the genuine link: the contemporary international legal regulation of nationality. *Harvard International Law Journal*, v. 50, Winter 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=1262877>>. Acesso em: 03 abr. 2010.

²⁵ De acordo com Rezek: “Todo o substrato social e histórico do instituto da nacionalidade tende a apontar, de modo inequívoco, apenas o ser humano como seu titular. É por extensão que se usa falar em

essencialmente em uma ligação entre as pessoas jurídicas e o ordenamento jurídico do Estado.

Compreender o conceito de nacionalidade e as normas sobre a sua concessão e perda, além dos dispositivos normativos pertinentes à circulação de não nacionais, conduz à identificação parcial da medida da permeabilidade das fronteiras nacionais de determinado Estado. Como o nacional não pode ser barrado na fronteira, identifica-se, parcialmente, uma restrição de atuação do Estado, que, por sua vez, não pode impedir o ingresso, pois já criou as regras definidoras da nacionalidade.

Também é possível identificar a limitação do direito do Estado em definir as regras sobre a concessão do vínculo a seus nacionais, mudando-se o foco da análise, quando se percebe que ele não pode declarar seus nacionais todos os indivíduos do mundo, consoante explica Santos,²⁶ ao fazer menção ao caso *Buchanan vs. Rucker*, que tramitou perante o Judiciário inglês em 1808, culminando com a declaração expressa que a ilha de Tobago não podia declarar seus nacionais os habitantes do mundo inteiro, por conta da necessidade de efetividade do vínculo.

Em uma esfera ainda em grande parte pertencente de forma exclusiva ao Estado, as decisões sobre a nacionalidade podem afetar tanto o direito do indivíduo a ter acesso a um protetor quanto o conteúdo substantivo de seus direitos. De fato, se o Estado é essencial para a relação do indivíduo com a sociedade em que se insere, as ações do Estado estão claramente associadas aos direitos garantidos aos indivíduos que a ele se vinculam em face da nacionalidade. Algo identificado de modo mais claro pela análise do rol de direitos, em particular os sociais, garantidos a determinada sociedade nacional.

Além da definição das normas para aquisição do direito à nacionalidade, os Estados reivindicam uma especial prerrogativa para impor aos seus nacionais e indivíduos em seu território domiciliados os encargos exclusivos, relativos, v.g., à tributação, ao serviço militar e à sujeição a jurisdição civil e penal.

A atribuição aos Estados da competência para proteger os indivíduos e proferir as decisões que afetam mais diretamente essa atribuição, dada uma arena mundial descentralizada em que os Estados-nação ainda são os principais participantes oficiais, portanto, devem ser consideradas, em particular se o indivíduo não tem um Estado como protetor, o que pode ser visto como aspiração da comunidade para efetivação de direitos humanos por meio da atuação Estatal.

A esse propósito, faz-se oportuno destacar que é mediante a nacionalidade que o Estado delimita o âmbito de sua competência pessoal sobre uma população de

nacionalidade das pessoas jurídicas, e até mesmo em nacionalidade das coisas. No primeiro caso não há negar valor jurídico ao vínculo, apesar de que fundado quase sempre na mera consideração da sede social ou do lugar de fundação da empresa. No segundo, o uso do termo nacionalidade não excede à metáfora. Assim, a constância com que ouvimos referência a aviões brasileiros ou a sociedades brasileiras de capital aberto não nos deve levar a confundir um vínculo político eminente, dotado de amplo lastro na história das sociedades humanas, com mera sujeição de ordem administrativa, mutável ao sabor da compra e venda". REZEK, J. F. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 180.

²⁶ SANTOS, A. M. dos. *Estudos de direito da nacionalidade*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 281.

indivíduos permanentes e estáveis em seu território e também fora dele, tanto em áreas que façam parte de outro território, na sua competência extraterritorial, quanto em regiões de domínio público internacional, como o alto mar e partes da Antártica.²⁷

O apátrida, a pessoa sem filiação formal a um corpo político, é, nesse sentido, identificado como um pária internacional, uma pessoa “desprotegida”, que enfrenta privações por não receber o amparo de um Estado – privações que são graves e abrangentes, muito além daquelas comuns aos estrangeiros. O apátrida conta com pouca ou com nenhuma proteção, tanto interna quanto internacionalmente, contra a decisão estatal, que lhe é imposta, pois tem nenhum ou reduzido espaço de participação política.

Os estrangeiros, com nacionalidade de algum outro Estado, também sofrem restrições de direitos, mesmo tendo, em tese, um protetor no cenário internacional, que pode mostrar-se fraco ou não ter interesse geopolítico de defender o seu nacional pelo caminho da proteção diplomática.

Da mesma forma, em algumas situações, o indivíduo enfrenta obstáculos administrativos e complexidades jurídicas para ter reconhecida sua nacionalidade e, depois disso, para que o Estado que lhe concede venha a protegê-lo no âmbito internacional.

As práticas dos Estados na atribuição ou recusa de nacionalidade e os procedimentos por eles estabelecidos para isso podem, de fato, afetar diretamente não só o acesso a um protetor, mas também a quantidade e a qualidade da participação em todos os processos decisórios internos formadores da cidadania.

Emerge daí a necessidade de que, na investigação sobre privações reais e potenciais dos direitos humanos, seja feito um exame detalhado sobre a lógica da decisão acerca das práticas e procedimentos de concessão e de recusa da nacionalidade, ou, ainda, sobre a permissão ou proibição de entrada em território estrangeiro, o que, em linhas gerais, determinará o grau de permeabilidade do Estado para ingresso de não nacionais.

Os indivíduos que, em contraste com o apátrida, são reivindicados por mais de um Estado, ou seja, que tenham nacionalidade de várias nações, os chamados polipátridas, usufruem das vantagens de maior proteção. Eles também recebem, porém, maior quantidade de responsabilidades, sendo submetidos a cargas maiores de deveres a serem cumpridos, tais como as questões relativas a serviço militar, tributação e sujeição à jurisdição.

Daí que a nacionalidade tenha grande relevância para o Direito Internacional, podendo ser identificada como essencial na relação entre indivíduos e Estados, sendo base, conforme observado, *v.g.*, para a concessão da proteção

²⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; ALVAREZ GONZÁLEZ, S. *Derecho español de la nacionalidad*, p. 39: “[...] el ámbito de su competencia personal sobre una población de individuos permanentes y estables en su territorio e, incluso, fuera de él, tanto en áreas que no formen parte del territorio de otros Estados (alta mar, partes de la Antártida, espacio ultraterrestre, etc.), como en el territorio de otros Estados dentro de la denominada competencia extraterritorial del Estado”.

diplomática. Nas palavras de Rubio Carracedo *et al.*²⁸ em que se defende que a democracia como soberania popular exige a abertura de um espaço de debate público e o exercício da aproximação dos grupos, o que deve ser visto como mais do que a simples tolerância entre eles, porém, faz isso de forma restritiva, tendo em vista que, para o texto, a nacionalidade é a resposta para se determinar quem faz parte desses grupos que merecem ser ouvidos na discussão política. No entanto, o texto perde a oportunidade de dar voz a quem não tem nacionalidade do local em que o debate político se trava.

Nesse sentido, a permeabilidade das fronteiras nacionais deve ser vista não apenas como os caminhos fáceis, em que palavras e imagens se movem em uma internet não limitada por restrições geográficas, mas também pelo movimento de pessoas pelas fronteiras nacionais do mundo real.

No começo do século XX, segundo Benhabib e Resnik,²⁹ quase 2% da população mundial – 33 milhões do total de 1,7 bilhão de pessoas – vivia na situação de migrantes, enquanto que, no ano 2000, cerca de 175 milhões de pessoas viviam como estrangeiros, de um total de 6 bilhões de pessoas no mundo. Isso eleva o percentual para algo bem próximo dos 3% da população mundial vivendo como migrantes, além do sensível aumento em números absolutos.

Fator que reforça a necessidade de uma discussão como a traçada aqui, pois, nos últimos 30 anos do século XX, cerca de 75 milhões de pessoas saíram dos países em que viviam – como estrangeiros ou como nacionais – e foram viver em outros locais do globo. O migrante, então, é definido como aquele que deixa um Estado para se fixar permanentemente em outro.³⁰

Nesse contexto, avulta o tema da universalidade, como fundamento para o direito de circulação das pessoas pelo mundo. Procura-se, então, entender se a nacionalidade pode ser fundamento para impedimento de ingresso em outro país e em que situações isso pode ocorrer.³¹

De fato, é preocupante a relação entre a universalidade dos direitos humanos e a impossibilidade da livre circulação de pessoas pelo mundo, em especial nos casos em que o impedimento de entrada se faz como total restrição a direitos.

A entrada de estrangeiros em território deve ser uma decisão do Estado receptor. Afora os casos de proteção de refugiados, cristalizada em tratado

²⁸ RUBIO CARRACEDO, J. ROSALES, J. M.; TOSCANO MÉNDEZ, M. *Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos*. Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 97. (Colección Estructuras y procesos): “Si pensamos en la democracia como soberanía popular, también parece claro que la apertura de un espacio de debate público y el ejercicio de la acción colectiva ya no permiten el aislamiento de cada grupo en su enclave y exigen algo más que la mera tolerancia entre comunidades; requieren un nuevo sentido de comunidad y solidaridad entre los individuos que componen el cuerpo político. La nueva legitimidad democrática remite a una comunidad de ciudadanos capaces de afirmar ‘We, the people’, por lo que surge necesariamente la cuestión de quiénes constituyen ese ‘nosotros’ y cómo se define esa identidad colectiva. [...] la nacionalidad es la respuesta moderna a esta clase de cuestiones.”

²⁹ BENHABIB, S.; RESNIK, J. *Migrations and mobilities: citizenship, borders, and gender*. New York: NYU Press, 2009. p. 1.

³⁰ GARNER, B. A. *Black's Law Dictionary*. 8th. ed. New York: Thomson West, 2004. p. 69.

³¹ RUBIO CARRACEDO, J. ROSALES, J. M.; TOSCANO MÉNDEZ, M. *Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos*, p. 103.

internacional, a permeabilidade das fronteiras nacionais está ligada à possibilidade de efetivação de direitos sociais, o que justifica a necessidade de se reservar ao Estado a decisão relativa à entrada de estrangeiros em seu território, o que, em essência, deve ser entendido como uma decisão que envolve recursos escassos, com profundas conexões com a discussão referente a Direito e Economia (*Law & Economics*), constituindo uma decisão trágica, conforme identificado por Calabresi e Bobbitt³² e por Elster.³³

Essa decisão, porém, necessita revestir-se de racionalidade, pois, caso isso não ocorra, os estrangeiros podem ser escolhidos aleatoriamente, em procedimento que deve ser rechaçado pelo Direito. Entender a relação entre universalidade e imigração, à luz da necessária logicidade, e contribuir com uma forma de controle das decisões estatais de ingresso ou não de estrangeiros deve nortear a evolução da discussão. A relação entre migração, cidadania e direito de ter direitos merece ser discutida à luz do Direito Internacional, a fim de que sejam enfrentadas as questões vislumbradas e apontadas há pouco.

O direito internacional, em parte por essa razão,³⁴ oferece ampla margem aos Estados para conferir a nacionalidade. A Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), por seu turno, declarou, no Caso dos Decretos de Nacionalidade da Tunísia e Marrocos, que a nacionalidade pertence a um domínio de competência legal reservada à lei interna, embora possa ser limitada por obrigações decorrentes do direito internacional.³⁵

Para além dos limites do tratado bilateral, no entanto, os esforços destinados a codificar no âmbito internacional a nacionalidade em rigor incluem não mais que afirmações vagas como, v.g., a de que “o poder de um estado para conferir a sua nacionalidade não é ilimitado”,³⁶ como aconteceu em tentativa de codificação do direito da nacionalidade no âmbito internacional, cujo projeto foi publicado no *American Journal of International Law*, em 1929. A Convenção de Haia de 1930, pontualmente, estipulava que cabia “a cada Estado determinar, sob sua própria legislação, quem são os seus cidadãos”, mas que as normas internas do Estado sobre nacionalidade devem estar de acordo com as convenções internacionais, o costume internacional e os princípios³⁷ de direito em geral reconhecidos em matéria de nacionalidade, conforme será exposto adiante.

É o que determina o art. 3º, nº 2, da Convenção Europeia sobre Nacionalidade.³⁸ Como se percebe, a nacionalidade não possui uma clara regulação

³² CALABRESI, G.; BOBBITT, P. *Tragic choices*. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

³³ ELSTER, J. *Local Justice: how institutions allocate scarce goods and necessary burdens*. New York: Russell Sage Foundation Publications, 1993.

³⁴ A Corte Internacional de Justiça declarou, no caso Nottebohm, que a diversidade de condições demográficas torna impossível uma regulação única para a nacionalidade (Caso Nottebohm, 1955, p. 23).

³⁵ Decretos de Nacionalidade da Tunísia e Marrocos, Opinião Consultiva, 1923, CPJI, n. 4; ver também opinião consultiva da CPJI, n. 7, 1923.

³⁶ The Law of Nationality, art. 2, 23 AM. J. INT'L L. SPEC. SUPP. 11, 13 (1929).

³⁷ Cf. MENEZES, Wagner. Os Princípios do Direito Internacional. In: Paulo Borba Casella; André de Carvalho Ramos. (Org.). *Desafios do Direito Internacional Contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009

³⁸ Art. 3º, nº 2, da Convenção Europeia sobre Nacionalidade, de 1997, que entrou em vigor em março de 2000.

pelo direito internacional: ela permeia o sistema jurídico internacional, porém, esse relega o seu sistema de definição e regulação, com raras exceções, de forma quase invariável, aos diversos ordenamentos jurídicos internos. Ela, no entanto, não dialoga com a participação política de todos e pode ser um obstáculo para a proteção dos não nacionais. Assim, a sugestão é superar o vínculo de nacionalidade para se permitir uma ampliação da igualdade entre os indivíduos, nacionais ou não.

Com a construção do direito internacional dos direitos humanos, é possível identificar a criação de obrigações para os Estados em relação todos os indivíduos, não apenas seus nacionais. Também é possível verificar a importância da nacionalidade no regime internacional contemporâneo para a proteção dos refugiados.

O direito internacional ainda não tem, todavia, com raras exceções, um grupo de normas destinado a controlar a competência, até o momento, soberana dos Estados para definir as regras internas sobre a nacionalidade. O direito internacional clássico se refere à atribuição da nacionalidade como uma questão de direito interno, somente sujeita a limitações baseadas na vontade, pois trazidas por um tratado e, em certa medida, também por costumes e por princípios gerais, conforme apontado aqui.

Em 1923, a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) determinou que “em princípio” a nacionalidade deveria permanecer no “domínio reservado” da competência jurídica nacional, embora os Estados pudessem voluntariamente aceitar as limitações impostas pelo tratado.³⁹

A mesma Corte, em parecer sobre nacionalidade polaca, confirmou em 1923 que, “em geral, é verdade que um Estado soberano tem o direito de decidir quais as pessoas que devem ser consideradas como seus nacionais”; porém, não é menos verdade que esse princípio é aplicável apenas àqueles vinculados às normas convencionais a esse respeito.⁴⁰

Com esteio na “regra geral” definida no caso da nacionalidade polonesa, os argumentos da CPJI denotavam o propósito de se referir não só às limitações que o Estado pode aceitar voluntariamente por meio de acordos com outros Estados, mas também às limitações a eles impostas sobre a liberdade de um Estado para determinar a nacionalidade dos indivíduos.

Dessa maneira, o costume e os princípios gerais, e não apenas obrigações decorrentes do Tratado, construiriam o limite de domínio reservado à competência dos Estados para conferir nacionalidade.⁴¹ Mas o argumento não especificou a natureza ou o conteúdo desses limites.

Em 1929, consoante explanado em ponto específico deste estudo, pesquisas na Faculdade de Direito de Harvard culminaram com um projeto de convenção e comentários sobre a regulamentação internacional da nacionalidade.⁴²

³⁹ Decretos de Nacionalidade da Tunísia e Marrocos, Opinião Consultiva da CPJI, 1923 (ser. B) n. 4.

⁴⁰ *Nacionalidade Polaca*, Opinião Consultiva da CPJI, 1923 (ser. B) n. 07.

⁴¹ V.g., o já citado caso dos Decretos de Nacionalidade da Tunísia e Marrocos.

⁴² *The Law of Nationality* art. 2, 23 AM. J. INT'L L. SPEC. SUPP. 11, 13 (1929).

O projeto de convenção nascido dos estudos de Harvard já estipulava, em 1929, que cada Estado pode, por sua legislação interna, determinar quem são os seus nacionais, sob reserva das disposições previstas no tratado especial de que o Estado pode ser parte. Segundo o direito internacional, no entanto, o poder de um Estado para conferir a sua nacionalidade não é ilimitado, voltando-se, assim, para a vagueza de conteúdo dos conceitos e dos limites.

Percebe-se, com isso, que a interferência do direito internacional na regulação interna da nacionalidade é bastante modesta. Faz-se oportuno trazer a lume exemplo citado por Sloane,⁴³ sobre a liberdade que os Estados possuem no tocante à concessão da nacionalidade, no qual, ao término da Revolução Bolchevique, a Rússia se propôs a conceder a nacionalidade russa a todos os trabalhadores do mundo.

4 O excluído pela nacionalidade

A crise dos migrantes de 2015 na Europa, em decorrência da Guerra na Síria, já havia dado sinais quando da guerra da Líbia e dos movimentos da chamada *primavera árabe*, que levaram a realidade bastante semelhante, especialmente a partir dos desentendimentos entre França e Itália, no episódio dos tunisianos em Ventimiglia, cidade italiana. Ocorreu que em abril de 2011, o governo francês decidiu impedir o ingresso, em seu território, de tunisianos, com autorização de entrada dada pela Itália. O fato foi entendido como violação ao acordo de Schengen,⁴⁴ pelo qual se permite a livre circulação de pessoas pelo bloco, desde que tenham, no caso de estrangeiros, passado pelo controle migratório de um dos países da Comunidade Europeia.⁴⁵

Esses casos, apesar de representarem um microcosmo, mostram que a exclusão não atinge apenas os estrangeiros. A exclusão ataca aqueles que são identificados como “outros”,⁴⁶ que, para a efetivação de direitos sociais, são aqueles que não podem contribuir para ampliar a gama de recursos visando a satisfação desses direitos. Os índios americanos, por exemplo, alcançaram o direito pleno à nacionalidade estadunidense apenas em 1924.⁴⁷

⁴³ SLOANE, R. D. Breaking the genuine link: the contemporary international legal regulation of nationality. *Harvard International Law Journal*, v. 50, Winter 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=1262877>>. Acesso em: 03 abr. 2010.

⁴⁴ CONVEY, A.; KUPISZEWSKI, M. Keeping up with Schengen: migration and policy in the European Union. *International Migration Review*, v. 29, n. 4.

⁴⁵ TRAUNER, F.; KRUSE, I. EC Visa facilitation and readmission agreements: a new standard EU Foreign Policy Tool? *European Journal of Migration & Law*, v. 10, n. 4, p. 411-438. DOI: Article, 2008.

⁴⁶ BENHABIB, S. *The Rights of others: aliens, residents, and citizens*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 37.

⁴⁷ Para uma análise interessante do tema, conferir Spiro, ao expor a preocupação sobre a nacionalidade do indígena norte-americano, nos seguintes termos: “[...] was the question how the Citizenship Clause applied to Native Americans. In this context the qualifying phrase ‘subject to the jurisdiction thereof’ created the ambiguity. In *Elk v. Wilkins*, the Court found Indians not constitutionally entitled to birth citizenship. The Court characterized Indians as owing ‘immediate allegiance to their several tribes,’ and thus they ‘were not part of the people of the United States.’ Congress, however, subsequently extended

Com o mesmo fundamento, ou seja, o de ser entendido como parte de um grupo diferente daquele de quem decide (ou seja, parte daqueles chamados de “outros”), o estrangeiro é visto como aquele que não vai contribuir. Porém, vai usufruir dos direitos sociais ou das oportunidades reservadas antes apenas aos nacionais, consistindo nisso os seus objetivos principais para a busca da entrada em território estrangeiro. Conforme Honig,⁴⁸ que expressa sua preocupação quanto à solução do problema da condição de ser estrangeiro, o que envolveria democracia e cidadania, há várias soluções propostas, porém, em todos os casos, a questão é tratada como “problema”. Em outras palavras, não se vê o migrante como parte de uma solução conjunta, mas um problema a ser trabalhado.

Segundo os dados estatísticos disponíveis, tanto de forma absoluta quanto relativa, nunca houve uma quantidade tão grande de migrantes internacionais como a que existe hoje e o número deles decerto está num crescente.⁴⁹ Quase todos os países do mundo são e continuarão sendo afetados pelo aumento da circulação de pessoas pelo globo.

Uma das formas em que um Estado se posiciona no cenário internacional é pela exposição de sua política de migração,⁵⁰ pois, não apenas demonstra a visão que o Estado tem de si mesmo, mas apresenta sinais da sua posição no mundo e seu relacionamento com outros Estados, o que leva a crer que a política externa tem clara vinculação com a política de imigração.

É crucial entender, no entanto, que a migração está ligada umbilicalmente a outras importantes questões globais, como pobreza, desenvolvimento e direitos humanos. Apesar da visão negativa que despertam nos nacionais, os migrantes, segundo Koser,⁵¹ são os membros mais empreendedores e dinâmicos da sociedade em que vivem. O autor aduz também que, historicamente, a migração sustentou o crescimento econômico e a construção das nações, além de ser responsável pelo enriquecimento de várias culturas, v.g., como aconteceu com o Brasil e com os Estados Unidos.

birth citizenship to Native Americans by statute in 1887 to those not living on tribal lands and in 1924 to all Native Americans.” (SPIRO, P. J. *Beyond citizenship: American identity after globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 13).

⁴⁸ HONIG, B. *Democracy and the foreigner*. New Jersey: Princeton University Press, 2003. p. 1: “How should we solve the problem of foreignness?” The question underlies contemporary discussions of democracy and citizenship. Proposed solutions vary. Political theorists deliberate about whether or to what extend social unity is necessary to sustain social democracy. Courts rule on the extent of government’s obligations to its noncitizen residents. Economists debate the costs and benefits of immigration. Sociologists argue about the (in)effectiveness of multilingual education. But, notwithstanding their differences, participants in contemporary debates about foreignness all reinscribe foreignness as a ‘problem’ that needs to be solved by way of new knowledge, facts, or politics. In so doing, they reiterate the question that has dominated political theory for centuries.”

⁴⁹ MEYER, M. *The year that changed the world: the untold story behind the fall of the Berlin Wall*. New York: Scribner, 2009. p. 7.

⁵⁰ NGAI, M. M. *Impossible subjects: illegal aliens and the making of modern America*, p. 9: “Immigration policy not only speaks to the nation’s vision of itself, it also signals its position in the world and its relationships with other nation-states. At one level this means that foreign policy invariably becomes implicated in the formulation of immigration policy.”

⁵¹ KOSER, K. *International Migration: a very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 24.

A migração também traz consigo questões desafiadoras, pois há várias formas de exploração abusiva dos indivíduos, que, por experimentarem grande dificuldade de inserção social no seu destino, acabam tendo violados os seus direitos humanos, trabalhando ou vivendo em ambientes degradantes, como pode ser empiricamente constatado em exemplos da indústria têxtil.⁵² O outro lado da moeda é o fato de que a migração traz privações aos países de origem dessas pessoas, que deixam de contar com seus conhecimentos, sejam eles técnicos ou teóricos, podendo, dessa maneira, gerar lacunas nos países de onde elas saíram.

A condição de migrante é determinada, conforme mencionado, por a pessoa se encontrar – ou tentar ingressar – em Estado com o qual não possui o vínculo de nacionalidade,⁵³ definido, como se sabe, pelo Estado soberano, o qual, de fato, tem a possibilidade de regular o trânsito de estrangeiros por suas fronteiras. Esse Estado alcança, para tanto, amparo no Direito Internacional que reconhece aos Estados soberanos o direito de regular ou proibir a entrada de estrangeiros em seu território.⁵⁴ Segundo Castles e Miller,⁵⁵ a migração é um processo que afeta toda dimensão social existente e que se desenvolve na sua própria dinâmica complexa.

Na esteira de Castles e Miller,⁵⁶ é interessante notar que 97% da população mundial não é migrante, porém, sofre os reflexos da migração, pois suas comunidades são alteradas por esse processo.

A construção do direito de nacionalidade pode servir para se entenderem os motivos pelos quais, em algumas situações, a regulação trazida pelo Estado soberano pode se alterar por acordos entre Estados, que visam aumentar a proteção a seus nacionais em outros territórios.⁵⁷

Com base nesses acordos, muitas vezes bilaterais, cada Estado partícipe terá, no território alheio, embaixadores e funcionários consulares em quem os seus cidadãos podem procurar apoio, caso enfrentem problemas jurídicos no país acreditado. Esses agentes têm, então, como proteger seus compatriotas contra perseguição ou eventual tratamento injusto.⁵⁸

Para bem entender o surgimento do elo de nacionalidade, é salutar compreender um período importante da história ocidental. Os sessenta anos que

⁵² Conf. http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/05/130508_trabescravo_estrangeiros_fl.

⁵³ Sobre o processo migratório, “the concept of the migratory process sums up the complex sets of factors and interactions which lead to international migration and influence its course” (CASTLES, S.; MILLER, M. J. *The age of migration*. International Population Movements in the Modern World. 4th ed. New York: The Guilford Press, 2009. p. 21).

⁵⁴ VALS, P. La nacionalidad. *Revista de Derecho Puertorriqueño*, Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico, v. 19, p. 135-240. 1981. p. 189.

⁵⁵ CASTLES, S.; MILLER, M. J., op. cit., p. 21, conforme texto original do autor: “Migration is a process which affects every dimension of social existence, and which develops its own complex dynamics.”.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 21.

⁵⁷ Imperioso, neste ponto, destacar que a pesquisa em migração é necessariamente interdisciplinar, p. 21): “Research on migration is therefore intrinsically interdisciplinary: sociology, political science, history, economics, geography, demography, psychology, cultural studies and law are all relevant.”

⁵⁸ DE CUÉLLAR, J. P. *Manual de derecho diplomático*. México: Fondo de Cultura Económica 1997. p. 32.

antecederam a Primeira Guerra Mundial testemunharam um momento decisivo de transformação do Estado.

As unificações italiana e alemã, a expulsão dos otomanos do sudeste da Europa, a destruição dos três impérios ainda restantes (austríaco, prussiano e russo), como vítimas da guerra, a sua substituição por um grupo de Estados sucessores desde o Báltico até os Balcãs alteraram completamente a face da Europa, que assistiu aos últimos Estados dinásticos darem lugar aos Estados-nação.

Com o fim da Primeira Guerra Mundial, para os europeus, a reconstrução do continente com base no surgimento dos Estados-nação era perfeitamente compreensível. Estabelecer os princípios da autodeterminação e da democracia seria contribuir para a paz e para a prosperidade, em especial, resolvendo o problema das nacionalidades que haviam causado sérios desafios e confusões no passado.⁵⁹

Em 22 de setembro de 1924, a Quinta Assembleia da Liga das Nações editou uma Resolução que abriu espaço para criação, por seu Conselho, do Comitê Especialistas para a Progressiva Codificação do Direito Internacional. O Conselho criou o referido Comitê em 11 de dezembro de 1924, conforme publicação de fevereiro de 1925.⁶⁰

O trabalho desse Comitê fez que a Assembleia da Liga das Nações, em 1927, determinasse a criação de uma Conferência para Codificação do Direito Internacional, deixando claro que um dos temas a serem abordados por ela deveria ser o da codificação das normas sobre a nacionalidade e determinando um cronograma de reuniões para discussão do tema para 1928 e início de 1929.

Com base nesses trabalhos, em abril de 1929, veio à tona um projeto de codificação das normas sobre nacionalidade, que, já em seu art. 1º, trazia um conceito de nacionalidade que a identificava como o vínculo entre o indivíduo e o Estado por meio da fidelidade ou submissão.

Como se pode perceber, a nacionalidade é uma forma clara de exclusão de direitos. Não necessariamente trazendo condições melhores para os indivíduos, servindo, no mais das vezes para incremento de dados na elaboração orçamentária, sem relação direta com a proteção de direitos humanos. Para os trabalhadores, saída mais efetiva seria a busca da livre circulação de pessoas pelo mundo. Garantir a circulação e a participação política significa construir um caminho de igualdade entre nacionais e estrangeiros.

Conclusão

No presente trabalho, buscou-se demonstrar que o Brasil, ao não se vincular à Convenção sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros de Sua Família, indica sua pouca preocupação com o migrante, pois participa das

⁵⁹ VALS, P. La nacionalidad. *Revista de Derecho Puertorriqueño*, Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico, v. 19, p. 135-240. 1981. p. 190.

⁶⁰ *League of Nations Official Journal*.

demais grandes convenções da ONU. Esse contexto pode estar relacionado ao fato de que a nacionalidade é um grande obstáculo para efetivação de direitos humanos. Na verdade, ela é um grande obstáculo para a efetivação de direitos, em especial, direitos políticos.

Para demonstrar tal afirmação, o trabalho buscou expor a tramitação da Convenção, indicando o longo período gasto para pequenos avanços. Depois disso, o texto passa a analisar o desafio do migrante que o de ingresso num país estrangeiro, com a dificuldade de se reconhecer o direito de ingresso, culminando com a identificação da nacionalidade como um obstáculo à efetivação de direitos. Nesse sentido, buscou-se verificar como construir o direito dos trabalhadores migrantes no Brasil, com a vinculação à Convenção sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros de Sua Família é essencial, porém, não será suficiente sozinha para garantir a efetivação de tais direitos, posto não garantir o direito de ingresso, fundamental para o reconhecimento do indivíduo como passível de exercer direitos.

Assim, a igualdade deve ser debatida e levada em consideração. Além disso, a participação política deve ser a ampliada ao estrangeiro, para que a igualdade possa ser consubstanciada. Assim, o estrangeiro não pode ser tratado como um problema de segurança nacional, como era no surgimento da vetusta lei conhecida como Estatuto do Estrangeiro. Somente assim, as normas de proteção do estrangeiro poderão ter tramitação mais célere no congresso.

Dessa forma, entende-se que não há mais sustentáculos jurídicos que autorizem a construção de figurinos jurídicos diferenciados entre estrangeiros e nacionais, no tocante à cidadania. Assim, o combate a situações de trabalho escravo passa pela garantia de que os indivíduos serão protegidos igualmente, sejam trabalhadores nacionais ou estrangeiros. Esse, como se demonstra até aqui, é o caminho para ampliar direitos aos migrantes, levando à proteção do trabalho migrante pelo mundo.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. *Manual de Direito Internacional Público*. 19. ed. CASELLA, Paulo Borba, atualizador. São Paulo: Saraiva, 2011.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BOSNIAK, L. Persons and citizens in constitutional thought. *Int. J. Constitutional Law*, v. 8, n. 1, p. 9-29, 2010.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 4th. ed. Oxford: Clarendon Press; 1990.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices*. New York: W.W.Norton

& Compay, 1978.

CARVALHO RAMOS, A. de. O Princípio do Non-Refoulement no direito dos refugiados: do ingresso à extradição. *Revista dos Tribunais*, v. 892, p. 347-376, 2010.

CARVALHO RAMOS, A. Direito dos Estrangeiros no Brasil: imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D; PIOVESAN, F. (Coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. p. 721-746.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DELLAGNEZZE, René. *Soberania – O quarto poder do Estado*. Taubaté (SP): Cabral Editora e Livraria Universitária, 2011.

HONIG, B. *Democracy and the foreigner*. New Jersey: Princeton University Press, 2003.

HORN, Gerald. *O Sul mais distante*. Trad. Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

MALANCZUK, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. 7th. ed. London: Routledge, 1998.

MATIAS, Eduardo Felipe P. *A Humanidade e suas fronteiras – do Estado soberano à sociedade global*. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

MENÉNDEZ, Fernando M. Mariño. *Derecho Internacional Público – Parte General*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOTOMURA, H. *Americans in waiting: the lost story of immigration and citizenship in the United States*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

OCAMPO, Raúl Granillo. *Direito Internacional Público da Integração*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

REZEK, J. F. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RUBENSTEIN, K. Globalisation and citizenship and nationality. *SSRN eLibrary*. 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=530382>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

RUBENSTEIN, K.; ADLER, D. International Citizenship: the future of nationality in a globalised world. *SSRN eLibrary*. 2000, p. 17. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=231675>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

SLOANE, R. D. Breaking the genuine link: the contemporary international legal regulation of nationality. *Harvard International Law Journal*, v. 50, Winter 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=1262877>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

STIGLITZ, J. E. *Making globalization work*. New York: W. W. Norton & Company, 2007.

THIEL, Servaas Van. *Free Movement of Persons and Income Tax Law: The European Court in Search of Principles*. Doctoral Series. Vol. 3. Rotterdam: International Bureau of Fiscal Documentation, 2002.

VEDOVATO, Luís Renato . *O Direito de Ingresso do Estrangeiro*. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

VITÓRIA, F. de. *Os índios e o direito da guerra*. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2006. Trad. De indis et de jure belli relectiones. (Coleção Clássicos do Direito Internacional.).

Recebido em 14/11/2016
Aceito em 13/12/2016

A INTEGRAÇÃO REGIONAL E OS PROJETOS DE INFRAESTRUTURA NA AMÉRICA DO SUL¹

REGIONAL INTEGRATION AND INFRASTRUCTURE PROJECTS IN SOUTH AMERICA

Joaner Campello de Oliveira Júnior²

Jamile Bergamaschine Mata Diz^{3*}

Roberto Correia da Silva Gomes Caldas⁴

Sumário: Introdução. 1 A integração regional sul-americana e a criação da Iniciativa para Integração de infraestrutura Sul-Americana (IIRSA). 2 A organização institucional da IIRSA. 3 Origem e desenvolvimento: marco cronológico da IIRSA. 3.1 Eixos de Integração e Desenvolvimento (EID's). 3.1.1 Eixo Andino. 3.1.2 Eixo Andino do Sul. 3.1.3 Eixo Amazonas. 3.1.4 Eixo de Capricórnio. 3.1.5 Eixo do Escudo Guianês. 3.1.6 Eixo da Hidrovia Paraná-Paraguai. 3.1.7 Eixo Interoceânico Central. 3.1.8 Eixo MERCOSUL-Chile. 3.1.9 Eixo Peru-Brasil-Bolívia. 3.1.10 Eixo do Sul. 4.1. Alguns apontamentos sobre os efeitos derivados da ausência de um marco de proteção ambiental comum. 4.2. Efeitos derivados do financiamento dos projetos em cada Estado. 4.3 Efeitos derivados da ausência de participação da sociedade civil. Conclusões. Referências.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar a questão da infraestrutura a partir da integração regional realizada na América do Sul, com especial atenção para a IIRSA. Buscou-se determinar o marco cronológico de criação da Iniciativa, examinando-se, ainda, sua conformação institucional, bem como o desenvolvimento dos seus eixos integracionistas, de modo a dar a conhecer os principais aspectos relativos à interrelação entre integração e infraestrutura aplicados à parte sul do continente americano. A apresentação dos eixos de integração visa justamente estabelecer um novo processo de decisão baseado no regionalismo aberto, no diálogo político e na interconexão física, quer seja energética, de transporte ou de telecomunicações. Pretende-se, portanto, realizar uma abordagem da integração regional ancorada no seu desenvolvimento e seus efeitos.

¹ O estudo em tela consubstancia-se como parte integrante das atividades vinculadas à Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança”, cujos trabalhos contam com a participação de instituições nacionais e estrangeiras, devidamente registradas junto ao CNPq.

² Advogado. Especialista em Direito Público e Tributário – AVM Faculdade Integrada. Mestre em Direito das Relações Internacionais e Direito da Integração pela UDELAR (Uruguai). E-mail: joanercampello@hotmail.com.br.

³ Catedrática Jean Monnet UFMG. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e da Universidade de Itaúna, Minas Gerais. Doutora em Direito Comunitário – Universidad de Alcalá – Espanha. Mestre em Instituciones y Políticas de la UE pela UCJC-Madrid. Assessora Jurídica da Secretaria Jurídica do Mercosul (2008-2009). E-mail: jmatadiz@yahoo.com.br.

* A autora agradece ao Programa Erasmus +, Cátedra Jean Monnet de Direito UFMG (565401-EPP-1-2015-1-BREPPJMO-CHAIR) pelo apoio concedido.

⁴ Advogado Mestre e Doutor em Direito Público pela PUC/SP. Professor do Programa de Mestrado da UNINOVE. Advogado no Brasil e em Portugal. E-mail: robertocsgcaldas@uol.com.br.

Palavras-chave: Infraestrutura. Integração regional. IIRSA.

Abstract: This paper aims to examine the issue of infrastructure from the regional integration held in South America, with special attention to the IIRSA. It sought to determine the chronological framework of creation of the Initiative examining the institutional conformation as well as the development of integration axis in order to get to know the main aspects of the interrelationship between integration and infrastructure applied to the southern part of the American continent. The presentation of the integration axis aims to establish a new decision-making process based on open regionalism, political dialogue and physical interconnection, like energy, transport or telecommunications. Intends, therefore, to perform a regional integration approach anchored in the development and integration of the derived effects of this approach.

Keywords: Infrastructure. Regional integration. IIRSA.

Introdução

A integração regional na América do Sul compõe-se de distintas iniciativas que tentam associar os Estados em processos integradores que visam desde a formação de um mercado comum (como o caso do Mercosul e da Comunidade Andina de Nações), até a criação de espaços de diálogo político e de cooperação (sendo o caso da UNASUL – União das Nações Sul-americanas).

Nesse contexto, a questão da infraestrutura, apesar de ser considerada como elemento essencial e condicionante para uma integração física que permita e promova liberdade de circulação (de pessoas, mercadorias, capital e serviços) e, de conseguinte, viabilize um crescimento regional sustentável consolidado pela associação interestatal, em si, foi tema pouco explorado nas negociações e debates levados a cabo no âmbito de cada um dos referidos processos.

Dessa maneira, apesar do tardio reconhecimento que os Estados deram a essa matéria, certo é que, atualmente, com a criação da IIRSA (Iniciativa para a Integração da Infraestrutura na Região Sul-americana), adotou-se um marco institucional, normativo e financeiro para a implementação dessa infraestrutura que interconecte toda a América do Sul e, daí, possibilite o amplo fomento, como dito, do seu desenvolvimento sempre havido como sustentável, conforme será apresentado posteriormente. No mesmo sentido, entende Sant’anna (2013:405)

Os investimentos em infraestrutura nos países sul-americanos constituem em prioridade governamental para o pleno desenvolvimento regional. As obras de infraestrutura logística incluem a construção de pontes, hidroelétricas, rodovias, ferrovias, aeroportos, portos, gasodutos, petroquímicas e outras obras de grande dimensão que se constituirão em eixos de crescimento para a região, possibilitando livre circulação de bens, mercadorias e serviços, além

do fluxo de pessoas, ligando norte-sul, leste-oeste, do Pacífico ao Atlântico e do Caribe à Patagônia.

A importância do presente trabalho pode ser demonstrada, por isso, a partir da necessidade de analisar como se deu a criação e implementação da IIRSA, de modo a alcançar uma efetiva conexão territorial entre os países e possibilitar sua operação eficiente, mediante a adoção de uma carteira de projetos fincada em três aspectos: infraestrutura regional, regulações comuns e institucionalidade das decisões.

Além disso, as discussões relativas aos projetos adotados no marco da IIRSA e do COSIPLAN ainda são desconhecidas da maioria da população, o que torna o processo decisório pouco transparente e com baixo nível de participação da sociedade civil, em claro déficit de concertação.

Como tal, o objetivo do presente trabalho é examinar a natureza e constituição da IIRSA, de que modo está inserida no COSIPLAN (sendo este um órgão da UNASUL), seu marco cronológico e institucional, bem como os projetos que foram incorporados e estão sendo implementados pelos Estados partícipes.

Destina-se, também, a dar a conhecer como a questão da infraestrutura foi pouco a pouco se incorporando na agenda nacional, a partir de uma concepção regional, ou seja, uma concepção que permitiu aos países sul-americanos planejarem estratégias para além das suas fronteiras, buscando a interconexão física entre si que facilite o desenvolvimento nessa imensa área. Vale lembrar que a integração econômica e social teoricamente já se fazia presente, no momento da criação da IIRSA, por intermédio do Mercosul, da CAN e dos acordos sub-regionais entre os Estados sul-americanos.

A metodologia do presente trabalho será dedutiva ao analisar-se como a criação da IIRSA, e o conseqüente aprimoramento da infraestrutura física, auxilia (e em que medida) o fortalecimento da integração regional, a partir de um esquema específico de negociação e de uma agenda própria calcada na associação interestatal. As principais fontes de dados utilizadas foram obtidas na página *web* da IIRSA, do BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento) e do MPOG (Ministério do Planejamento e Orçamento – Brasil).

1 A integração regional sul-americana e a criação da Iniciativa para Integração de Infraestrutura Sul-Americana (IIRSA)⁵

A IIRSA é um fórum de diálogo regional, do qual participam os doze países da América do Sul, com o objetivo de aprimorar uma infraestrutura física de transporte, energia e comunicação que fortaleça a integração regional em fomento do desenvolvimento sustentável. Em 2011, a IIRSA foi praticamente incorporada à

⁵ Esta parte foi anterior e parcialmente tratada em Mata Diz e Souza (2016) e Mata Diz; Paula e Secches (no prelo), sendo o presente estudo um desenvolvimento das ideias lá contidas, com alguns acréscimos.

UNASUL como parte do fórum técnico do Conselho Sul-Americano de Infraestrutura e Planejamento (COSIPLAN) (Dabène, 2014), tendo por objetivos:

a) Criar um espaço organizado e integrado, produto do desenvolvimento das telecomunicações, da energia e do transporte;

b) Promover o desenvolvimento regional, mediante planejamento e gestão de 10 (dez) eixos de integração;

c) Promover o desenvolvimento local e evitar que os eixos de integração gerem impactos positivos somente para os mercados principais, em redução, assim, das desigualdades regionais;

d) Modernizar os marcos institucionais e regulatórios que gerenciam e regulam o uso da infraestrutura;

e) Incrementar o comércio inter-regional apoiando a integração dos mercados;

f) Consolidar cadeias produtivas para melhorar a competitividade nos mercados mundiais;

g) Facilitar a penetração da produção nos mercados internacionais pela diminuição de custos, principalmente pelo desenvolvimento dos transportes;

h) Harmonizar e homogeneizar políticas, planos e marcos regulatórios e institucionais entre os diferentes Estados;

i) Mitigar as disparidades regionais no acesso a energia e telecomunicações;

j) Criar uma rede que permita a comunicação interoceânica, principalmente pensando no crescimento do comércio através do Oceano Pacífico.

Assim, pode-se concluir que a IIRSA, oficialmente, apresenta como principal objetivo a consolidação e melhora de uma infraestrutura física que possibilite uma rede de conexão viária, aeroportuária e marítima entre os países sul-americanos, proporcionando cooperação e eficiente circulação de mercadorias, pessoas e serviços (de informação, geração de energia etc).

Ainda, com o intuito de atingir os objetivos supracitados, foram ratificados em reunião do Comitê de Direção Executiva da IIRSA (CDE), realizada nos idos de 2002, seus princípios norteadores, enquanto verdadeiras diretrizes que, segundo sua página *web* oficial, são: o regionalismo aberto; os Eixos de Integração e Desenvolvimento (EID); sustentabilidade econômica, social, ambiental e político institucional; aumento do valor agregado da produção; tecnologias da informação; convergência normativa; e coordenação público-privada (Mata Diz e Souza, 2015).⁶

⁶ No mesmo sentido Carvalho e Rosevics (2013: 234) para quem “A IIRSA tem, entre seus princípios ordenadores, o objetivo de estabelecer uma integração pautada em um regionalismo aberto, sustentável de maneira econômica, social, ambiental e político-institucional, que possibilite o aumento do valor agregado da produção dos países da região.”

Dentre tais diretrizes que conferem um sentido coerente e coeso ao atuar da IIRSA, é mister salientar a organização do seu plano territorial de ações, integrado por seu programa de desenvolvimento segundo os chamados Eixos de Integração e Desenvolvimento (EID's). Os EID's, a seu turno, revelam-se como resultado de uma análise econômica, comercial, ambiental e social que facilite o planejamento territorial da implantação da infraestrutura. Assim, a IIRSA (2012) definiu o que são os Eixos de Desenvolvimento:

Os Eixos de Integração e Desenvolvimento (EID's) são territórios multinacionais onde se concentram espaços naturais, assentamentos humanos, zonas produtivas e fluxos comerciais. Para cada EID são identificadas as necessidades de infraestrutura física, a fim de articular o território com o resto da região e planejar os investimentos para que a qualidade de vida de seus habitantes seja melhorada.

Nesse sentido, Senhoras e Vitte (2008:43) afirmam que os eixos de integração,

ao criarem uma massa crítica de interesses compartilhados de uma infraestrutura física geradora de benefícios mútuos e de solução de problemas energéticos e logísticos que pode racionalizar o espaço de desenvolvimento, teriam por objetivo melhorar a interdependência entre os países sul-americanos via integração física entre os países amazônico-andinos e os países platinos, em especial o Brasil, que faz fronteira com quase todos os países da região sul-americana e não tem acesso ao pacífico sul-americano ou ao Caribe.

Diante dessa conjuntura, atualmente a IIRSA possui uma ampla carteira de projetos, com 593 (quinhentos e noventa e três) deles voltados à criação e aperfeiçoamento dessa específica infraestrutura. Para dinamizar o processo, foi definida uma agenda de implementação consensual com 31 (trinta e um) projetos prioritários, assim definidos pelo seu alto impacto na integração física da América do Sul.⁷

A formação da carteira de projetos da IIRSA se deu a partir da melhora e aplicação da metodologia de planejamento territorial indicativo. Esta metodologia parte da identificação dos EID's que, por sua vez, organizam o território sul-americano e ordenam a Carteira de Projetos (Senhoras e Vitte, 2008).

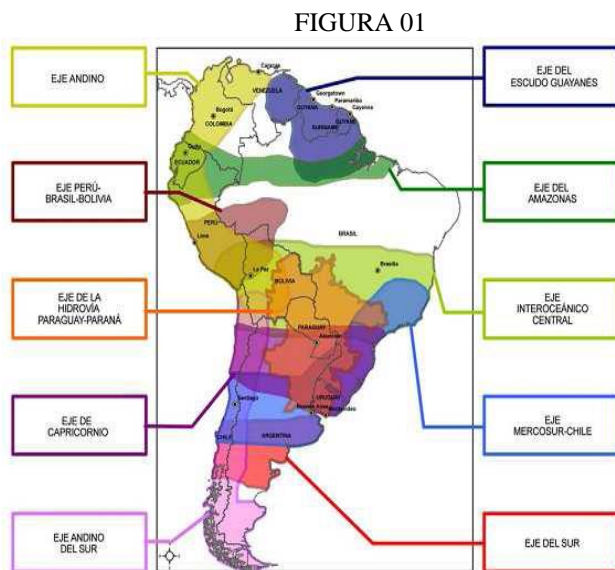
Os trabalhos de planejamento e ordenamento territorial geraram resultados positivos pela junção de projetos com características e/ou finalidades comuns que permitiram a identificação de grupos dentro de cada EID, priorizando-se aqueles com maior impacto desenvolvimentista e facilidade de realização.⁸

⁷ Informe de la Cartera de Proyectos del COSIPLAN 2015. Disponível em <<http://www.flipsnack.com/IIRSA/informe-de-la-cartera-de-proyectos-del-cosiplan-2015.html>>. Acesso em: 26 de julho de 2016.

⁸ Um grupo de projetos, vale esclarecer, é um conjunto interdependente em um determinado espaço geoeconômico, que tem efeitos sinérgicos sobre o desenvolvimento sustentável (COSIPLAN, 2011).

Em um segundo momento, a planificação territorial foi marcada por um aprofundamento e incremento, principalmente pela criação de novas ferramentas de análise e metodologias de planejamento territorial, representadas pelo sistema de informação georreferenciada – Programa GeoSur, metodologia de integração produtiva e logística (IPrLg), sistema de informação para gestão estratégica (SIGE), base de dados de projetos, avaliação de projetos transnacionais de infraestrutura e avaliação ambiental e social com enfoque estratégico (EASE) (Mata Diz e Souza, 2015).

Paralelamente, os projetos mostram agrupados de acordo com os 10 (dez) Eixos de Integração e Desenvolvimento (EID's), nos quais o território multinacional é delimitado ou classificado segundo Processos Setoriais de Integração (sem limites de cunho geopolítico), de sorte a, principalmente, superar obstáculos de natureza normativa, englobando os 12 (doze) países-membros, conforme figura 01:



Fonte: IIRSA, 2012.

Quanto aos recursos de cunho financeiro, os da IIRSA estão atrelados, principalmente, a bancos regionais de desenvolvimento, como o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), a Corporação Andina de Fomento (CAF) e o Fondo Financiero para el Desarrollo de la Cuenca Del Plata (FONPLATA). Estes se conformam no Comitê de Coordenação Técnica (CCT), responsável por coordenar atividades e conferir apoio técnico e financeiro.

Os projetos podem ser financiados, a princípio, por duas vias: i) pelos Estados-partes e pela UNASUL, se as ações forem de iniciativa do Comitê Coordenador e pelos Grupos de Trabalho; ii) pelos órgãos financeiros que constituem o CCT, em conjunto com os Estados-partes e a UNASUL. Entretanto,

com a entrada da IIRSA no COSIPLAN, abre-se espaço para outras formas de obtenção de recursos para viabilizar os projetos.

Desde o lançamento da IIRSA, os bancos têm tido um papel bastante ativo financiando estudos e projetos, além de promover a participação do setor privado no contexto da iniciativa. As Instituições Financeiras Multilaterais (IFM's) são instituições privadas ou públicas, cujos recursos destas provêm dos cofres dos países sócios que, além de financiarem políticas incluídas em planos, programas e projetos de governo, elaboram estudos técnicos, formando parte da tecnoburocracia governamental, além de prestarem assessoria e orientação na implementação das ações de infraestrutura nos países-membros.

O domínio dessas forças é definido pelo poder econômico de cada país-membro na IIRSA: “*quem possui maior número de ações tem maior poder de decisão*”, logo o Brasil é o sul-americano com maior peso dentro desta Iniciativa. A IIRSA pode ser observada como a expressão máxima da megalomania da integração regional que está ligada a algumas IFMS que atuam no Brasil trabalhando a serviço do capital financeiro internacional na busca incessante e a qualquer custo do *crecimento econômico* do continente sul-americano (Melo e Paula, 2008: 25).

O COSIPLAN, a sua vez, é a instância de discussão político-estratégica, promovendo a articulação de esforços que viabilizam a integração infraestrutural. Sua criação se dá a partir da necessidade de uma estrutura técnico-formal destinada a gerenciar as prioridades e estratégias da Iniciativa. Conforme Padula (2013: 588)

Na III Reunião Ordinária de Chefes de Estado e de Governo da Unasul, em agosto de 2009, foi decidida a criação do Conselho de Infraestrutura e Planejamento (Cosiplan) – mais um resultado da liderança do governo brasileiro no processo de institucionalização da integração regional. A criação do Cosiplan almeja alcançar maior controle e respaldo político por parte dos governos sobre o tema da infraestrutura, e a partir disso avançar para uma visão política e estratégica e uma maior capacidade de alavancar recursos e gerar diferentes formas de financiamento, agregando diferentes agentes (além dos que participam do CCT) e indo além de fatores meramente técnicos para a avaliação, viabilização, execução e financiamento de projetos.

O Conselho, composto pelos Ministros da área de planejamento e infraestrutura, ou seus equivalentes dos Estados-partes da UNASUL, é a instância responsável por aprovar o Plano de Ação Estratégico (PAE). O PAE, com duração de 2012-2022, conta com 31 (trinta e um) projetos na Agenda Prioritária de Integração (API), sendo que 58% (cinquenta e oito por cento) estão na fase de pré-execução, somando um orçamento estimado de US\$ 16.700.000.000,00 (dezesseis bilhões e setecentos milhões de dólares).

Além disso, o PAE reconhece os resultados alcançados pela IIRSA em matéria de integração da infraestrutura regional e estabelece um conjunto de ações

determinadas pelo COSIPLAN, as quais serão executadas por meio dos planos de trabalho anuais que são aprovados pelos Ministros deste órgão.

Agregando-se à estrutura do COSIPLAN têm-se: i) o Comitê Coordenador integrado pelos delegados ministeriais dos Estados-membros; ii) a própria IIRSA como Foro Técnico; e iii) os Grupos de Trabalho temáticos.

O COSIPLAN escolhe, por consenso, os projetos de alto impacto a serem abarcados pela API, tendo tal procedimento de respeitar quatro critérios quanto a eles, quais sejam: i) pertencer à carteira de projetos da IIRSA e ter prioridade para o governo nacional; ii) dispor de estudos de viabilidade, ou ter recursos no orçamento atribuídos para início de sua execução; iii) consolidar as redes de conectividade com alcance regional; e iv) gerar a oportunidade ou a necessidade de criação de um programa de ações complementares que se aprimorem para a efetiva prestação dos serviços e o desenvolvimento sustentável do território (de acordo com as características e modalidades de cada projeto).

2 A organização institucional da IIRSA

A IIRSA conta com 04 (quatro) organismos na sua estrutura: as Coordenações Nacionais, os Grupos Técnicos Executivos, o Comitê de Coordenação Técnica e a sua Secretaria (do CCT). As Coordenações Nacionais lideram a execução do Plano de Trabalho da IIRSA, laborando de forma coordenada com o CCT em tudo que se refere às atividades (da Iniciativa). Realizam reuniões periódicas, geralmente, duas vezes por ano, para verificar os avanços nos Planos de Trabalho anuais aprovados pelos Ministros do COSIPLAN. Coordenam o intercâmbio entre si (Coordenações Nacionais em todas as instâncias da IIRSA) e organizam a participação dos diferentes organismos governamentais no interior de cada país.

Os Grupos Técnicos Executivos, conforme o nome já indica, representam a instância técnica da Iniciativa, analisando questões relacionadas com temas do Plano de Trabalho, Eixos de Integração e Desenvolvimento e Processos Setoriais de Integração. Compõem os GTE'S os funcionários e peritos dos países, pertencentes aos órgãos administrativos nacionais e atuam conforme uma agenda de trabalho adotada pelos próprios GTE's. A designação da delegação de cada país para as reuniões dos GTE's é de responsabilidade das Coordenações Nacionais, com os objetivos e atividades (dos GTE'S) decorrendo das decisões tomadas em tais reuniões ante o Plano Anual de Trabalho da IIRSA, tal qual definido pelo COSIPLAN.

O Comitê de Coordenação Técnica é integrado por funcionários do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), da Corporação Andina de Fomento (CAF) e do Fundo Financeiro para o Desenvolvimento da Bacia do Prata (FONPLATA).

Cumpra ao CCT oferecer apoio técnico e financeiro a todos os países nos temas integrantes do Plano Anual de Trabalho da IIRSA, atuando como facilitador do processo e coordenador das atividades conjuntas. A atuação do CCT se centra nas áreas prioritárias definidas pelos Coordenadores Nacionais.

O CCT conta com uma Secretaria com sede em Buenos Aires, na Argentina, localizada no Instituto para a Integração da América Latina e Caribe (BID INTAL). A Secretaria do CCT exerce a coordenação com as instituições que o compõem e também age como unidade de seu enlace com a Presidência Pró-Tempore e as Coordenações Nacionais. O CCT e a sua Secretaria facilitam a realização das reuniões dos GTE's, oferecendo apoio técnico, logístico e financeiro de forma a contribuir com o cumprimento dos objetivos de cada reunião.

3 Origem e desenvolvimento: marco cronológico da IIRSA

Após a frustrada sugestão do então presidente Itamar Franco em criar a Área de Livre Comércio Sul-americana, coube ao também ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso, no programa de governo utilizado quando de sua campanha eleitoral, propor como meta para a região no fortalecimento das relações com os países vizinhos sul-americanos.

Esse ideário sul-americano ganhou força devido à preocupação brasileira com a proposta norte-americana de constituir uma área de livre comércio hemisférico, principalmente a partir da adesão do México ao NAFTA, colaborando com a intensificação do caráter fragmentador latino-americano, de forma a revestir de nova face o regionalismo e convergir o foco brasileiro para o espaço sul-americano.

Nesse diapasão, graças à iniciativa do governo de Fernando Henrique Cardoso, em razão das comemorações dos 500 (quinhentos) anos de descobrimento do Brasil, ocorreu no ano 2000 o Primeiro Encontro dos Presidentes Sul-americanos, em Brasília. Neste encontro, os mandatários trataram de diversos temas interessantes à região, como drogas ilícitas, democracia, comércio etc.

Também concordaram em construir uma agenda comum para impulsionar o processo de interconexão física da infraestrutura de transportes, energia e comunicações. É de se ressaltar que, embora a agenda de debate tenha se ocupado de diversos temas, a questão da infraestrutura foi a que terminou recebendo a maior atenção pelos representantes dos países.

Convém mencionar, a respeito, que a visão da infraestrutura física como elemento chave para a integração sul-americana está baseada, inclusive, na noção de que o seu aprimoramento sinérgico nas áreas de transporte, energia e telecomunicações pode gerar um impulso decisivo para a superação de barreiras geográficas, aproximação de mercados e promoção de novas oportunidades econômicas na região (Meza-Bernal e Quintanar, 2012), em evidente desenvolvimento sustentável, sabidamente comprometido não apenas com aspectos financeiros, mas também com justiça social e proteção ambiental.

Dessa forma, aquela reunião de cúpula instrumentalizada pelo Comunicado de Brasília⁹ contemplou um capítulo voltado para a integração de infraestrutura trazendo objetivos importantes para a região, *in verbis*

As fronteiras sul-americanas devem se tornar um espaço de união para a circulação de bens e pessoas, conformando-se num espaço de cooperação;

Integração e desenvolvimento de infraestrutura são duas linhas de ação complementares, assim como consideraram prioritária a identificação de obras de interesses bilateral e sub-regional;

Os mandatários estabeleceram um plano de ação com um horizonte de dez anos para a ampliação e a modernização de infraestrutura física da América do Sul;

Os Presidentes enfatizaram a importância motriz da energia, dos transportes e das redes de comunicações para a integração dos países da América do Sul;

No campo dos transportes concordaram os países em dar prioridade no desenvolvimento de redes multimodais para melhor articular a utilização as vias terrestres, fluviais, marítimas e aéreas, assim como facilitar o trânsito transfronteiriço de pessoas, veículos e cargas.

Além disso, o Comunicado de Brasília previu, no artigo 46, a convocação de uma reunião realizada em Montevidéu, nos idos de dezembro do mesmo ano com o escopo de consolidar uma visão integrada sobre as linhas de ação para a ampliação e modernização da infraestrutura na América do Sul.

A reunião de Montevidéu contou com a presença dos Ministros de Transportes, Energia e Telecomunicações da América do Sul e estabeleceu um Plano de Ação para a Integração da Infraestrutura Regional Sul-americana. No mencionado Plano de Ação foram previstas as seguintes ações básicas para a melhora e aprimoramento da infraestrutura da região: i) desenhar uma visão mais integral da infraestrutura que abarque todos os seus componentes e sinergias; ii) enquadrar os projetos dentro de uma planificação estratégica, organizada a partir da identificação dos Eixos de Integração e Desenvolvimento (EID's) regionais do continente sul-americano; iii) reformar e atualizar os sistemas regulatórios e instituições que normatizam o uso das infraestruturas nacionais; iv) fortalecer as capacidades dos Estados na formulação de políticas (primordialmente em planos, programas e projetos) e de normatizações regulatórias; v) valorizar a dimensão ambiental e social dos projetos; vi) procurar que os projetos de integração regional melhorem a qualidade de vida das populações locais; viii) incorporar mecanismos de participação e consenso, entre outros.¹⁰

Dessa maneira, o planejamento territorial para o implemento dos projetos de infraestrutura foi idealizado por intermédio da metodologia dos Eixos de

⁹ Comunicado de Brasília. Disponível em: http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/comunicado_brasilia_esp.pdf Acesso em: 20 de novembro de 2014.

¹⁰ Plano de Ação da IIRSA. Disponível em: http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/plan%20de%20accion%20de%20la%20iniciativa%20iirsa.pdf. Acesso em: 15 de novembro de 2014.

Integração e Desenvolvimento (EID's), conforme já mencionado por Bueno (2015:08)

Posteriormente, o Consenso de Guayaquil sobre Integração, Segurança e Infraestrutura para o Desenvolvimento, formulado no âmbito da Segunda Reunião de Presidentes da América do Sul, em 2002, reiterou a importância do fortalecimento da infraestrutura como fator essencial para a integração do espaço econômico da América do Sul, sob o prisma da sustentabilidade econômica, ambiental e desenvolvimento institucional.

Na reunião realizada em Santiago (dezembro de 2003), houve a ratificação de 10 (dez) Eixos de Integração e Desenvolvimento (EID's), além de se apresentar e aprovar a metodologia de implementação dos projetos. Em Lima (novembro de 2004), foi aprovada a “Agenda de Implementação Consensuada 2005-2010” e também se discutiu a criação de um espaço que agregasse os países sul-americanos, surgindo, então, a proposta da CSA (Comunidade Sul-americana), aprovada em Cuzco (dezembro de 2004) e considerada precursora da UNASUL.

Em 2007, na reunião dos Chefes de Estado e Governo na Venezuela, decidiu-se pela incorporação do tema energético como parte da agenda da integração, uma vez que conforme a Declaração final da Reunião (Declaración de Margarita: el detonador de UNASUR¹¹), a CSA deveria

TRABAJAR con miras a establecer una sistematización y evaluación del balance energético suramericano con el fin de proyectar una matriz energética regional, identificar opciones de integración energética, y fomentar proyectos de integración de la Comunidad Suramericana de Naciones.

IMPULSAR el desarrollo de la infraestructura energética de nuestros países como elemento que garantice la sostenibilidad de la integración suramericana.

Finalmente, em maio de 2008 foi firmado o Tratado Constitutivo da UNASUL que também apresentava como objetivo específico a integração da infraestrutura regional. A partir deste momento, consolida-se um marco jurídico para a implementação definitiva dos projetos que já haviam sido, inicialmente, discutidos nas reuniões anteriores. A IIRSA, portanto, nasce de um marco geral de cooperação, baseado no diálogo político, que posteriormente se refina para questões exclusivamente estruturais e físicas.

3.1 Eixos de Integração e Desenvolvimento (EID's)

O plano de ação da IIRSA trouxe a previsão de que os projetos de infraestrutura seriam organizados a partir de Eixos de Integração e Desenvolvimento regionais no continente sul-americano. Segundo Couto (2006), o conceito de tais

¹¹ Declaración de Margarita: el detonador de UNASUR. Disponível em: <file:///C:/Users/rober_000/Downloads/20044-31750-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 de novembro de 2015.

eixos já havia sido criado a partir das ideias de Eliezer Batista¹² e tinha sido usado como subsídio para a elaboração do Plano Plurianual do Governo Federal no período entre 2000 e 2003.

Esses eixos representam porções multinacionais de territórios onde se concentram espaços naturais, assentamentos humanos, zonas produtivas e fluxos comerciais. Para cada eixo de integração se verificam as necessidades de infraestrutura para integrar o território com o restante da região. Neste sentido especifica Padula (2013: 586)

o desenho dos EID revela o objetivo de articulação com o litoral da região, articulando sua produção e seus mercados ao mercado global. Toda racionalidade geográfica de Eixos e a concepção (geo)política para a integração foram submetidas à racionalidade (geo)econômica predominante.

Ainda na esteira de Oliveira (2013: 57), “é importante destacar que a iniciativa de fomento à construção de eixos transnacionais para infraestrutura, visando à integração física do subcontinente, tem repercutido positivamente no objetivo de fortalecer a unidade da América do Sul.”

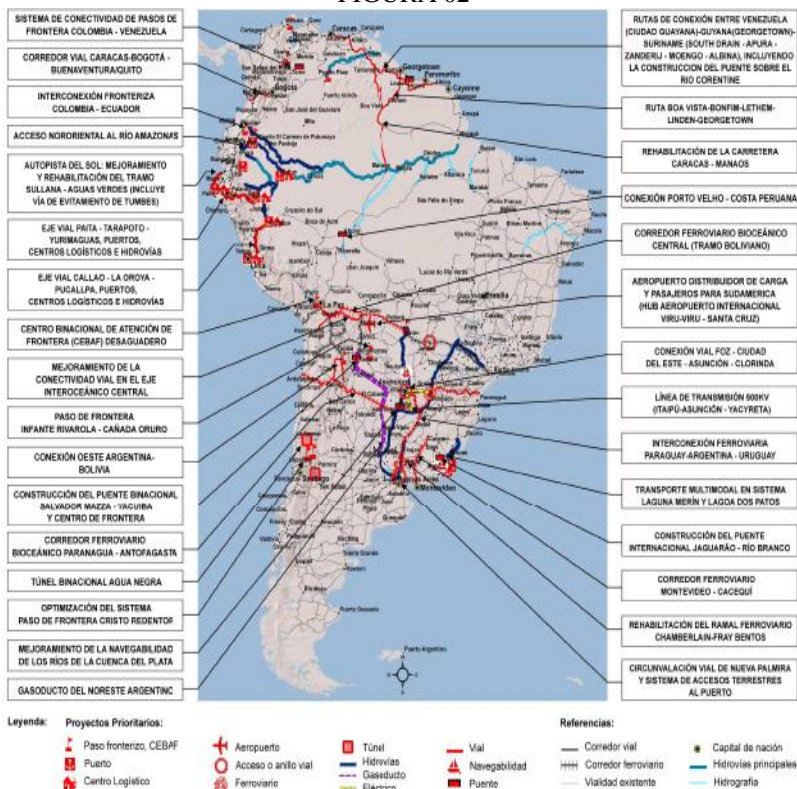
Inicialmente, os países integrantes indicaram 335 (trezentos e trinta e cinco) projetos, perfazendo um total de investimento da ordem de US\$ 37.470.000.000,00 (trinta e sete bilhões, quatrocentos e setenta milhões de dólares) (Couto, 2006).

Entretanto, foi necessário analisar, hierarquizar e selecionar os projetos que seriam destinados às obras no âmbito da IIRSA. O processo de escolha dos projetos se desenvolveu até a apresentação da Agenda de Implementação Consensuada na Terceira Reunião de Presidentes da América do Sul, em Cuzco, no Peru, em 2004.

Naquela reunião, os 12 (doze) países integrantes, para dinamizar o processo, definiram mediante consenso os 31 (trinta e um) projetos prioritários para a integração física. O mapa apresenta os 31 (trinta e um) projetos prioritários definidos pela agenda de implementação de forma concertada (figura 02)

¹² “Mas a proposta dos EID tem origem em formulações anteriores. O estudo “Infraestrutura para o desenvolvimento sustentado e integração da América do Sul” elaborado entre 1995 e 96 por Eliezer Baptista da Silva, ex-presidente da Companhia Vale do Rio Doce (CVRD), pode ser considerado um marco contemporâneo, tendo exercido grande influência sobre as ações de planejamento dos governos Fernando Henrique Cardoso e sobre os conceitos presentes na IIRSA. Realizado com o patrocínio do Business Council for Sustainable Development – Latin America, o estudo propõe que o planejamento do desenvolvimento adote uma perspectiva geoeconômica segundo a qual os benefícios econômicos da integração sul-americana se sobressaem em relação aos aspectos políticos nacionais tipicamente relacionados à geopolítica regional.” (Santos, 2013: 79).

FIGURA 02



Fonte: IIRSA, 2012

Desde o lançamento da iniciativa o número de projetos de integração de infraestrutura tem aumentado com o decorrer dos anos. O quadro abaixo apresenta essa tendência de crescimento:

Ano	Número de Projetos	Investimento (milhões de US\$)
2004	335	37.424,80
2007	349	60.522,60
2008	514	69.000,00
2009	510	74.542,30
2010	524	96.119,20
2011	531	116.120,60
2012	544	130.139,10
2013	583	157.730,50
2014	579	163.324,50

Fonte: Elaboração própria com dados IIRSA, 2014.

Os projetos foram distribuídos em 10 (dez) Eixos de Integração e Desenvolvimento: Andino, Andino do Sul, Amazonas, Capricornio, Escudo Guianês, Hidrovia Paraguai-Paraná, Interoceânico Central, MERCOSUL-Chile,

Perú-Brasil-Bolívia e Eixo do Sul, conforme já analisado em linhas anteriores e mais abaixo explicitado.

3.1.1 Eixo Andino

O Eixo Andino conta com 64 (sessenta e quatro) projetos divididos em 10 (dez) grupos com um investimento estimado de US\$ 9.962,50 milhões. Representa um mercado de 103,50 milhões de habitantes em uma área de influência de 2,6 milhões de km² com um PIB de US\$ 361.824,20 milhões (concentrados 91,7% entre Colômbia, Peru e Venezuela) (IIRSA, 2013).

Esse EID tem como projeto-âncora o Corredor Viário Santa Marta – Paraguachon – Maracaibo – Barquisimeto – Acarigua. Além disso, atinge os principais nós de articulação envolvendo Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela por meio de dois grandes corredores Norte-Sul que vinculam as principais cidades dos países integrantes do eixo.

3.1.2 Eixo Andino do Sul

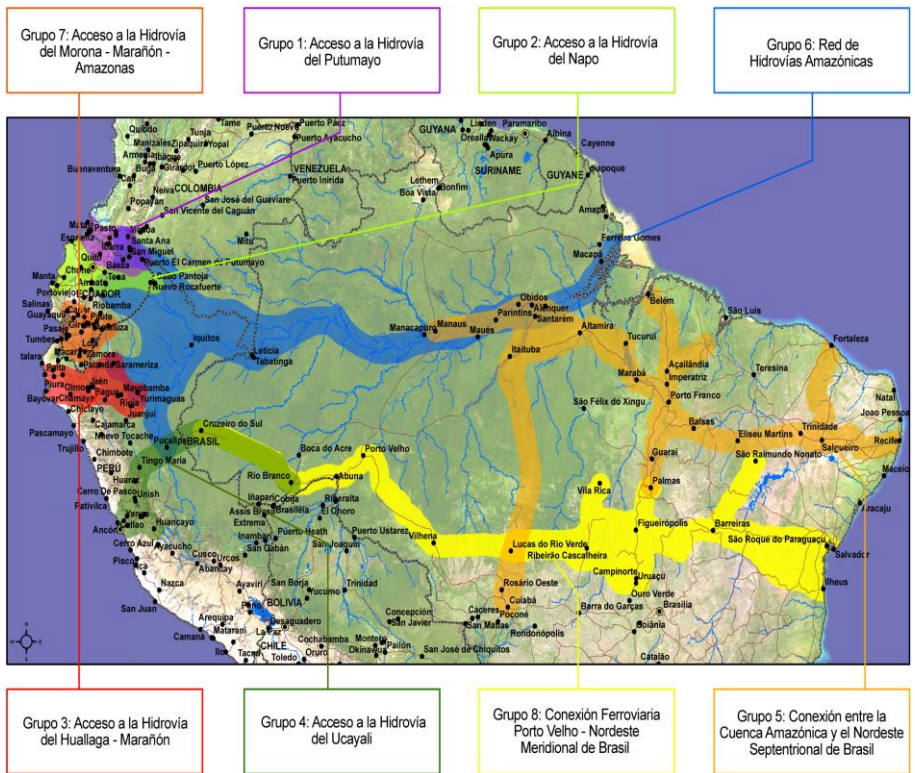
O Eixo Andino do Sul não teve até o momento avanços relevantes, mas abarca extensa região fronteiriça entre Chile e Argentina, separados pela Cordilheira dos Andes, com mais de 5.000 km de extensão e estrutura viária sem pavimentação.

Esse EID se articula no limite norte com o eixo andino e, transversalmente, tem áreas de superposição com os eixos de Capricórnio, do Sul, Interoceânico Central e MERCOSUL-Chile, todos conformando um espaço bioceânico.

3.1.3 Eixo Amazonas

O Eixo do Amazonas conta com 82 (oitenta e dois) projetos divididos em 08 (oito) grupos com um investimento estimado de US\$ 25.070,20 milhões. Representa um mercado de mais de 119,50 milhões de habitantes em uma área de aproximadamente 8,1 milhões de km² com um PIB aproximado de US\$ 815.215 milhões (IIRSA, 2013). Este EID tem como projeto-âncora o Corredor Viário Tumaco–Pasto–Mocoa–Puerto Assis. O mapa abaixo apresenta os grupos de projetos pertinentes a este EID

FIGURA 03



Fonte: GEOSUR, 2012.

Esse EID foi definido pela delimitação de uma região ao longo do sistema de transporte multimodal que interconecta portos do Pacífico como Tumaco (Colômbia) e Esmeraldas (Equador) aos portos de Manaus, Macapá e Belém.

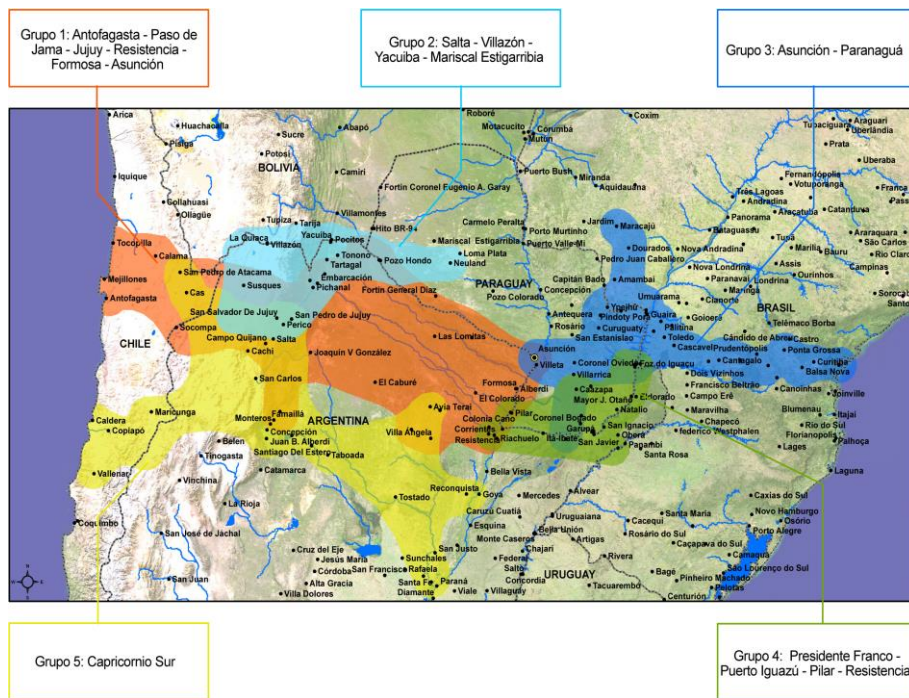
Em 2013, foram incorporados os seguintes Estados brasileiros: Rio Grande do Norte, Maranhão, Piauí, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe, Tocantins e Goiás.

3.1.4 Eixo de Capricórnio

O Eixo de Capricórnio conta com 83 (oitenta e três) projetos divididos em 05 (cinco) grupos com um investimento estimado de US\$ 17.929,50 milhões. Representa um mercado de mais de 49,9 milhões de habitantes em uma área de influência de 2,8 milhões de km², com um PIB aproximado de US\$ 228.939,90 milhões. O projeto-âncora estabelece-se a partir do acesso ao Paso de Jama (Rota Nacional nº 52, empalme Rota Nacional nº 9, limite com Chile) (IIRSA, 2013).

O mapa abaixo demonstra os 05 (cinco) grupos, onde estão divididos os projetos do Eixo de Capricórnio

FIGURA 04



Fonte: GEOSUR, 2012.

A área de influência desse EID envolve 05 (cinco) países (Argentina, Bolívia, Brasil, Chile e Paraguai), com instalações portuárias em seus extremos (tanto no Oceano Pacífico, como no Atlântico) que lhe dão o caráter bioceânico.

Esse eixo se distribui entre 04 (quatro) regiões, quais sejam: a região do litoral Atlântico, integrada pelos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná e parte do Mato Grosso do Sul; a região integrada pelo nordeste da Argentina (Misiones, Corrientes, Formosa, Chaco e norte de Santa-Fé), junto com a região oriental do Paraguai; a região noroeste, conformada pelo nordeste da Argentina (Santiago del Estero, Tucumán, La Rioja, Catamarca, Salta, Jujuy e quatro municípios de Córdoba), a região ocidental do Paraguai e os departamentos de Santa Cruz, Tarija e Potosí na Bolívia; e a região do Litoral Pacífico constituída pelo norte do Chile (as regiões Primeira, Segunda e Terceira, Tarapacá, Antofagasta e Atacama).

Nesse EID se exporta principalmente cobre refinado, grãos de soja, petróleo cru, mineral de cobre, mineral de ferro, sendo que estas exportações representam 34% (trinta e quatro por cento) do total exportado pelos 05 (cinco) países integrantes. Além disso, 87% (oitenta e sete por cento) das exportações são realizadas através de transporte marítimo.

A região também conta com grandes quantidades de minerais como cobre, ferro, prata e pedras preciosas, tendo aptidão para a agricultura e possuindo excedentes energéticos (como hidrelétricas e gás natural).

3.1.5 Eixo do Escudo Guianês

O Eixo do Escudo Guianês tem 20 (vinte) projetos divididos em 04 (quatro) grupos com um investimento estimado de US\$ 4.581,30 milhões. Representa um mercado de mais de 24,5 milhões de habitantes em uma área de influência de 4 milhões de km² com um PIB aproximado de US\$ 199.904,20 milhões, concentrado 99,1% (noventa e nove vírgula um por cento) entre Brasil e Venezuela. O projeto-âncora deste EID consiste na reabilitação de rodovia Caraca-Manaus (IIRSA, 2013).

A área de influência abarca Brasil, Guiana, Suriname e Venezuela. Atinge a região oriental de Venezuela (Estados de Anzoátegui, Bolívar, Delta, Amacuro, Distrito Capital, Nueva Esparta, Guárico, Miranda, Monagas, Sucre e Vargas), o arco norte do Brasil (Amapá, Roraima, Amazonas e Pará) e a totalidade dos territórios da Guiana e Suriname. Esta área está inserida em um processo de cooperação com 20 (vinte) anos de tradição (Tratado de Cooperação Amazônica).

As exportações mais importantes são petróleo cru, mineral de ferro, concentrados de ferro e outros que representam 47% (quarenta e sete por cento) do total delas no grupo de países, sendo que 93% (noventa e três por cento) são realizadas por via marítima. Inclusive, o EID oferece perspectivas para o setor pesqueiro e de turismo.

Merece evidência que o Eixo atravessa regiões com baixa densidade populacional e importantes populações indígenas, podendo gerar impactos bio-geofísicos e socioeconômicos significativos. Ainda conforme Padula (2013: 592)

O destaque negativo da API fica para o Eixo do Escudo das Guianas, que envolve área estratégica da região¹¹ e não recebeu a devida atenção, em número e valor dos projetos. Nos dez anos de IIRSA esse foi o eixo que menos projetos relevantes foram apresentados ou executados. Na API, esse Eixo conta com menos de 10% do número de projetos (apenas 3 projetos) e menos de 7,5% do montante total da carteira (com US\$1 bilhão), o terceiro menor valor entre os eixos. Nos projetos prioritários do Eixo, o setor de transportes e o modal rodoviário receberam prioridade, facilitando a circulação entre cidades importantes (Manaus, Boa Vista, Ciudad Guyana, Caracas, Georgetown, etc.), buscando a articulação com os portos. Assim, os

problemas de interconexão aérea, ferroviária e hidroviária do eixo não foram enfrentados.

3.1.6 Eixo da Hidrovia Paraná-Paraguai

O Eixo da Hidrovia Paraguai-Paraná conta com 95 (noventa e cinco) projetos divididos em 05 (cinco) grupos com um investimento estimado de US\$ 7.574,4 milhões. Representa um mercado de mais de 73,2 milhões de habitantes em uma área de 3,8 milhões de km², com um PIB aproximado de US\$ 419.341,1 milhões, em que 93,4% (noventa e três por cento) deste mercado se mostra concentrado entre Brasil e Argentina. O projeto-âncora deste Eixo é o melhoramento da navegabilidade do Rio Paraguai (Assunção-Apa) (IIRSA, 2013).

Esse eixo de integração tem uma área de influência que inclui territórios da Argentina, Bolívia, Brasil, Paraguai e Uruguai, sendo que todos estão diretamente vinculados aos rios Paraguai, Paraná, Tietê e Uruguai.

A área de influência do Eixo da Hidrovia Paraná-Paraguai tem interseção com distintos corredores (viários e ferroviários) que a vinculam com os Eixos Interoceânico Central, Capricórnio e MERCOSUL-Chile.

As principais exportações são grãos de soja, petróleo cru, minerais de ferro, sementes oleginosas e concentrados de ferro. Tais produtos correspondem a 28% (vinte e oito por cento) das exportações totais dos países deste EID, sendo que 87% (oitenta e sete por cento) são transportadas via marítima e fluvial.

Além disso, a região conta com grandes quantidades de recursos minerais de ferro (as minas de Urucum e Mutún próximas ao pantanal entre Bolívia e Brasil) e também dispõe de excedentes de energia hidrelétrica (pois onde estão localizadas as maiores represas hidrelétricas sul-americanas), gás natural, produção agropecuária, agroindustrial e industrial.

3.1.7 Eixo Interoceânico Central

O Eixo Interoceânico Central tem 61 (sessenta) projetos divididos em 05 (cinco) grupos com um investimento estimado de US\$ 8.907,6 milhões. Representa um mercado de mais de 92,6 milhões de habitantes em uma área de 3,5 milhões de habitantes por km², com um PIB aproximado de US\$ 485.842,1 milhões. Os projetos-âncoras desta região são: Pavimentação Carmelo Peralta-Loma-Plata e a construção da ponte internacional e passagem de fronteira entre Carmelo Peralta (Paraguai) e Porto Murtinho (Brasil) (IIRSA, 2013).

A área de influência desse eixo atravessa a América do Sul e interconecta os principais Portos do Pacífico ao Atlântico, articulando diversos pontos entre Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Peru.

O território delimitado incorpora: os departamentos de Arequipa, Moquegua, Puno e Tacna do Peru; as regiões XV, I (Arica, Parinacota, Tarapacá) e a Província de Loa da II Região, Antofagasta no Chile; os departamentos de Beni, La Paz, Oruro, Potosí, Tarija, Cochabamba, Chuquisaca e Santa Cruz na Bolívia; a República do Paraguai e os Estados brasileiros de Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro, São Paulo e Paraná.

As principais exportações são cobre refinado, minério de cobre e concentrados, petróleo cru, grãos de soja e concentrados de ferro. Estas exportações correspondem a 37% (trinta e sete por cento) da totalidade dos 05 (cinco países), com 89% (oitenta e nove por cento) sendo despachados por via marítima.

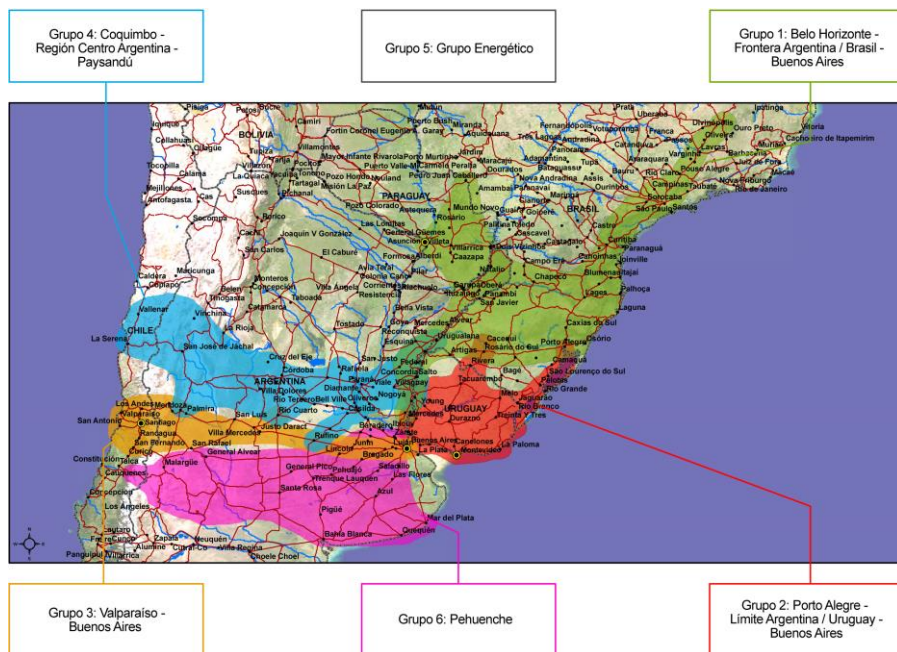
3.1.8 Eixo MERCOSUL-Chile

O Eixo MERCOSUL-Chile conta com 123 (cento e vinte e três) projetos em 06 (seis) grupos com um investimento estimado de US\$ 54.608,30 milhões. Representa um mercado de mais de 137,3 milhões de habitantes em uma área de influência de 3,2 milhões de km², com um PIB aproximado de US\$ 852.404,2 milhões. O projeto-âncora deste EID consiste na duplicação da Rota Nacional nº 14 entre Paso de los libres e Gualeguaychu (IIRSA, 2013). Pelo mapa percebe-se que este EID atravessa a América do Sul, interconectando os principais centros econômicos, cidades e portos do território que cobre partes da Argentina, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai.

A área de influência inclui: as regiões metropolitanas IV, V, VI e VII do Chile (respectivamente, Coquimbo, Valparaíso, Del Libertador e De Maule); as províncias argentinas de Mendoza, San Juan, La Rioja, San Luís, Córdoba, La Pampa, Santa Fé, Salta, Buenos Aires, Entre Rios, Corrientes e Missões; os Estados brasileiros do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, São Paulo, Minas Gerais; a região oriental do Paraguai e a República Oriental do Uruguai.

O seguinte mapa ilustra os 06 (seis) grupos nos quais estão divididos os projetos de infraestrutura.

FIGURA 05



Fonte: GEOSUR, 2012.

As principais exportações são cobre, grãos de soja, petróleo, mineral de ferro e farinhas de sementes oleaginosas. Estas exportações correspondem a 34% (trinta e quatro por cento) da totalidade das exportações. A maior parte das exportações é realizada por via marítima (86% – oitenta e seis por cento).

3.1.9 Eixo Peru-Brasil-Bolívia

Este EID conta com 25 (vinte e cinco) projetos em 03 (três) grupos com um investimento estimado de US\$ 32.131,9 milhões. Representa um mercado de mais de 10,2 milhões de habitantes em uma área de influência de 1,1 milhões de km², com um PIB de US\$ 20.448,3 milhões (IIRSA, 2013).

Esse eixo interconecta a tríplice fronteira de Bolívia, Brasil e Peru. A área de influência envolve: os departamentos de Tacna, Moquegua, Arequipa, Apurímac, Cusco, Madre de Dios e Puno no Perú; os departamentos de Pando, Bení e La Paz na Bolívia; e os Estados do Acre e Rondônia no Brasil.

As principais exportações são petróleo, mineral de ferro, grãos de soja, cobre e ouro. A soma das exportações destes produtos representa 29% (vinte e nove por cento) do total exportado pelos três países, sendo o transporte marítimo o modo de despacho preferencial (90% – noventa por cento)

Vale ressaltar que a melhoria tecnológica incorporada aos setores agropecuários, mineração e de serviços induziram aumentos significativos de produtividade (combinadas com a abertura de novos e amplos mercados de consumo, a incorporação de novas estruturas viárias e o baixo preço da terra), que colocam o EID em uma situação promissora para o desenvolvimento com investimentos nas áreas agropecuária, florestal e de mineração.

3.1.10 Eixo do Sul

O Eixo do Sul conta com 28 (vinte e oito) projetos divididos em 02 (dois) grupos com um investimento estimado de US\$ 2.744,6 milhões. Representa um mercado de mais de 5,8 milhões de habitantes em uma área de 0,5 milhões de km², com um PIB aproximado de US\$ 34.541,3 milhões. O projeto-âncora deste EID é a implementação integrada de fronteira em Pino Machado (IIRSA, 2013).

A área de influência deste EID envolve os territórios da Argentina e do Chile e tem em suas extremidades importantes instalações portuárias, tanto no Pacífico como no Atlântico.

A região está delimitada por: departamento de Biedma da Provincia de Chubut, as províncias de Neuquén, Rio Negro e partes de Bahia Blanca, Villarino, Patagones e Coronel Rosales da provincia de Buenos Aires; e as regiões VIII, IX, XIV e X do Chile (Bio-Bio, Araucania de los Rios e de Los Lagos).

Essa localidade de influência possui regiões consolidadas e outras com baixa densidade populacional, além de extensas áreas destinadas à conservação ambiental (parques e reservas nacionais). Também se caracteriza pela presença da agroindústria, indústria manufatureira, geração de energia elétrica, petróleo, gás, exploração agropecuária, silvícola e pesqueira, com a prestação de serviços, em especial turísticos.

As principais exportações são cobre refinado, minério de cobre, azeite e grãos de soja, e derivados de petróleo. Estas exportações representam 46% (quarenta e seis) do total de ambos os países, e 82% (oitenta e dois por cento) são despachadas por via marítima.

4 Efeitos decorrentes da implementação da carteira de projetos da IIRSA

A integração regional tem como pressuposto a formação de processos interestatais calcados em valores comuns, cujos objetivos em geral se vinculam à livre circulação de pessoas, bens, capital e serviços. Para que essa liberdade possa ocorrer de forma a preservar estas quatro vertentes, faz-se necessário não só contar com um arquétipo institucional e normativo apto a regular tal liberdade, mas também baseado num desenvolvimento sustentável da infraestrutura que seja

atinente à região constituída, de forma a facilitar, promover e preservar a própria integração de *per se*.

Nesse sentido, a infraestrutura possui papel relevante já que possibilita uma integração efetiva entre os Estados participantes do processo, favorecendo o desenvolvimento regional, repita-se, sustentável, com a atenuação das assimetrias econômicas e sociais.

Contudo, apesar das vantagens com amplos aspectos positivos alcançados pela implementação dos projetos constantes da carteira da IIRSA (vista enquanto foro técnico do COSIPLAN), não se pode olvidar que alguns outros efeitos causados, ou decorrentes dessa circunstância no âmbito regional, revelam-se preocupantes. Tais efeitos podem ter, em maior ou menor medida, impactos negativos e afetarem heterogeneamente os Estados, segundo uma classificação própria, conforme abaixo se expõe.

4.1. Efeitos derivados da ausência de um marco de proteção ambiental comum¹³

A questão do impacto ambiental decorrente das obras e projetos realizados, ou em fase de realização, já foram apontados por inúmeros especialistas, sendo posteriormente objeto de atenção por parte da IIRSA que, na tentativa de minimizar os efeitos causados, criou uma metodologia para a avaliação ambiental e social com enfoque estratégico (EASE) que foi idealizada para fornecer um quadro conceitual de orientações práticas nos grupos de projetos (IIRSA, 2013).

A metodologia faz uso de um conjunto de premissas que estabelece os termos nos quais se embasa sua aplicação. Tais premissas se traduzem na necessidade de produzir resultados em curto prazo para melhorar o processo de planejamento e implementação da carteira de projetos, com a utilização de especialistas altamente experientes em áreas relacionadas com a avaliação ambiental e social.

Dessa forma, a metodologia deve ser desenvolvida com base em informações secundárias e através da percepção dos diferentes atores, devendo ainda ser aplicada com a participação e compromisso dos governos.¹⁴ Não obstante, este mecanismo não foi suficiente para assegurar uma efetiva proteção ambiental, já que não resultou na criação de parâmetros comuns para a realização das obras (por

¹³ A questão ambiental é muito relevante, revelando-se como uma questão nevrálgica já que, na região, podem-se encontrar biomas capazes de ser afetados pelas obras da IIRSA, como a caatinga, cerrado, mata atlântica, campos sulinos e pantanal. No entanto, por suas características, a região amazônica é a que mais tem gerado conflitos e preocupações quanto aos efeitos das intervenções, tendo-se como exemplos desmatamento, caça, incêndios, problemas sociais, afetação dos territórios indígenas etc; há de se lembrar que o bioma amazônico se estende também pelos territórios do Peru, Colômbia, Venezuela, Equador, Bolívia, Guiana e Suriname, o que tem gerado conflitos transfronteiriços.

¹⁴ Sobre essa metodologia, recomenda-se a leitura de Mata Diz e Souza (2015).

exemplo, no que tange ao licenciamento ambiental, às comunidades tradicionais, ao controle das atividades sobre o meio urbano e paisagístico etc.).

4.2. Efeitos derivados do financiamento dos projetos em cada Estado

O financiamento dos projetos é feito pelos bancos regionais e pelos próprios Estados-partes, em sistema de contrapartida. A questão principal se refere à disparidade da regulação existente em cada Estado e a consequente aplicação e controle desses recursos pelos órgãos nacionais, especialmente no que tange à dimensão socioeconômica de cada projeto.

Além disso, deve-se apontar, ainda, as questões relativas à observância das normas de contratação pública, *maxime* quando se trata de projetos nacionais que utilizem financiamento derivado de fontes estrangeiras.

4.3 Efeitos derivados da ausência de participação da sociedade civil

Em um primeiro momento, a IIRSA se caracterizou como um foro “fechado” de tomada de decisão, já que estava vinculada diretamente aos poderes Executivos de cada Estado participante, especialmente no nível ministerial, e pela conformação institucional baseada em indicação pelos governos nacionais (veja-se, por exemplo, a formação dos Grupos Técnicos).

Não havia, portanto, previsão explícita sobre a participação da sociedade civil no processo de tomada de decisão, com a consequente criação de uma instância decisória específica para tal. A partir do EASE, estipulou-se um esquema de participação mais voltado para a questão ambiental, que pudesse estimular a participação da sociedade civil, ainda que num espectro restrito conforme ressalta Francescon (2012).

Contudo, não há até o presente momento uma clara indicação por parte do COSIPLAN, e também da IIRSA, em criar mecanismos de participação efetiva no que tange ao processo de decisão que atinge, por exemplo, as prioridades e as estratégias adotadas para cada eixo de desenvolvimento.

Além dos efeitos acima arrolados, pode-se mencionar ainda aspectos estruturais de organização interna de cada Estado e que podem resultar no atraso ou, inclusive, estancamento dos projetos. Também a questão dos deslocamentos espaciais e o afetamento das comunidades indígenas e tradicionais, em si, tem sido apontados como problemas intrínsecos resultantes das obras e projetos IIRSA.

Conclusões

A integração da infraestrutura física, energética e de telecomunicações na região sul-americana representa um ideal que remonta às primeiras iniciativas de associação interestatal presente nas propostas levadas a cabo pelos distintos processos já existentes, como o caso do Mercosul e da Comunidade Andina de Nações. Não obstante, os projetos já realizados por ambos os sistemas de integração não haviam, ainda – devido aos objetivos adotados por parte de cada um deles –, criado uma amálgama capaz de interligar toda a parte da região sul-americana abarcada pelo COSIPLAN (IIRSA).

Nesse sentido, a criação dessa instância decisória destinada a implementar, gerir e controlar os projetos de interconexão, tem como resultado a concretização efetiva de medidas destinadas a promover a livre circulação, direito fundamental para garantir o ir e vir irrestrito de pessoas, bens, capital e serviços – etapa imprescindível para alcançar um mercado integrado e, conseqüentemente, alavancar o sonho integracionista de Simon Bolívar.

Contudo, deve-se ressaltar que a verdadeira integração deve ter como pilares a democracia participativa, a autodeterminação dos povos, a articulação de atividades econômicas latino-americanas, a preocupação com as particularidades das populações locais, visando o crescimento sul-americano sustentável. A partir do momento em que decisões distributivas são tomadas, a inexistência de *accountability*, no âmbito da integração e em desrespeito aos regimes democráticos domésticos, em si, revela-se como uma circunstância que pode colocá-los em risco, sendo este um ponto especialmente preocupante, *maxime* quando não houver atenção às peculiaridades do local.

Agora bem, apesar de todos os problemas apontados (e não se pretende aqui esgotar a análise de todos eles), é inegável que a integração somente se efetivará a partir de uma matriz de infraestrutura que possibilite, de modo adequado e eficiente, maior intercâmbio de mercadorias, serviços, capital e pessoas com sustentabilidade, ou seja, a possibilitar ganhos econômicos segundo valores de justiça social e preservação ambiental. A discussão dos temas relevantes para a integração deve incluir necessariamente a questão do impacto da infraestrutura sobre este intercâmbio e o fortalecimento da integração regional.

Resta, portanto, promover e estimular o conhecimento sobre as iniciativas já existentes de modo a aperfeiçoar os mecanismos para a tomada de decisão e os conseqüentes efeitos jurídicos e sociais de cada um dos projetos.

Referências

BUENO, Elen de Paula. *A política externa brasileira para a integração da infraestrutura regional sul-americana: mudanças, projetos e desafios*. In: 5º Encontro Nacional da Associação Brasileira de Relações Internacionais: Redefinindo a Diplomacia num mundo em transformação. jul. de 2015. Disponível

em: https://www.researchgate.net/publication/307512743_A_politica_externa_brasileira_para_a_integracao_da_infraestrutura_regional_sul-americana_mudancas_projetos_e_desafio. Acesso em: 26 de dezembro de 2016.

CARVALHO, Glauber Cardoso; ROSEVICS, Larissa. A política externa do governo Lula para a América do Sul: Unasul e Unila. In: *Por uma integração ampliada da América do Sul no século XXI*. Sarti, Ingrid et all (Org.). Rio de Janeiro: Perse, 2013.

Comunicado de Brasília. Disponível em: http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/comunicado_brasilia_esp.Pdf. Acesso em: 20 de novembro de 2014.

COUTO, Leandro Freitas. A Iniciativa para a Integração da Infra-estrutura Regional Sul-Americana – IIRSA como instrumento da política exterior do Brasil para a América do Sul. *Revista OIKOS*, vol. 5, n. 01. Rio de Janeiro, UFRJ, 2006. Disponível em: <http://revistaoikos.org/seer/index.php/oikos/article/viewFile/109/77>. Acesso em: 16 de novembro de 2015.

CONSELHO DE INFRAESTRUTURA E PLANEJAMENTO – COSIPLAN. *Agenda de proyectos prioritarios de integración*. União das Nações Sul Americanas. 2011. Disponível em: www.unasursg.org/uploads/5b/3d/5b3d5742efa7f167baceaec74bdb5613/Anexo-Decision-5-Lima-30-noviembre-2012.pdf. Acesso em: 22 de janeiro de 2013.

DABÈNE, Olivier. A quarta onda de regionalismo. In: QUENAN, Carlos; VELUT, Sébastien (Orgs.). JOURCIN, Eric (Coord.). *Os desafios do desenvolvimento da América Latina: dinâmicas sócioeconômicas e políticas públicas*. GIRARD, Manuel; RUBIO, Pascal; SCHILLING, Cláudia (Trad.). 2. ed. Paris: IdA – Institut des Amériques/AFD - Agence Française de Développement, 2014, pp. 64-95. Disponível em: <http://www.afd.fr/jahia/webdav/site/afd/shared/PUBLICATIONS/RECHERCHE/Scientifiques/A-savoir/24-VP-A-Savoir.pdf>, Acesso em: 05 de julho de 2016.

Declaración de Margarita: el detonador de UNASUR. Disponível em: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/archipelago/article/view/20044/19035>. Acesso em: 26 de dezembro de 2016.

FRANCESCON, Erika. *IIRSA y la participación social: Estudio sobre su mecanismo de Evaluación Ambiental y Social Estratégica (EASE)*. Trabalho apresentado no Congresso Nacional y III Congreso Internacional sobre Democracia, organizado por la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Rosario. Rosario, 3 al 6 de septiembre de 2012. Disponível em: https://gapepyg.files.wordpress.com/2012/09/rosario-2012_ponencia_francescon_iirsa-y-la-participacion-social.pdf. Acesso em: 18 de fevereiro de 2013.

IIRSA- Iniciativa para La Integración para La Infraestructura Regional Suramericana. *Ejes de Integración y Desarrollo*. Integração da Infraestrututura Regional da America do Sul. 2013. Disponível em: <<http://www.iirsa.org//Areas.asp?CodIdioma=ESP>>. Acesso em: 14 de abril de 2013.

IIRSA- Iniciativa para La Integración para la Infraestructura Regional Suramericana. *Evolução da Iniciativa para a Integração da Infraestrutura Regional Sul Americana*. Integração da Infraestrututura Regional da América do Sul. 2013. Disponível em:<http://www.iirsa.org/BancoMedios/Documentos%20PDF/api_agenda_de_projetos_port.pdf> Acesso em: 02 de abril de 2013.

IIRSA- Iniciativa para La Integración para La Infraestructura Regional Suramericana. *Estructura Institucional*. Integração da Infraestrututura Regional da América do Sul. 2013. Disponível em:<<http://www.iirsa.org/EstructuraInstitucional.asp?CodIdioma=ESP>> Acesso em: 17 de março de 2013.

IIRSA- Iniciativa para La Integración para La Infraestructura Regional Suramericana. *Metodología de Planificación*. Integração da Infraestrututura Regional da América do Sul. 2013. Disponível em: <<http://www.iirsa.org/planificacion.asp?CodIdioma=ESP>> Acesso em: 16 de abril de 2013.

IIRSA- Iniciativa para La Integración para La Infraestructura Regional Suramericana. *Sección I: Evolución da Iniciativa para a integração da infraestrutura regional Sul Americana*. Integração da Infraestrututura Regional da América do Sul. 2013. Disponível em: <http://www.iirsa.org/BancoMedios/Documentos%20PDF/lb09_seccion1_por.pdf> Acesso em: 12 de março de 2013.

IIRSA- Iniciativa para La Integración para La Infraestructura Regional Suramericana. *Evaluación Ambiental y Social con Enfoque Estratégico*. Integração da Infraestrututura Regional da América do Sul. 2013. Disponível em: <http://www.iirsa.org/BancoConocimiento/E/evaluacion_ambiental_estrategica/evaluacion_ambiental_estrategica.asp?CodIdioma=ESP> Acesso em: 16 de abril de 2013.

Informe de la Cartera de Proyectos del COSIPLAN 2015. Disponível em: <http://www.flipsnack.com/IIRSA/informe-de-la-cartera-de-proyectos-del-cosiplan-2015.html>. Acesso em: 26 de julho de 2016.

MATA DIZ, Jamile Bergamaschine; SOUZA, Laura Felipe de. O desenvolvimento regional e a proteção ambiental: uma análise da iniciativa para a integração da infraestrutura regional Sul-Americana. *Revista de Direito Ambiental: RDA*, v. 20, n. 77. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2015, p. 499-530. Disponível em:

http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Biblioteca/05-20_3_Encontro_Anuual_da_Rede_Ambiental/RTDoc16_5_11_1_52_PM.pdf>. Acesso em: 15 de abril de 2016.

MATA DIZ, Jamile Bergamaschin; PAULA, Mariana Porto de; SECCHES, Daniela Vieira. *Os atores interestatais no desenvolvimento regional e a participação social: a atuação dos grupos argentinos nos projetos de infraestrutura da IIRSA e do FOCEM*. Revista Direito GV, v. 12, n. 3, set.-dez. de 2016 (no prelo).

MELO, João Jesus S.; PAULA, Elder Andrade. As Hidrelétricas do Rio Madeira no Contexto da Integração Regional Sul- Americana. In: *Encontro da Associação Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Ambiente e Sociedade*, 4, “Mudanças ambientais globais: a contribuição da ANPPAS ao debate”. Brasília, 2008.

MEZA-BERNAL, Raúl; QUINTANAR, Silvia Victoria. *Regionalismo e Ordem Mundial: Suramérica, Europa, China*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 2012.

OLIVEIRA, Antonio Eduardo Alves de. As (des)articulações subnacionais e o processo de integração regional na América do Sul. In: *Por uma integração ampliada da América do Sul no século XXI*. Sarti, Ingrid et al (orgs.). Rio de Janeiro: Perse, 2013.

PADULA, Raphael. Notas sobre a integração de infraestrutura na América do Sul: da IIRSA ao Cosiplan da Unasul. In: *Por uma integração ampliada da América do Sul no século XXI*. Sarti, Ingrid et al (Orgs.). Rio de Janeiro: Perse, 2013.

Plano de Ação da IIRSA. Disponível em: http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/plan%20de%20accion%20de%20la%20iniciativa%20iirsa.pdf. Acesso em: 15 de novembro de 2014.

SANT’ANNA, Sérgio Luiz Pinheiro. Unasul e o Banco do Sul: infraestrutura, desenvolvimento e os marcos jurídico-sociais. In: *Por uma integração ampliada da América do Sul no século XXI*. Sarti, Ingrid et al (Orgs.). Rio de Janeiro: Perse, 2013.

SANTOS, Ailton Dias dos. *A Integração da infraestrutura sul-americana e as dinâmicas do sistema-mundo capitalista: análise comparada das relações entre governos e bancos de desenvolvimento no Brasil, Peru e Bolívia*. Tese de doutoramento apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Estudos Comparados sobre as Américas do Centro de Pós-graduação sobre as Américas (CEPPAC). Brasília: Universidade de Brasília, abril de 2014 (Inédita).

SENHORAS, Elói Martins; VITTE, Claudete de Castro Silva. Planejamento territorial da integração sul-americana. In: BERTONI, Liliana (Coord.). *Infraestrutura e integración regional*. Buenos Aires: Dunken, 2008, p. 37-64.

SISTEMA DE INFORMACIÓN GEOREFERENCIADA - GEOSUR. Mapas. Sistema de Información Georeferenciada. 2013. Disponível em: <<http://www.geosur.info/geosur/>>. Acesso em: 14 de abril de 2013.

Autores convidados

O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR INCIDE NA ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO? ALGUMAS CONSIDERAÇÕES A PARTIR DA EXIGÊNCIA DE INTEGRIDADE E COERÊNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

DOES THE CONSUMER PROTECTION CODE APPLIES TO NOTARIAL AND REGISTRATION ACTIVITY? SOME CONSIDERATIONS BASED UPON THE DEMAND FOR INTEGRITY AND COHERENCE OF LEGAL ORDER

Beatriz Oquendo Pontes¹
Eduardo Rocha Dias²

Sumário: Considerações iniciais. 1 A atividade notarial e registral. 2 A relação de consumo. 3 Análise da incidência ou não do Código de Defesa do Consumidor na atividade notarial e registral. Considerações finais. Referências.

Resumo: Os tabeliães e oficiais de registro desempenham uma importante função social, conferindo autenticidade, publicidade, efetividade e segurança jurídica aos atos jurídicos. A atividade notarial e registral constitui uma delegação de serviços públicos a particulares, selecionados por meio de concurso público. Os notários e registradores são remunerados por emolumentos pagos pelos usuários do serviço. A natureza dos emolumentos é de tributo, na espécie taxa. A atividade notarial e registral é regulamentada pela Lei nº 8.935/94. O direito notarial e registral tem natureza peculiar, mantendo interatividade com diversos outros ramos do direito. O direito do consumidor aplica-se à relação existente entre o consumidor e o fornecedor. O Código de Defesa do Consumidor traz em seu bojo conceitos bastante abrangentes, de forma a englobar o máximo de relações de consumo possível, prevendo diversos direitos e garantias. Existe acirrada discussão acerca da aplicabilidade ou não deste instrumento normativo à atividade registral e notarial. Os defensores da incidência do código consumerista entendem que a prestação de serviço pelo tabelião e pelo registrador estaria abrangida pela conceituação de relação de consumo trazida pelo código, bem como o referido instrumento legal somente não seria aplicável quando houvesse expressa previsão. A corrente de pensamento contrária tem como argumentos que a atividade notarial e registral possui lei específica que regulamenta a relação com seus usuários, além de a remuneração do serviço ser realizada por meio de tributo, o que, assim como a natureza jurídica do serviço, contribuiria para a não incidência do Código de Defesa do Consumidor. O embate jurídico é de extrema importância, mas, em que pese haver sólidos argumentos em ambos os posicionamentos, adota-se o entendimento da não aplicação da legislação consumerista à atividade registral e notarial. Tal conclusão decorre da exigência de integridade e de coerência do ordenamento

¹ Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fortaleza, CE. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhuanguera. Mestranda em Direito pela UNIFOR, Fortaleza, CE.

² Mestre em Direito. Professor de Direito Previdenciário e de Direito Constitucional da UNIFOR, Fortaleza, CE. Procurador Autárquico do INSS.

jurídico e da análise de argumentos adotados pelo STJ para afastar a lei de proteção do consumidor de outros âmbitos que guardam similaridades com a atividade de notários e de registradores.

Palavras-chave: Atividade notarial e de registro. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade.

Abstract: Notaries and registrars have an important social duty providing authenticity, publicity, effectiveness and legal certainty to the legal acts. The notarial and registration activity is a public service delegation to a person that was approved on a public tendering procedure. Public Notaries and registrars are remunerated with emoluments payed by the persons that use the services. The legal nature of the emoluments is tribute, in the specie of tax. The notarial and registration activity is regulated by Law n. 8.935/94. Notarial and Registration Law has a peculiar nature, and maintains interactivity with others branches of law. Consumer Law is applied to the relation between the supplier and consumer. The Consumer Protection Code brings very comprehensive concepts with the intention of encompass the maximum of consumer relations as possible, listing lots of rights and guarantees. There is a heated discussion about the application or not of this normative instrument to the notarial and registration activity. The defenders of the incidence of the consumer code consider that the service provided by the notary and the register is embraced on the concept of consumer relation announced by the code and also the legal instrument would not be applied when it has express provision. The contrary current of thought argue that the notarial and registration activity is ruled by a specific law that regulates the relation with its users and also the legal nature of the service contributed to the non-incidence of the Consumer Protection Code. This legal discussion has a major importance, which despite the existence of substancial arguments in both sides, the conclusion of this study is that the Consumer Protection Code does not apply to the notarial and registration activity. It reaches such conclusion after considering the demands for integrity and coherence of the juridical order and the arguments underlying Superior Court of Justice's rulings in Brazil that did not apply the Consumer Protection Code to other realms of life that have similarities with notaries and registrars'activities.

Key-words: Notarial and Registration activity. Consumer Protection Code. Applicability.

Considerações iniciais

Os notários e registradores são profissionais dotados de fé pública que exercem uma função de notória importância, formalizando atos e negócios jurídicos, garantindo efetividade, autenticidade e segurança jurídica, de forma célere e eficaz.

Tabeliães e oficiais de registro estão em constante contato com a sociedade, sendo necessário analisar a natureza dessa atividade e quais normas irão regulamentar essa relação entre esses profissionais e os usuários do serviço extrajudicial.

O direito notarial e registral possui uma natureza bastante peculiar, possuindo particularidades que ocorrem somente no referido ramo do direito, motivo pelo qual o exegeta deve ter bastante cautela e zelo no momento em que interpretá-lo em conjunto com outros ramos do direito.

É cediça a importância do Código de Defesa do Consumidor no sistema jurídico pátrio, editado com a teleologia de proteção do consumidor, tendo por finalidade regulamentar a relação de consumo.

Este trabalho tem como intuito analisar se seria possível a incidência ou não do Código de Defesa do Consumidor nos serviços prestados por notários e registradores, abordando-se inicialmente, de forma específica, a atividade notarial e registral. Em seguida, discorre-se acerca da relação de consumo e, por fim, trata-se diretamente sobre o tema proposto.

O referido debate legal, doutrinário e jurisprudencial é entusiasmante e atraente, haja vista que a característica mesclada entre atividade pública e privada faz com que a atividade notarial e registral esteja situada em uma zona cinzenta na qual são plenamente defensáveis ambas as teses, de forma que as diversas correntes existentes sobre o assunto proporcionem um embate teórico e prático de elevado interesse jurídico, o que só demonstra a pertinência e validade do tema.

Essa discussão é bastante atual, não estando solucionada até o presente momento, sendo objeto de indagações constantes nos tribunais pátrios. As Turmas do Superior Tribunal de Justiça já se posicionaram a favor e contra a aplicação do código consumerista às atividades notariais e registrais, como será exposto.

Busca-se aprofundar e delimitar as teses ventiladas, como também seus fundamentos de fato e de direito, no fito derradeiro de contribuir para a conclusão e pacificação de tal imbróglio jurídico. Não se pode deixar de considerar que o Código de Processo Civil que entra em vigor em março de 2016, a par de atribuir importância significativa aos precedentes dos tribunais, tornando-os obrigatórios, impõe às cortes, em seu art. 926, o dever de uniformizar sua jurisprudência e de mantê-la estável, íntegra e coerente. Tal dever de integridade e de coerência da jurisprudência impõe que se alcancem entendimentos sustentáveis argumentativamente e que levem em conta o ordenamento jurídico como um todo. Por isso, a partir da análise de decisões do STJ referentes a outros setores, em que se guarda similaridade com a atividade notarial e de registro, se pretende extrair conclusões que se mostrem relevantes para o encaminhamento das divergências existentes a respeito da aplicabilidade a esta última da legislação consumerista.

A metodologia utilizada na presente pesquisa científica é do tipo bibliográfica; quanto ao objetivo, é exploratória e descritiva, utilizando uma abordagem qualitativa; no que se refere à utilização dos resultados, é pura, tendo sido os dados colhidos por meio de um estudo descritivo-analítico, através de pesquisa teórica.

1 A atividade notarial e registral

Os notários e registradores desempenham importante função social. A Lei 8.935/93 foi promulgada com o fim de regulamentar as atividades notariais e registrais, disciplinar a responsabilidade civil aplicável aos referidos profissionais e definir a fiscalização dos seus atos pelo Poder Judiciário. Conforme dispõe o artigo 1º da Lei 8.935/93, a atividade notarial e registral tem como finalidade garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia de atos jurídicos.

Os notários e registradores gozam de fé pública, podendo exercer suas atividades com autonomia e independência, porém, sempre respeitando os ditames legais. As atribuições e competências dos titulares do serviço público extrajudicial estão elencadas na Lei nº 6015/73, não podendo praticar atos que não estejam expressamente previstos em lei.

A atividade registral está presente na vida de todos desde o seu início, ao ser lavrado o assento de nascimento, até o fim, quando do registro do óbito. Do mesmo modo, verifica-se a necessidade da atividade notarial para a formalização de atos e negócios jurídicos.

Segundo Leonardo Brandelli (1998, p. 126), a função do notário consiste em:

receber ou indagar a vontade das partes; assessorar como técnico as partes e com isso dar forma jurídica à vontade das partes; redigir o escrito que se converterá em instrumento público; autorizar o instrumento público, dando-lhe forma pública e credibilidade; conservar o instrumento autorizado; expedir cópias do instrumento.

Portanto, percebe-se que o tabelião de notas e o oficial registrador devem prestar auxílio jurídico aos interessados, redigindo suas vontades no instrumento público pertinente, para que o mesmo tenha a aptidão de produzir os efeitos legais compatíveis.

O provimento no cargo de tabelião, originariamente, ocorria através de nomeação real, sendo este benefício um direito vitalício, não sendo exigido nenhum tipo de aptidão específica para exercer referida função. Era possível, inclusive, a compra deste título ou o mesmo podia ser oferecido como recompensa. Desta forma, durante muito tempo, vigorou no Brasil a transmissão através da sucessão, passando o cargo de notário ou registrador de pai para filho, sem a imprescindível exigência de adequado preparo jurídico. Com o advento da atual Constituição, foi determinado pelo artigo 236 e seu §3º³ que a atividade registral e notarial não mais seria exercida

³ Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

diretamente pelo Estado, passando a ser delegada a particulares aprovados em concurso público.

Assim, surgiu uma discussão acerca da natureza do serviço extrajudicial. Essa questão restou pacificada quando foi julgado se os notários e registradores estariam submetidos à aposentadoria compulsória imposta aos servidores públicos na ADI 2.602/MG, doravante exposto:

O art. 40, § 1º, II, da Constituição do Brasil, na redação que lhe foi conferida pela EC 20/1998, está restrito aos cargos efetivos da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios – incluídas as autarquias e fundações. **Os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público – serviço público não privativo.** Os notários e os registradores exercem atividade estatal, entretanto **não são titulares de cargo público efetivo, tampouco ocupam cargo público. Não são servidores públicos,** não lhes alcançando a compulsoriedade imposta pelo mencionado art. 40 da CF/1988 – aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade. (ADI 2.602, rel. p/ o ac. min. Eros Grau, julgamento em 24-11-2005, Plenário, **DJ** de 31-3-2006.) No mesmo sentido: MS 28.440-ED-AgR, voto do rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 19-6-2013, Plenário, **DJE** de 7-2-2014. Vide: RE 556.504-ED, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 10-8-2010, Primeira Turma, **DJE** de 25-10-2010. (grifo nosso).

Verifica-se, portanto, que, em que pese a natureza jurídica da atividade desempenhada por notários e registradores ser pública, eles não estão submetidos ao regime jurídico dos servidores públicos, uma vez que são particulares delegatários de serviço público.

Os emolumentos devidos pelos serviços públicos extrajudiciais não são pagos pelos cofres públicos, mas sim pelos particulares que fizerem uso do serviço. Referidos emolumentos são previamente fixados por lei, não podendo os delegatários estabelecer o valor dos serviços conforme seu próprio entendimento. A remuneração dos tabeliães e oficiais é considerada tributo, mais especificamente na espécie taxa. Segue jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que aborda essa questão:

A jurisprudência do STF firmou orientação no sentido de que as custas judiciais e os emolumentos concernentes aos serviços notariais e registrais possuem natureza tributária, qualificando-se como taxas remuneratórias de serviços públicos, sujeitando-se, em consequência, quer no que concerne à sua instituição e majoração, quer no que se refere à sua exigibilidade, ao regime jurídico-constitucional pertinente a essa especial modalidade de tributo vinculado, notadamente aos princípios fundamentais que proclamam, dentre outras, as garantias essenciais (a) da reserva de competência impositiva, (b) da legalidade, (c) da isonomia e (d) da anterioridade”. (ADI 1.378-MC, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 30-11-1995, Plenário, **DJ** de 30-5-1997.) No mesmo sentido: ADI 3.826, rel. min. Eros Grau, julgamento em 12-5-2010, Plenário, **DJE** de 20-8-2010. (Grifo nosso).

O direito notarial e registral vem ganhando notoriedade, em virtude dos inúmeros serviços que passaram a ser atribuições de tais agentes delegatários de serviço público, de forma a contribuir para a diminuição do acúmulo de demandas no Poder Judiciário, dos quais destaca-se a possibilidade de lavratura de inventários, separações e divórcios extrajudiciais, nos moldes da Lei n.º 11.441/07, assim como a usucapião administrativa, conforme já previsto na redação do novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em março de 2016.

Devido ao fato de o leque de serviços prestados extrajudicialmente estar ficando cada vez maior, as demandas envolvendo a relação entre os usuários dessa atividade e os profissionais que a exercem aumentam. É cabível, portanto, indagar qual seria a natureza da relação entre os tabeliães e registradores e os usuários de seus serviços.

A atividade notarial e registral em geral é marcada por diversos traços que a distinguem de qualquer outra função realizada pelo setor público ou pelo setor privado, tendo na realidade verdadeiras características *sui generis*, expressão de origem latina que significa literalmente "de seu próprio gênero", ou seja, "único em seu gênero".

Diversas matérias do direito incidem sobre a atividade notarial e registral, não existindo uma fórmula certa e acabada acerca da natureza pública e privada, em razão do gênero e da profundidade que lhe são inerentes, razão pela qual cada ramo do direito (civil, penal, constitucional, administrativo, tributário, do consumidor, do trabalho, dentre outros) deve ser visto de forma pontual e relativa à atividade em apreço, exigindo do exegeta zelo e cuidado ao interpretar a incidência e aplicação de determinadas legislações à mesma, haja vista que todas as modalidades de exegese devem ser simultaneamente utilizadas, no fito derradeiro de se buscar a melhor teleologia da lei.

No presente artigo científico não cabe esmiuçar a forma de incidência da atividade notarial e registral em cada ramo do direito, uma vez que o objetivo é adentrar de forma mais específica e precisa em apenas um destes, o direito consumerista, razão pela qual o enfoque principal será a incidência (ou não) do Código de Defesa do Consumidor na atividade notarial e registral.

Antes de adentrar no conflito jurídico acima exposto, faz-se necessário tecer alguns comentários acerca da relação consumerista propriamente dita, o que será realizado a seguir.

2 A relação de consumo

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) foi editado em 11 de setembro de 1990, pela Lei n.º 8.078, dispondo de modo geral sobre a proteção do consumidor. Conforme o artigo 1º, as normas ali insertas são de força cogente, por serem de ordem pública, não cabendo, assim, a livre disposição pelos particulares, como também são de interesse social.

O tema de relação de consumo é muito vasto e importante para o Direito do Consumidor, tendo em vista que o enquadramento ou não de tal relação é o que vai gerar a aplicação ou não da incidência do Código do Consumidor em determinada relação social. Essa questão tem ganhado bastante relevo em tal cenário jurídico, haja vista que o simples fato de se enquadrar ou não como uma relação abrangida pelo CDC pode gerar diversos direitos e garantias para o particular.

O mercado de consumo tem caráter econômico, caracteriza-se pela livre iniciativa e concorrência, visa ao lucro e é regido pela lei da oferta e da procura. A relação consumerista caracteriza-se pelo vínculo jurídico entre o consumidor e o fornecedor, decorrente do fornecimento de produtos ou prestação de serviços. Faz-se necessário, portanto, analisar os termos “consumidor” e “fornecedor”, tendo em vista que com as delimitações dos mesmos, restaria enquadrada a relação de consumo e, conseqüentemente, a incidência do referido diploma legal. Os artigos 2º e 3º do CDC trataram de definir consumidor, bem como conceituar fornecedor.

Art. 2º **Consumidor** é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, **que haja intervindo nas relações de consumo.**

Art. 3º **Fornecedor** é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, **que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.**

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (Grifo nosso).

No que tange ao conceito de consumidor, o Código de Defesa do Consumidor foi bastante claro em seu artigo 2º, adotando a conhecida teoria finalista, de que consumidor poderia ser tanto uma pessoa física, como também uma pessoa jurídica, tendo como principal e “único” requisito para tal enquadramento somente que tal aquisição tenha se dado de forma final, ou seja, a pessoa em questão não pode ter adquirido determinado produto ou serviço no afã de cedê-lo para terceiro, a título gratuito ou oneroso, apesar de que a ocorrência eventual de uma doação ou venda não desfigura a qualidade de destinatário final do mesmo.

Fazendo uma combinação do referido dispositivo com o artigo 17 do CDC, o legislador pátrio ainda previu o consumidor equiparável, também denominado *bystander* ou vítima do evento, passando a considerar também como consumidores todas as vítimas do evento. Tal dispositivo ampliou a abrangência do conceito de consumidor, passando estes a serem titulares dos mesmos direitos e proteções previstas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Em relação à figura dos fornecedores, o Código também foi bastante abrangente, incluindo tanto as pessoas físicas como as pessoas jurídicas, além dos

próprios entes despersonalizados, desde que realizem as mais variadas atividades relativas a produtos ou serviços, estes, por sua vez, também tendo natureza e conceituação bastante vasta, tudo no afã de proteger sob a égide do código consumerista o maior número de relações sociais.

Como exposto em linhas pretéritas, a conceituação de fornecedor é bem ampla e geral, não sendo o fato do serviço ser público que *de per se* ensejaria a desconsideração da relação de consumo e inaplicação do CDC, desde que o serviço público seja remunerado de forma específica (*uti singuli*) por tarifa, não tratando, porém, para aqueles que são custeados por meio de tributos (*uti universi*). Veja-se jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça neste sentido:

Concessionária de rodovia. Acidente com veículo em razão de animal morto na pista. Relação de consumo.

1. **As concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários da estrada, estão subordinadas ao Código de Defesa do Consumidor, pela própria natureza do serviço.** No caso, a concessão é, exatamente, para que seja a concessionária responsável pela manutenção da rodovia, assim, por exemplo, manter a pista sem a presença de animais mortos na estrada, zelando, portanto, para que os usuários trafeguem em tranquilidade e segurança. **Entre o usuário da rodovia e a concessionária, há mesmo uma relação de consumo,** com o que é de ser aplicado o art. 101, do Código de Defesa do Consumidor.

2. Recurso especial não conhecido. (Grifo nosso).

(REsp 467883/RJ, Terceira Turma, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 01/09/2003, p. 281).

Essa decisão evidencia a incidência do código consumerista no que tange à relação entre os utentes do serviço e os concessionários, mesmo se tratando de um serviço de natureza pública.

Trabalhados esses pontos acerca do necessário enquadramento de consumidor e fornecedor para fins de configuração da relação de consumo e incidência do Código de Defesa do Consumidor, como também a extensão da referida relação para prestação de serviços públicos quando remunerados por tarifas ou preços públicos, será abordado diretamente o tema principal objeto do presente artigo científico, qual seja, a incidência ou não do CDC nas atividades notariais e registrais, ventilando os argumentos e fundamentos a favor e contra, analisando-se os julgados acerca da temática em tela.

3 Análise da incidência ou não do Código de Defesa do Consumidor na atividade notarial e registral

No que se refere à atividade notarial e registral, seria possível o questionamento acerca da incidência do Código de Defesa do Consumidor, dentre outros fatos, por se tratar de uma relação em que há uma prestação de serviço, conforme disposto na parte final do artigo 3º do CDC, acima transcrito.

O tema em tela é de bastante relevância e ainda não existe uma uniformidade de entendimento em relação ao deslinde de tal querela, haja vista que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu em diferentes sentidos na Segunda e Terceira Turmas, não havendo, por tal, uma consonância de entendimento pela aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor nas atividades notariais e registras como já fora pacificado em outras atividades, a exemplo do setor bancário, que foi determinado que houvesse incidência do CDC, diferentemente da relação entre advogado e cliente, em que, por sua vez, foi decidido que o mesmo não incidiria.

Como já ventilado previamente, a determinação ou não da incidência do Código de Defesa do Consumidor é fator determinante e importante para se averiguarem a quais eventuais direitos e garantias determinado indivíduo faria jus em determinada relação social, haja vista que é cediço que o espectro do mesmo é bem maior e mais garantista que o Código Civil e o Código de Processo Civil, considerando que a criação do primeiro teve justamente como teleologia a proteção mais efetiva e integral da pessoa do consumidor, presumidamente *ex lege* uma pessoa mais frágil na relação de consumo.

Por gerar ônus fáticos e processuais (às vezes de forma até bem acentuada) para uma parte, no caso, para a pessoa tida como fornecedora, inicialmente os tribunais brasileiros tiveram resistência em conferir o enquadramento de relação de consumo para determinadas situações, como até hoje fazem, no caso dos advogados.

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. CONTRATO. NÃO INCIDÊNCIA DO CDC. DEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. NEGATIVA DE QUE FORA EFETIVAMENTE CONTRATADO PELO CLIENTE. DANOS MORAIS. CARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1.- **As relações contratuais entre clientes e advogados são regidas pelo Estatuto da OAB, aprovado pela Lei n. 8.906/94, a elas não se aplicando o Código de Defesa do Consumidor. Precedentes.** 2.- A convicção a que chegou o Tribunal de origem quanto ao nexo de causalidade entre a conduta do advogado que negou que fora contratado e recebera procuração do cliente para a propositura de ação de cobrança e os danos morais suportados por esse decorreu da análise do conjunto fático-probatório, e o acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame do mencionado suporte, obstando a admissibilidade do especial à luz da Súmula 7 desta Corte. 3.- Sendo a ação de indenização fundada no direito comum, regular a aplicação do art. 177 do Código Civil, incidindo a prescrição vintenária, pois o dano moral, na presente hipótese, tem caráter de indenização, de reparação de danos e pela regra de transição (art. 2.028 do Novo Código Civil) há de ser aplicado o novo prazo de prescrição, previsto no art. 206, § 3º, IV do mesmo diploma legal. 4.- Recurso Especial improvido. (Grifo nosso)
(REsp 1228104, terceira Turma, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, DJ 10/04/2012).

No caso da relação entre advogado e cliente, a fundamentação para a não aplicação do Código de Defesa do Consumidor é que se trata de uma relação regida pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n.º 8.906/94), que contém todas as balizas de direitos e garantias para o cliente, razão pela qual não se mostra necessária e pertinente a incidência do CDC na referida relação, haja vista que o Estatuto da OAB já perfaz tal proteção, sendo, assim, norma especial, e devendo, por tal, prevalecer sobre eventual norma geral no critério de antinomia da especialidade.

Pelo mesmo argumento, os defensores da não aplicação do Código de Defesa do Consumidor na defesa dos usuários da atividade notarial e registral entendem que a Lei n.º 8.935/94 deve prevalecer em relação ao CDC, haja vista que regulamenta a carreira dos notários e registradores, possuindo diversas normas de responsabilização e punição de tais profissionais, razão pela qual restaria suficiente e não necessitaria da incidência do CDC em tal relação.

Do mesmo modo, pode-se realizar uma análise comparativa no que se refere às relações entre as entidades fechadas de previdência privada e seus participantes. Apesar do enunciado pela Súmula 321 do Superior Tribunal de Justiça ser no sentido da incidência do Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes, a atual interpretação é pelo afastamento da aplicação da legislação consumerista (e da Súmula 321) no que se refere às entidades fechadas de previdência complementar. Somente às entidades abertas é que a aludida súmula se aplica (DIAS, SOARES FILHO, 2011, p. 64).

Ocorre que, diferentemente do que ocorre com as entidades abertas de previdência complementar, somente podem se filiar às entidades fechadas os empregados de uma determinada patrocinadora ou os associados a uma determinada entidade. Da mesma forma, as entidades fechadas de previdência complementar não têm finalidade de obtenção de lucro, constituindo-se como fundações ou sociedades civis com atividade fim previdenciária. Assim, não há comercialização dos benefícios para o público em geral e nem contraprestação pelos serviços prestados, não havendo como enquadrar como fornecedores de serviço, não havendo, conseqüentemente, relação de consumo. Transcreve-se trecho da ementa da decisão do Superior Tribunal de Justiça que consolidou o posicionamento atual acerca do referido tema:

RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA FECHADA. JULGAMENTO AFETADO À SEGUNDA SEÇÃO PARA PACIFICAÇÃO ACERCA DA CORRETA EXEGESE DA SÚMULA 321/STJ. INDEPENDENTEMENTE DA NATUREZA DA ENTIDADE PREVIDENCIÁRIA (ABERTA OU FECHADA) ADMINISTRADORA DO PLANO DE BENEFÍCIOS, DEVEM SER SEMPRE OBSERVADAS AS NORMAS ESPECIAIS QUE REGEM A RELAÇÃO CONTRATUAL DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR, NOTADAMENTE O DISPOSTO NO ART. 202 DA CF E NAS LEIS COMPLEMENTARES N. 108 E 109, AMBAS DO ANO DE 2001. HÁ DIFERENÇAS SENSÍVEIS E MARCANTES ENTRE AS ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA PRIVADA ABERTA E FECHADA. EMBORA AMBAS EXERÇAM

ATIVIDADE ECONÔMICA, APENAS AS ABERTAS OPERAM EM REGIME DE MERCADO, PODEM AUFERIR LUCRO DAS CONTRIBUIÇÕES VERTIDAS PELOS PARTICIPANTES, NÃO HAVENDO TAMBÉM NENHUMA IMPOSIÇÃO LEGAL DE PARTICIPAÇÃO DE PARTICIPANTES E ASSISTIDOS, SEJA NO TOCANTE À GESTÃO DOS PLANOS DE BENEFÍCIOS, SEJA AINDA DA PRÓPRIA ENTIDADE. NO TOCANTE ÀS ENTIDADES FECHADAS, CONTUDO, POR FORÇA DE LEI, SÃO ORGANIZADAS SOB A FORMA DE FUNDAÇÃO OU SOCIEDADE SIMPLES, SEM FINS LUCRATIVOS, HAVENDO UM CLARO MUTUALISMO ENTRE A COLETIVIDADE INTEGRANTE DOS PLANOS DE BENEFÍCIOS ADMINISTRADOS POR ESSAS ENTIDADES, QUE SÃO PROTAGONISTAS DA GESTÃO DA ENTIDADE E DOS PLANOS DE BENEFÍCIOS. AS REGRAS DO CÓDIGO CONSUMERISTA, MESMO EM SITUAÇÕES QUE NÃO SEJAM REGULAMENTADAS PELA LEGISLAÇÃO ESPECIAL, NÃO SE APLICAM ÀS RELAÇÕES DE DIREITO CIVIL ENVOLVENDO PARTICIPANTES E/OU BENEFICIÁRIOS E ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FECHADAS. EM VISTA DA EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ, A SÚMULA 321/STJ RESTRINGE-SE AOS CASOS A ENVOLVER ENTIDADES ABERTAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. COMO O CDC NÃO INCIDE AO CASO, O FORO COMPETENTE PARA JULGAMENTO DE AÇÕES A ENVOLVER ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA FECHADA NÃO É DISCIPLINADO PELO DIPLOMA CONSUMERISTA. TODAVIA, NO CASO DOS PLANOS INSTITUÍDOS POR PATROCINADOR, É POSSÍVEL AO PARTICIPANTE OU ASSISTIDO AJUIZAR AÇÃO NO FORO DO LOCAL ONDE LABORA (OU) PARA O INSTITUIDOR. SOLUÇÃO QUE SE EXTRAÍ DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. (...)
(STJ, REsp n.º 1536786/MG -2ª Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 26/08/2015.)

Como visto, a relação jurídica entre as entidades fechadas de previdência complementar e seus participantes é regida por leis específicas e pelos regulamentos dos planos de custeio e benefícios, aplicando-se subsidiariamente a legislação previdenciária e a civil e não a consumerista.

O mesmo ocorre no que se refere aos notários e registradores e à relação jurídica que os mesmos mantêm com os usuários dos serviços extrajudiciais que por eles são prestados. O legislador editou norma especial, Lei nº 8.935/94, restando ao Código Civil, por sua natureza residual quando da existência de *lex specialis*, aplicação subsidiária em eventuais lacunas existentes na primeira, razão pela qual, pelo menos num primeiro momento, não restaria possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, haja vista que tanto este, como a referida Lei dos Notários e Registradores são normas especiais, sendo a última a mais recente, razão pela qual deve prevalecer sua aplicação ao caso concreto específico da atividade em comento.

Outro argumento a ser debatido seria o fato da incidência do código consumerista às atividades prestadas pelos concessionários e permissionários de serviço público. Para esclarecer as particularidades dos agentes delegatários de serviço público extrajudicial que os distinguem dos concessionários e

permissionários, transcreve-se trecho da obra de Luiz Guilherme Loureiro (2014, p. 3):

Se o estatuto jurídico do notário e do registrador é diverso daquele do funcionário público, também não se confunde com o do cessionário ou permissionário. Estes exercem um serviço que deve ser prestado pelo Estado, mas que pode ser transferido ao particular: pessoa física ou jurídica. A transferência se dá por meio da concessão ou permissão (e não da delegação), que têm natureza contratual e dependem do prévio procedimento licitatório (a delegação depende de prévio concurso público de provas e títulos). Os concessionários e permissionários são remunerados por tarifa ou preço público (o delegatário é remunerado pelos emolumentos). Ao contrário da concessão e da permissão, a delegação apenas pode ser concedida à pessoa física.

Pois bem, a diferenciação tratada acima é de suma importância para o enquadramento da relação de consumo, já que as decisões do STJ que admitem a aplicação do CDC se referem a hipóteses de remuneração pelo serviço público mediante tarifas ou preço público (ex. água encanada, energia elétrica residencial, pedágio, dentre outros), o que não ocorre especificamente em relação aos serviços públicos notariais e registrais, em que a remuneração tem natureza jurídica de taxa (tributo) instituído e majorado por lei, conforme exposto anteriormente. Transcreve-se julgado neste sentido:

ADMINISTRATIVO E DIREITO CIVIL – PAGAMENTO DE SERVIÇO PÚBLICO PRESTADO POR CONCESSIONÁRIA. Os serviços públicos prestados pelo próprio Estado e **remunerados por taxa devem ser regidos pelo CTN**, sendo nítido o caráter tributário da taxa. Diferentemente, os serviços públicos prestados por empresas privadas e **remunerados por tarifas ou preço público regem-se pelas normas de Direito Privado e pelo CDC**. (Grifo nosso). (STJ – RESP n.º 463331/RO – 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, 06/05/2004.)

A incidência do código consumerista na prestação de serviços públicos ocorre quando eles são remunerados por preço público ou tarifas, assim como se aplica àqueles que têm natureza jurídica contratual, diferentemente dos emolumentos, que, sendo tributos, não têm margem de contratação, haja vista que a sua exigência é *ex lege*. No que pertine à matéria, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou da seguinte maneira:

TRIBUTÁRIO – **CONCEITOS DE CONTRIBUINTE E CONSUMIDOR** – EQUIPARAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INAPLICABILIDADE. A relação de consumo não guarda semelhança com a relação tributária, ao revés, dela se distancia, pela constante supremacia do interesse coletivo, nem sempre encontrando nas relações de consumo. O estado no exercício do *jus imperii* que encerra o Poder Tributário subsume-se às normas de Direito Público, constitucionais, complementares e até ordinárias, mas de feição jurídica diversa da do Código de Defesa do Consumidor. **Sob esse**

ângulo, CTN é *lex specialis* e derroga a *lex generalis* que é o CDC.
(Grifo nosso.)
(RESP n.º 478958/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, 24/06/2003.)

Dessa forma, por serem os emolumentos de natureza tributária, pode-se afirmar que o usuário do serviço notarial e registral deve ser considerado contribuinte, não sendo possível enquadrá-lo como consumidor. Portanto, sendo esta uma relação tributária e não de consumo, deve ser aplicado o Código Tributário Nacional e não o Código de Defesa do Consumidor.

Deve-se levar em consideração ainda a natureza da atividade exercida quando do enquadramento em uma eventual relação de consumo, tendo em vista que, a exemplo da advocacia, os serviços notariais e registrais são de ordem eminentemente técnico-jurídicas, de cunho intelectual, o que muito destoa de uma atividade empresarial tradicional ou mesmo de concessionários de serviço público, uma vez que exercem atividade administrativa material.

Tal ponto se mostra de clara pertinência, haja vista que, quando da edição do Código de Defesa do Consumidor, com viés protecionista, referido instrumento normativo foi elaborado com dispositivos cuja redação tem a denotação e sentido voltado ao mercado e ao comércio das empresas, cujo ofício era o desenvolvimento de atividades administrativas, o que prejudicaria em bastante monta a aplicação e subsunção do mesmo na realidade da atividade notarial e registral, tendo em vista, como tratado anteriormente, que é desenvolvida em situações e condições peculiares, e o próprio serviço em si não se enquadra no modelo dos dispositivos do CDC.

Do mesmo modo, importante ressaltar outra distinção existente entre a relação entre os notários e registradores e os utentes do seu serviço e a relação de consumo. No mercado de consumo, há a liberdade na fixação dos preços dos bens e do serviço, diferentemente do que ocorre na atividade notarial e registral, na qual o valor dos emolumentos é estabelecido por lei.

Os principais argumentos dos defensores da não incidência do CDC na referida relação entre tabelião e usuário do serviço extrajudicial consistem no fato de que a atividade notarial e registral possui uma lei própria de regência para regulamentar a atuação dos notários e registradores, assim como o fato de que o serviço é remunerado por tributo, além de que a atividade consumerista e a respectiva redação do CDC não se enquadram na atividade em apreço.

Esse posicionamento foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, mais especificamente pela Terceira Turma, conforme se transcreve a seguir:

EMENTA: PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TABELIONATO DE NOTAS. FORO COMPETENTE. SERVIÇOS NOTARIAIS. - **A atividade notarial não é regida pelo CDC.** (Vencidos a Ministra Nancy Andrichi e o Ministro Castro Filho). - O foro competente a ser aplicado em ação de reparação de danos, em que figure no pólo passivo da demanda pessoa jurídica que presta serviço

notarial é o do domicílio do autor. - Tal conclusão é possível seja pelo art. 101, I, do CDC, ou pelo art. 100, parágrafo único do CPC, bem como segundo a regra geral de competência prevista no CPC. Recurso especial conhecido e provido. (Grifo nosso.)

Resp 625144, terceira Turma, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ 29/05/2006.

No julgado acima colacionado a decisão não foi unânime. Foram vencidos a Ministra Nancy Andrighi e o Ministro Castro Filho, tendo os Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Humberto Gomes de Barros e Ari Pargendler entendido que não se pode submeter os tabeliães ao regime do Código de Defesa do Consumidor.

Dentre os doutrinadores, destacam-se dois que trataram especificamente da incidência do Código de Defesa do Consumidor na atividade notarial e registral, sendo o primeiro, Walter Ceneviva, conhecido por ser autor de livros acerca do serviço extrajudicial, e a segunda a jurista Sonia Alves:

Apesar do amplo espectro abarcado pela lei do consumo, meu entendimento é o de que não se aplica aos registradores. Sendo embora delegados do Poder Público e prestadores de serviço, sua relação não os vincula ao “mercado de consumo” ao qual se destinam os serviços definidos pelo Código do Consumidor (art. 3º, §2º). Mercado de consumo é o complexo de negócios realizados no País com vistas ao fornecimento de produtos e serviços adquiridos voluntariamente por quem os considere úteis ou necessários. **O serviço registrário, sendo em maior parte compulsório e sempre de predominante interesse geral, de toda sociedade, não se confunde com as condições próprias do contrato de consumo e a natureza do mercado que lhe corresponde.** (CENEVIVA, 2003, p. 57) – Grifo nosso.

A simples essência dos serviços notariais e de registro exclui qualquer possibilidade jurídica de identificá-los como relação de consumo, uma vez que tais atividades, diretamente ligadas à Administração Pública, são reconhecidas como o poder certificante dos órgãos da fé pública. A natureza pública dos atos notariais e registrais impõe permanente fiscalização pelo Poder Judiciário e subordinação à disciplina e instruções da Corregedoria de Justiça de cada Estado. **A atípica atividade notarial e registral subordina-se à legislação especial, algumas promulgadas após o Código de Defesa do Consumidor, não podendo com ele coexistir em face da incompatibilidade de seus preceitos.** (ALVES, 2002, p. 99) – Grifo nosso.

Por outro lado, como já comentado anteriormente, os conceitos de consumidor e fornecedor trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor são bem amplos, razão pela qual os defensores de sua incidência na atividade notarial e registral fundamentam a sua tese justamente no fato de a legislação de regência ter feito questão, tudo no afã da proteção da pessoa do consumidor, de dar uma amplitude máxima ao enquadramento dos mesmos, no fito de conferir o maior número de casos na guarida das relações consumeristas, inclusive, quando se trata de

fornecedor, prevendo até que entes despersonalizados possam ser assim considerados.

Tal entendimento compactua com a teleologia da criação do código consumerista, de nítido caráter cogente e protecionista, sempre no interesse derradeiro de proporcionar uma gama de direitos e garantias para os tidos por lei necessitados de tal auxílio.

Realmente, quando a lei não trata de restringir o seu campo de atuação, permite que os exegetas do direito o interpretem de forma a atingir o máximo da finalidade para a qual a norma foi produzida, fazendo com que seja possível, no presente caso, a interpretação de que o CDC se aplica de fato e de direito em benefício dos usuários dos serviços notariais e registrais.

Isso somente é possível em virtude da própria redação do CDC, que teve clara intenção genérica e total quando trata da figura do fornecedor, fazendo com que o operador do direito, combinando a interpretação literal com a teleológica e, por fim, a sistemática, entenda que a amplitude do mesmo alcance de fatos todos, somente se esquivando aqueles que outra legislação os exclua, o que de fato não ocorre com os notários e registradores, já que não existe nenhuma lei que literalmente retire a incidência de qualquer outra norma.

Encampada no entendimento acima, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça determinou a incidência do Código de Defesa do Consumidor para a atividade notarial e registral:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. CARTÓRIO NÃO OFICIALIZADO. ATIVIDADE DELEGADA. ART. 22 DA LEI 8.935/1994. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO TABELIÃO E SUBSIDIÁRIA DO ESTADO. DESNECESSIDADE DE DENUNCIAÇÃO À LIDE. DANO MORAL. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SÚMULA 83/STJ. 1. (...). 2. (...). 3. O exercício de atividade notarial delegada (art. 236, § 1º, da Constituição) deve se dar por conta e risco do delegatário, nos moldes do regime das concessões e permissões de serviço público. 4. Conforme decidido pela Segunda Turma no julgamento do Recurso Especial 1.087.862/AM, em caso de danos resultantes de atividade estatal delegada pelo Poder Público, há responsabilidade objetiva do notário, nos termos do art. 22 da Lei 8.935/1994, e apenas subsidiária do ente estatal. Precedentes do STJ. **5. O Código de Defesa do Consumidor aplica-se à atividade notarial.** 6. Em se tratando de atividade notarial e de registro exercida por delegação, tal como *in casu*, a responsabilidade objetiva por danos é do notário, diferentemente do que ocorre quando se tratar de cartório ainda oficializado. Precedente do STF. 7. Não está configurada violação do art. 70 do CPC, na linha do raciocínio que solidificou a jurisprudência na Primeira Seção do STJ, no sentido de que é desnecessária a denunciação à lide em relação à responsabilidade objetiva do Estado, sem prejuízo do direito de regresso em ação própria. 8. A análise da tese de que não houve dano moral demanda reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 9. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão

recorrida" (Súmula 83/STJ). 10. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (Resp 1163652, segunda Turma, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJ 01/07/2010). Grifo nosso.

Esse julgamento ocorreu em 2010, data posterior à decisão anteriormente colacionada, que entendia pela não aplicação do CDC à relação entre os usuários dos serviços prestados por tabeliães e registradores, sendo, portanto, a mais recente manifestação do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema.

No referido julgado, apesar de constar expressamente na ementa que é possível a incidência do código consumerista à atuação de notários, na leitura do inteiro teor do acórdão percebe-se que não há maior aprofundamento sobre o assunto nos votos proferidos. Desta forma, não é possível analisar os argumentos que corroboraram o entendimento adotado.

Pelos motivos acima citados e na tentativa de expor possíveis fundamentos da posição acima referida, transcreve-se trecho do voto vencido da Ministra Nancy Andrighi no RESP 625144/SP:

Ademais, a atividade notarial, embora constitua serviço público, exercido em caráter privado por delegação do Poder Público, não deixa de ser serviço comum e remunerado, que, acrescido à habitualidade da prestação e à profissionalidade da atividade, fornecem os elementos essenciais à caracterização da atividade de fornecimento de serviços. Saliente-se que, o próprio dispositivo considerado (3º, *caput* e §2º do CDC) abrange expressamente o fornecedor público. Não poderia, pois, ficar de fora o serviço público delegado prestado em caráter privado, como é o caso daquele especificamente aqui retratado sob pena de desvirtuamento tanto da literalidade da lei quanto da finalidade destinada ao Estado através do artigo 5º, XXXII, da Constituição, qual seja, promover a defesa do consumidor. **Assim, os serviços notariais, destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, revestem-se da mesma natureza que caracterizam as relações de consumo, porquanto, se há prestação remunerada, haverá aí uma relação de consumo.** (Grifo nosso).

A Ministra utilizou a interpretação literal do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor para considerar o notário e o registrador como abrangidos pelo conceito de fornecedor, por prestarem serviço remunerado, com características de habitualidade e profissionalidade, assim como a exegese teleológica do inciso XXXII do artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece como finalidade do Estado a proteção do consumidor.

Data vênia, discorda-se do referido posicionamento, vez que, por exercerem atividade *sui generis*, não oferecida no mercado de consumo, o tabelião e o registrador não podem ser equiparados a fornecedores, apesar de serem dotados de atributos que os assemelham a tal figura. Do mesmo modo, não é possível concordar com o fato de que sob o argumento protetivo do consumidor deva-se conceituar o

vínculo entre o notário e o oficial de registro e os usuários do serviço como relação de consumo, podendo, inclusive, ocorrer injustiças.

No mesmo sentido se posicionou o Ministro Carlos Filho, reconhecendo relação de consumo havida entre tabeliães e registradores e os usuários do serviço, *in verbis*: “Ademais o fato de o **serviço notarial ser remunerado, mesmo sob a forma de preço público**, revela, com precisão, o seu ajustamento ao conceito de serviço constante do Código de Defesa do Consumidor (artigo 3º, §1º).” Grifo nosso.

Como se percebe, o argumento utilizado pelo Ministro para justificar seu posicionamento não tem mais valia, vez que já se encontra pacificado que a natureza dos emolumentos é taxa e não preço público.

Favorável ao posicionamento acima exposto, Thales Pontes Batista, membro da Comissão de Defesa do Consumidor – OAB/CE, discorre:

É inegável que o serviço notarial tem seu regramento estabelecido pela Constituição Federal, aplicando-se ainda a ele a Lei dos Registros Públicos, Lei nº 6.015/51, e a Lei dos Cartórios, Lei nº 8.935/94, o que não exclui, de modo algum, o alcance concomitante do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, pelo contrário se autocompletam. Dito elemento objetivo da legislação acima apontada é facilmente percebido através dos pormenores que norteiam essa modalidade de atividade onde ocorre a cobrança pelos serviços prestados, a partir de expressa previsão legal. Certamente este elemento aparece também em outros ramos da administração pública e não somente na atividade cartorial, é tanto que o Código do Consumidor permitiu o fornecimento de serviços quer de pessoa de direito público propriamente dita quer de privada por delegação do Poder Público. (BATISTA, 2008, p. 09)

No afã de proteger o usuário do serviço notarial e registral, os defensores da corrente que entende pela incidência do diploma consumerista entendem que alguns benefícios previstos pela referida legislação seriam aplicáveis, tais como: a inversão do ônus da prova, declaração de hipossuficiência, informação adequada sobre os serviços, reparação de danos, dentre outros.

Ocorre que, como dito anteriormente, a Lei nº 8.935/94 regulamenta a atividade, prevendo inclusive os deveres dos notários e oficiais de registro, assim como as penalidades disciplinares a que os referidos profissionais estão submetidos. Cabe ao Poder Judiciário a fiscalização das atividades notariais e registrais, devendo zelar para que os referidos serviços sejam prestados com rapidez, qualidade satisfatória e de modo eficiente. Portanto, caso o usuário esteja insatisfeito ou sintasse de alguma forma prejudicado pelo serviço prestado, deverá solicitar à Corregedoria competente apuração de possível infração para fins de que esta tome as providências cabíveis no que se refere às penas aplicáveis.

É inegável que, eventualmente, as atitudes de tabeliães e oficiais de registro podem vir a ocasionar danos aos seus usuários, seja de natureza patrimonial, seja na esfera moral. Esse tema gera inúmeras discussões tanto na doutrina quanto na

jurisprudência tendo inclusive ocorrido recentemente algumas modificações na legislação que trata do assunto.

A Lei nº 6.015/73 dispõe sobre registros públicos e discorre acerca da responsabilização pelos danos causados aos usuários do referido serviço em seu artigo 28,⁴ dispondo que os oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causarem por culpa ou dolo aos usuários do serviço. Referido instrumento legal prevê responsabilidade civil de caráter subjetivo, sendo necessária a prova da culpabilidade por parte desses profissionais ou de seus funcionários para fins de condenação à reparação do prejuízo causado.

A anteriormente mencionada Lei nº 8.935/94 regulamentou os serviços públicos extrajudiciais, bem como disciplinou a responsabilidade civil e criminal dos titulares das serventias e de seus prepostos, mais especificamente em seu artigo 22.⁵ A redação do referido dispositivo carece de clareza, podendo levar à conclusão de que a responsabilidade civil de tais profissionais seria objetiva e que somente no caso de regresso contra os prepostos que seria averiguado se houve dolo ou culpa. Desta forma, bastaria que fosse aferido se entre a conduta do registrador e o prejuízo causado há nexo de causalidade.

Já a norma que regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos, Lei nº 9.492/97, reproduziu em seu artigo 38,⁶ de forma quase literal, o disposto na Lei nº 6.015/73. Assim, a responsabilidade civil pelos atos praticados pelos Tabeliães de Protesto de Títulos seria subjetiva, da mesma forma que estabelece a Lei de Registros Públicos. De acordo com essa norma, seria necessária a demonstração de que o agente causou o dano intencionalmente ou que, apesar de tê-lo causado de forma involuntária, o delegatário poderia tê-lo evitado e não o fez, tendo praticado o ato com imprudência, negligência ou imperícia.

Percebe-se que os atos normativos que regem o serviço público extrajudicial conduzem a diferentes interpretações no que se refere à responsabilização pelos prejuízos causados pelos delegatários. Do mesmo modo, a jurisprudência pátria vem prolatando decisões firmando entendimento de que por ser a atividade notarial e registral considerada de risco, seus titulares devem responder objetivamente por eventuais danos causados e, outras vezes, posiciona-se em sentido diverso, entendendo pela responsabilidade civil subjetiva do notário e do registrador.

Diante das divergências acerca de qual seria a natureza da responsabilidade civil pela atividade notarial e registral, se objetiva ou subjetiva, bem como se a

⁴ Art. 28. Além dos casos expressamente consignados, os oficiais são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que, pessoalmente, ou pelos prepostos ou substitutos que indicarem, causarem, por culpa ou dolo, aos interessados no registro.

⁵ Art. 22. Os notários e oficiais de registro, temporários ou permanentes, responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, inclusive pelos relacionados a direitos e encargos trabalhistas, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.

⁶ Art. 38. Os Tabeliães de Protesto de Títulos **são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem, por culpa ou dolo, pessoalmente**, pelos substitutos que designarem ou Escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso. (Grifo nosso.)

responsabilização do Estado em decorrência de danos causados a terceiros por tabeliães e oficiais de registro no exercício de suas funções (quando seria aplicado o artigo 37, §6º, da Constituição Federal) teria caráter primário, solidário ou subsidiário em relação aos delegatários, foi reconhecida a existência de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 842.846, o qual está aguardando julgamento.

Paralelamente ao Recurso Extraordinário acima mencionado, está tramitando na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 235/2015, de autoria da Deputada Erika Kokay, que defende que a responsabilidade civil pelos danos causados por tabeliães e registradores deve ser subjetiva. Esse projeto de lei foi aprovado na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, entendendo esta comissão que devem ser tratados de forma isonômica todos os delegatários elencados na Lei nº 8.935/97. Foi sugerido ainda que fosse acrescentado no dispositivo o prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil, devendo o início do prazo ser contado a partir da lavratura do ato notarial ou registral. Em junho de 2015, o referido projeto foi encaminhado ao Senado Federal e está aguardando apreciação.

Ante o acima exposto, verifica-se que o tema da responsabilidade civil decorrente da atuação de notários e oficiais de registro é assunto bastante controverso, assim como a responsabilidade do Estado pelos danos causados por esses delegatários ainda está indefinida, restando aguardar o julgamento do Recurso Extraordinário 842.846, bem como esperar a decisão acerca da aprovação ou rejeição do PL 235/2015.

Dessa forma, percebe-se que a responsabilidade civil do notário e registrador, em que pese não haver uma padronização definitiva para todos os profissionais desta categoria, encontra-se devidamente regulamentada pelas legislações específicas, não havendo que se falar em ausência de proteção do usuário do serviço e de necessidade da aplicação da responsabilidade civil prevista no Código de Defesa do Consumidor.

Tendo sido expostos os argumentos contrários e a favor da incidência do diploma consumerista às atividades registras e notariais, percebe-se que há calorosa discussão acerca do tema. Bastante elucidativa esta decisão de Reclamação, solicitando que fosse observado o entendimento da 3ª Turma, anteriormente colacionado, tendo o Superior Tribunal de Justiça se manifestado no sentido de que o posicionamento mais recente da referida corte é no sentido da incidência do código consumerista na atividade notarial e registral, mas também afirmou que não há uniformização de jurisprudência acerca da incidência ou não do código consumerista à prestação de serviços por notários e registradores:

RECLAMAÇÃO Nº 4.677 - MG (2010/0158689-3) RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO RECLAMANTE: WILNO ROBERTO DE SOUSA SILVEIRA ADVOGADO: MAGNO LUIZ BARBOSA E OUTRO (S) RECLAMADO: NONA TURMA RECURSAL DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE BELO HORIZONTE - MG INTERES.: FABIANO SALDANHA DE AZEVEDO RECLAMAÇÃO. ACÓRDÃO PROFERIDO POR TURMA RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL ESTADUAL. AFRONTA À JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. APLICAÇÃO

DO CDC À ATIVIDADE NOTARIAL. MATÉRIA NÃO PACIFICADA. ENTENDIMENTO MAIS RECENTE NO MESMO SENTIDO DO ACÓRDÃO PROFERIDO PELA TURMA RECURSAL. NÃO CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO. DECISÃO 1. Cuida-se de reclamação, com pedido de liminar, oferecida por WILNO ROBERTO DE SOUSA SILVEIRA pleiteando seja resguardada a autoridade da jurisprudência desta Corte representada pelo Resp 625.144/SP, oriundo da Terceira Turma. (...) Inconformada, a ré interpôs recurso inominado ao qual foi dado provimento, sob o seguinte fundamento: "Destaco que as serventias judiciais não são entes públicos, mas exercem múnus público através de delegação do Estado. Apesar do caráter de serviço público prestado por parte do Estado, dotação orçamentária e a fiscalização dos serviços afetas ao poder Judiciário, não se impõe a competência em razão da qualidade de parte. Os tabeliães respondem nos termos da lei civil pelos prejuízos causados em razão de sua atividade. A circunstância de exercerem função estatal concedida não implica na competência do foro especialmente se a atividade está relacionada com consumo. Nos termos do CDC, todo fornecedor de bens e serviços que contribuem para o evento danoso, são solidários e respondem nos termos da responsabilidade objetiva. (...) Dessa decisão o autor ajuíza a presente reclamação, requerendo aplicação da jurisprudência contida no Resp 625.144/SP e o AGRG no AG 1.155.677/PR que dispõe: não se aplica o CDC à atividade notarial. 2. Decido. A Corte Especial, resolvendo questão de ordem na reclamação 3752/GO, decidiu pela possibilidade de se ajuizar reclamação no STJ para adequar as decisões proferidas nas Turmas Recursais dos juizados especiais estaduais à Súmula ou jurisprudência dominante nesta Corte, enquanto se aguarda a criação de uma Turma de Uniformização, órgão encarregado de interpretar a legislação infraconstitucional federal, a exemplo do que já existe no âmbito dos juizados especiais federais, seguindo orientação jurisprudencial do STF nos Edcl no RE 571.572/BA, da relatoria da Ministra Ellen Gracie. Todavia, observo os precedentes trazidos não podem ser alçados a representantes da jurisprudência dominante nesta Corte, visto que a questão é pouco discutida e tem precedente mais recente em sentido contrário, verbis: (...) Portanto, não cabe a reclamação visto que há precedente mais recente no mesmo sentido do acórdão proferido pela Turma Recursal. Ressalte-se que a reclamação no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais não serve para suscitar a divergência, como se faz em sede de recurso especial, mas para, tão somente, adequar as decisões da Turma Recursal ao entendimento já pacificado desta Corte, o que não ocorre no caso concreto. 3. Ante o exposto, com fundamento no art. 38 da Lei nº 8.038/90, c/c. o art. 34, inc. XVIII, do RISTJ, indefiro a presente reclamação. Consequentemente, prejudicado o pedido liminar. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 28 de outubro de 2010. Ministro Luis Felipe Salomão Relator (STJ - Rcl: 4677, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Publicação: DJ 09/11/2010.

Como visto, no que se refere à incidência (ou não) do Código de Defesa do Consumidor na atividade registral e notarial, não houve unanimidade de votos nem na Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça nem na Terceira, não havendo pacificação do tema.

Em que pese o entendimento mais recente do Superior Tribunal de Justiça ser no sentido de ser possível aplicar o código consumerista às relações entre os

notários e registradores e os usuários do serviço, posiciona-se em sentido contrário, pelas razões anteriormente expostas. Mostra-se necessário, portanto, buscar a uniformização do entendimento da citada corte, até em virtude da exigência de integridade e coerência da jurisprudência, conforme decorre do art. 926 do Código de Processo Civil que entrou em vigor em março de 2016. A jurisprudência há de observar o sistema jurídico como um todo e não se basear em premissas contraditórias, ensejando conclusões diversas para casos assemelhados. As exigências de segurança jurídica e de igualdade impõem que se resolva a divergência apontada. Há que se guardar a integridade do sistema jurídico, considerando os argumentos e os dispositivos normativos relevantes para a questão, e também a coerência, de forma a evitar tratar diversamente situações assemelhadas, como foi o caso das entidades fechadas de previdência complementar, em que recentemente se posicionou o STJ pela não aplicação do CDC.

Considerações finais

O presente artigo científico teve como objetivo aprofundar a relação entre o notário-registrador e os usuários dos serviços das serventias extrajudiciais, tratando inicialmente acerca da atividade notarial e registral, passando pela relação de consumo protegida pelo Código de Defesa do Consumidor, findando no embate das teses acerca da incidência ou não deste em relação àquela atividade.

Os principais argumentos da corrente que entende pela não incidência do Código de Defesa do Consumidor são o fato de ser a atividade notarial e registral *sui generis*, regulamentada por legislação própria, remunerada por emolumentos, que têm natureza de taxa, aliado ao fato de que os tabeliães e registradores não são considerados fornecedores, por não prestarem serviço no mercado de consumo. Este foi o entendimento da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferido no RESP 624144, julgado em 2006.

Por sua vez, os defensores de que o microsistema do CDC se aplica ao serviço prestado pelos notários e registradores se baseiam na interpretação literal e teleológica do mesmo, tendo em vista que foi criado para a proteção do consumidor, e o legislador não fez nenhuma restrição da figura do fornecedor. Na verdade, houve uma universalização, incluindo até mesmo os entes despersonalizados e os agentes concessionários e permissionários do Estado, já objeto de julgado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, mais especificamente na segunda turma no RESP 1163652, proferido em 2010.

O presente artigo científico não teve como intuito encerrar os debates acerca do tema proposto, por considerar que ainda há vasto campo de desenvolvimento para um futuro deslinde, por não se tratar de um tema consolidado, conforme exposto pelo próprio Superior Tribunal de Justiça na Reclamação nº 4677/MG.

Conclui-se que é necessária uma uniformização acerca do tema, tendo em vista que, enquanto não existir entendimento estável, os diversos tribunais pátrios poderão decidir tanto pela incidência quanto pela não incidência do Código de

Defesa do Consumidor nas relações entre os notários e tabeliães e os usuários do serviço, ocasionando, conseqüentemente, insegurança jurídica, assim como possíveis injustiças. Descumprido, ainda, será o dever de integridade e de coerência, contido no art. 926 do Código de Processo Civil que entrou em vigor em março de 2016.

Referências

ALVES, Sonia Marilda Peres. Responsabilidade Civil de Notário e Registradores: a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em suas atividades e a sucessão trabalhista na delegação. **Revista de Direito Imobiliário**. IRIB. n.º 53. ano 25. Ed. RT, julho–dezembro, 2002, p. 99.

BATISTA, Thales Pontes. Incidência do código de defesa do consumidor nas atividades notariais e de registro sob o enfoque da responsabilidade civil. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 59, nov. 2008. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3584 Acesso em 28 de novembro de 2015. p. 08-13.

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria Geral do Direito Notarial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998

CENEVIVA, Walter. **Lei dos Notários e dos Registradores comentada (Lei n.º 8.935/94)**. 4. ed., rev., ampl. e atual. até 10 de julho de 2002. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Lei dos Registros Públicos Comentada**. 15. ed. atual. até 1º de outubro de 2002. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIAS, Eduardo Rocha; SOARES FILHO, Sidney. A (In)aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às entidades fechadas de previdência complementar: Análise jurisprudencial dos precedentes da súmula 321 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) à luz da Constituição. **Revista da Faculdade de Direito Milton Santos**. Nova Lima. 2011. Volume 23, p. 39-68.

FANTI, Guilherme. **A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços notariais e registrais**. Disponível em: <http://www.irib.org.br/obras/a-inaplicabilidade-do-codigo-de-defesa-do-consumidor-aos-servicos-notariais-e-registrais>. Acesso em 28 de novembro de 2015.

GAGO, Cristiane Matsumoto; OLIVEIRA, Lucas Barbosa Oliveira; ANDRADE, Beatriz Resende Weiss de. **CDC é inaplicável para entidades fechadas de previdência complementar**. Disponível em www.conjur.com.br/2015-out-07/cdc-inaplicavel-entidade-fechada-previdencia-complementar. Acesso em 23 de janeiro de 2016.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos: teoria e prática**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2014.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, Ovídio Baptista. O Notariado Brasileiro perante a Constituição Federal. **Boletim do Colégio Registral – RS**. Porto Alegre, n. 14, p. 5, abr. 2000.

Recebido em 18/07/2016

Aceito em 28/10/2016

CONTROLE POPULAR DA ATIVIDADE MINERÁRIA E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL: LEGITIMIDADE PELO PROCEDIMENTO

POPULAR CONTROL OF MINERARY ACTIVITY AND PUBLIC HEARINGS OF ENVIRONMENTAL LICENSING: LEGITIMACY BY PROCEDURE

Felipe Magalhães Bambirra¹
Fernanda Busanello Ferreira²

Sumário: Considerações iniciais. 1 Fundamentos Jurídicos da Participação Popular. 2 A participação popular nas audiências públicas de licenciamento ambiental. 3 Participação popular e legitimidade pelo procedimento. Considerações finais. Referências.

Resumo: O presente artigo busca apresentar resultados parciais da pesquisa desenvolvida em cooperação internacional na América Latina – por meio da colaboração da Universidade Federal de Goiás no âmbito do Consórcio Latino-Americano de Pós-Graduação em Direitos Humanos – financiada pela Fundação Ford, acerca de empresas e direitos humanos. Objetiva mapear, de forma crítica, os mecanismos disponíveis à participação popular na implementação e controle da atividade de exploração minerária, tendo em vista a proteção ao meio-ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, apto a promover um desenvolvimento inclusivo e sustentável do ponto de vista ambiental e humano. Para tanto, utilizaram-se os marcos teóricos do direito como efetividade fruível e da legitimação pelo procedimento, o que se torna especialmente importante em razão da complexidade das variáveis. Ao final, consideram-se as teorias de Luhmann e Habermas acerca da legitimidade e procedimento, como marcos teóricos para a avaliação das audiências públicas de licenciamento da atividade minerária.

Palavras-chave: Participação cidadã. Mineração e Meio Ambiente. Empresas e Direitos Humanos.

Abstract: This article represents the partial results of an academic research conducted by an international cooperation of several universities in Latin America, funded by the Ford Foundation, which aims on understanding and enhance the human rights in transnational mining corporations. It focuses on the mapping of the mechanisms that allow a democratic participation to control the

¹ Professor e Pós-Doutorando no PPGIDH (UFG) e das Faculdades ALFA (GO), Mestre e Doutor em Direito (UFMG); pesquisa financiada pela Fundação Ford e pela CAPES/FAPEG, e realizada no âmbito Grupo de Pesquisa “Política de regulação das empresas transnacionais por violações aos direitos humanos na América Latina”. E-mail: fmbambirra@gmail.com.

² Professora e Pós-Doutora pelo PPGIDH (UFG) e Curso de Direito da UFG (Jataí). Doutora em Direito (UFPR); pesquisa financiada pela Fundação Ford e realizada no âmbito Grupo de Pesquisa “Política de regulação das empresas transnacionais por violações aos direitos humanos na América Latina”. E-mail profa.fernanda@gmail.com.

implementation and exploration of mining activity, considering the needs of a social-ecological environment able to promote inclusive and sustainable development. The methodological approach was the consideration of law as concrete effectiveness (as subjective rights), and the public hearing as procedure which is a mean to legitimated the environmental license of mining activity – concerning Luhmann and Habermas theory – what is fundamental due to the complexity of the variables.

Keywords: Public participation. Mining and Environment. Human rights and Companies.

Considerações iniciais

A atividade minerária integra a história brasileira – podemos nos lembrar dos ciclos do diamante e ouro –, e hoje não é menos importante. A produção mineral brasileira chegou ao patamar de 53 bilhões de dólares, em 2011. Devido à queda de preços de *commodities* no mercado internacional, apesar de ter diminuído o seu volume e participação no PIB, ainda possui uma representatividade elevada: em 2014 correspondeu a 40 bilhões, em 2015, 26 bilhões e, agora, em 2016, estima-se que ficará na casa dos 30 bilhões de dólares.³

Não há dúvidas de que a exploração mineral – seja ela em baixa ou larga escala – é potencialmente danosa ao meio ambiente, seja pela poluição e dano ambiental, seja pelos impactos socioeconômicos que podem ser gerados em trabalhadores e na comunidade circunvizinha. Tal circunstância é ainda agravada na hipótese de grandes empreendimentos minerários, geralmente localizados fora dos grandes centros, com inúmeras possibilidades de efeitos colaterais, de difícil previsibilidade, por vezes de impossível reversão, e que podem, além disso, gerar efeitos negativos sobre o empreendimento, aumentando os riscos do próprio negócio. Por se tratar de, muitas vezes, direitos indisponíveis e vulneração de populações, não são raras as decisões judiciais que paralisam o andamento do negócio ou mesmo reverterem soluções (precariamente) concertadas.

Em 2012, a agência de avaliação do risco internacional *Standard & Poors* chegou até mesmo a alertar os investidores sobre riscos agravados de negócios no Brasil, destacando as dificuldades em relação ao processo de licenciamento ambiental,⁴ cujo tempo de concretização tem sido subestimado pelos empreendedores. De modo temerário, assistem-se, atualmente, a propostas mal formuladas de resolver o problema por meio de emenda à Constituição (PEC 65/2012), que busca tornar o licenciamento ambiental vinculado, sem possibilidade de sobrestamento, exceto por fato novo – o que seria o mesmo de tentar tratar uma

³ Valores estes excluídos o petróleo e gás, conforme estudo do Instituto Brasileiro de Mineração (IBRAM). Disponível em <<http://www.ibram.org.br/sites/1300/1382/00006009.pdf>>, consultado em 15/10/2016.

⁴ IBRAM. **Gestão para a sustentabilidade na mineração: 20 anos de história.** Brasília: IBRAM, 2013, p. 52.

infecção com remédio antitérmico, apenas para tentar controlar temporariamente os sintomas, deixando a doença progredir intactamente. É, ainda, sintomático, que tal PEC continue em tramitação após os desastres que se tem assistido recentemente, sendo o rompimento da barragem da Samarco, em Mariana/MG, o coroamento da irresponsabilidade empresarial, da falta de eficiência, fiscalização e atuação do Estado.

Nesse contexto, salientamos que a negligência em relação a um direito constitucionalmente garantido, a *participação cidadã* em matéria ambiental, garantida antes e durante todo o processo da atividade empresarial mineradora, é um fator que impede a mitigação e, ao contrário, contribui para a elevação do risco e prejuízos a todos os interessados – empresários, investidores, comunidade e instituições. Ao se utilizar da audiência pública e outros instrumentos de participação popular a partir de uma razão estratégica, enxergando o procedimento como mera burocracia a ser superada, ao invés de se alcançar uma verdadeira legitimidade democrática, haveria verdadeiro simulacro, que, se pode parecer útil em curto prazo, gera grandes transtornos no longo.

Como defende Peter Häberle, ao propor uma sociedade aberta dos intérpretes da constituição, democracia não se resume a delegar poderes, por meio dos votos, aos representantes, pois, numa sociedade aberta,

ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais (Grundrechtsverwirklichung), tema muitas vezes referido sob a epígrafe do “aspecto democrático” dos Direitos Fundamentais.⁵

Com o desenvolvimento do Direito Público, a tese de Häberle passou a ser aplicada no Direito Administrativo e no Direito Público, de um modo geral, afinal, a participação dos afetados por uma decisão além de ter valor em si, fazendo valer o princípio “nada sobre nós, sem nós”, pode permitir importantes vantagens estratégicas.

Antes, contudo, de analisarmos o assunto da participação como legitimação pelo procedimento, apontaremos os fundamentos jurídicos que embasam a participação popular com destaque para a audiência pública.

1 Fundamentos jurídicos da Participação Popular

As questões ambientais, em geral, ganharam *status* constitucional, no país, desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988. O art. 225 da Constituição inovou ao prever que a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito e, também, um dever da coletividade, anunciando dessa forma o papel ativo do cidadão na tutela ambiental.

⁵ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 36.

De modo mais específico, no art. 225, IV, exigiu-se que, para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de degradação do meio ambiente (modalidade na qual se inclui a atividade mineradora), seja realizado estudo prévio de impacto ambiental que deverá ser publicizado e que se consagrou como um dos principais instrumentos de proteção ambiental no que tange à atividade empresarial. Vale ressaltar que, mesmo antes da Constituição Federal de 1988, já havia a previsão infraconstitucional da necessidade de licenciamento ambiental, trazido pela Lei Federal nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA), na hipótese de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras (art. 9º, IV).

A participação popular é uma importante dimensão da cidadania, fundamento da República (art. 1º, II, CRFB/88), e seguramente a exigência de publicidade dos estudos de impacto ambiental é imprescindível ao controle e tutela ambiental pelos cidadãos e instituições, devendo abranger o amplo acesso a todas as informações pertinentes ao ato de licenciar, à atividade poluidora e às alternativas levadas em consideração no estudo prévio de impacto ambiental.

É de se destacar como relevante regra e vetor hermenêutico, sob cuja luz o princípio do amplo acesso e publicidade das informações de licenciamento mineral deve ser interpretado, o § 2º do art. 225 da CRFB/88, segundo o qual quem explorar recursos minerais ficará “obrigado a recuperar o meio ambiente degradado nos termos da solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei”. Tendo em vista a sua relevância, o licenciamento ambiental e a audiência pública que o integra serão examinados detidamente no próximo tópico.

Fato de suma relevância para a compreensão da importância garantida à participação popular é de que há uma consonância entre a citada Política Nacional do Meio Ambiente, que tem como um de seus princípios a promoção da educação ambiental a fim de capacitar a comunidade “para a participação ativa na defesa do meio ambiente” (art. 2º, X), e a Constituição Federal, que igualmente mencionou a imprescindibilidade da educação ambiental (art. 225, VI).

Ainda, encontra-se entre os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente “o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente” (art. 9, VII), instrumento que, frisamos, é essencial para garantir o acesso à informação e, assim, permitir que o cidadão possa tutelar o meio ambiente, ao mesmo tempo fazendo valer o seu direito e cumprindo o seu dever constitucional, como mencionamos anteriormente.

Uma importante possibilidade de participação cidadã socioambiental pode se dar através da participação nos Colegiados Ambientais. No plano nacional, são 25 no total, a grande maioria com funções consultivas e deliberativas e vinculados a órgãos colegiados da Administração Pública ligados ao Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA). O CONAMA é o único órgão federal, existem 26 órgãos estaduais – um para cada Estado da federação – e um órgão distrital. Estima-se que haja mais de 3.000 conselhos municipais de meio ambiente, segundo dados do IBGE, de 2009, sendo que cada conselho municipal permite, via de regra, que haja representantes da sociedade civil de forma plural, tanto política quanto

ideologicamente considerados. Tais colegiados ambientais tem função democrática e se legitimam pela participação de representação da sociedade civil.⁶

No caso de atividade potencialmente poluidora que venha a afetar unidade de conservação ou a sua zona de amortecimento, é imprescindível a autorização do órgão responsável por sua administração – que pode ser estatal ou uma organização da sociedade civil –, nos termos do art. 30 c/c §3º, art. 36, da Lei Federal nº 9.985/2000. Trata-se de uma manifestação vinculativa no tocante à concessão da licença ambiental.

A participação cidadã na tutela ambiental realiza-se também pela possibilidade de iniciativa de leis por meio de projeto legislativo “subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles” (art. 61, § 2º, da CRFB/88), pela possibilidade de referendar leis (art. 14, II, da CRFB/88) e na hipótese de se realizarem plebiscitos (art. 14, I, da CRFB/88). Assim, o cidadão tem a possibilidade de deflagrar processos legislativos de caráter ambiental.

Por fim, vale citar outros mecanismos legais que podem ser utilizados para o controle da atividade minerária, a saber, o direito de petição, segundo o qual se assegura a todo cidadão “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidades ou abuso de poder” (art. 5º, XXXIV, da CRFB/88), a ação popular (art. 5º, LXXIII, da CRFB/88), regulada na Lei Federal nº 4.717/65 e que legitima qualquer cidadão, com título de eleitor ou correspondente, a “pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios” (art. 1), considerando-se patrimônio público os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico (art. 1, § 1º); a ação civil pública ambiental, para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, nos termos da Lei 7.347/85, art. 1º, I, cuja competência para proposição da ação cabe igualmente ao Ministério Público (art. 129, § 1º, da CRFB/88) e às associações civis que têm por finalidade a defesa do meio ambiente e que estejam constituídas há pelo menos um ano (art. 5º, I e V, “a”, da Lei 7.347/85), podendo ser demandadas empresas e o ente público, em conjunto ou isoladamente. Temos ainda a possibilidade de configuração como *amicus curae* em ações judiciais (complementar).

Salientamos que, a depender da legislação estadual, a outorga de água, geralmente associada a alguns tipos de exploração minerária, podem, em seus respectivos procedimentos, permitir ou exigir, com diferentes graus de vinculação, a participação popular, seja direta ou por meio da sociedade civil organizada.

⁶ Conforme GORDILHO, Heron José de Santana; OLIVEIRA, Thiago Pires. Os colegiados ambientais como expressão do princípio da participação popular no direito brasileiro: o caso do Conama. **Boletim de Direito Municipal**, São Paulo, v. 31, n. 10, p. 779-793, out. 2015. Disponível em http://dspace.xmlui/bitstream/item/20863/geicIC_FRM_0000_pdf.pdf?sequence=1, Acesso em 19/09/2016.

De todos os instrumentos disponíveis aos cidadãos para o controle da atividade minerária merece destaque a audiência pública no âmbito do licenciamento ambiental da qual tratemos na sequência.

2 A participação popular nas audiências públicas de licenciamento ambiental

A exigência de prévio licenciamento encontra-se na Política Nacional do Meio Ambiente, no art. 10, *in verbis*:

Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental. (Redação dada pela Lei Complementar nº 140, de 2011)
§ 1º Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial, bem como em periódico regional ou local de grande circulação, ou em meio eletrônico de comunicação mantido pelo órgão ambiental competente.

Note-se, novamente, que a publicização de todos os atos que concernem ao pedido, à renovação e à concessão de licenciamento devem ocorrer a fim de garantir que, tanto o Estado como o cidadão, acompanhe e fiscalize todas as etapas do processo. Ainda, a Lei Federal nº 6.938/81 previu, em seu art. 11, que compete ao IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis) e ao CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente) propor as normas e padrões para implantação, acompanhamento e fiscalização do licenciamento oriundo de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras (Redação dada pela Lei nº 7.804/89).

Nesse sentido, o CONAMA editou a Resolução nº 237/1997 a fim de efetivar a utilização do sistema de licenciamento como instrumento de gestão ambiental, nos termos da Política Nacional do Meio Ambiente. As etapas do procedimento de licenciamento ambiental incluem, entre outras, a audiência pública, “quando couber, de acordo com a regulamentação pertinente” (art. 10, V) e também a “solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, decorrentes de audiências públicas, quando couber, podendo haver reiteração da solicitação quando os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios” (art. 10, VI).⁷

No Anexo 1 da Resolução 237/97 do CONAMA encontra-se a indicação das atividades ou empreendimentos sujeitas ao licenciamento ambiental, na qual se incluem tanto a extração e tratamento de minerais como também a pesquisa mineral

⁷ De acordo com SILVA, Cintia Tavares da; SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. A participação na audiência pública do licenciamento ambiental em atividades de impacto ambiental: uma política ambiental de efetividade ou mera consulta? *In: Direito ambiental II* [Recurso eletrônico on-line], org. CONPEDI/UFPB; coord.: Flavia de Paiva Medeiros de Oliveira, Norma Sueli Padilha, Beatriz Souza Costa. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

com guia de utilização, como a lavra a céu aberto, inclusive de aluvião, com ou sem beneficiamento, e a lavra subterrânea com ou sem beneficiamento; a lavra garimpeira e a perfuração de poços e produção de petróleo e gás natural, entre outros.

Como se verifica da leitura do instrumento normativo editado pelo CONAMA para regular o licenciamento ambiental, a audiência pública, por exigência da Política Nacional do Meio Ambiente, é prevista como uma das etapas do prévio licenciamento, porém, a Resolução 237/97 não exige que a audiência ocorra em todos os casos, mas somente quando couber e nos termos da regulamentação pertinente.

No mesmo sentido havia sido editada a Resolução 009/87 do CONAMA (referendada apenas em 1990), a qual revogou parcialmente (derrogação) a Resolução 001/86 do mesmo órgão no que diz respeito à temática das audiências públicas.

A Resolução 001/86 prevê em seu texto que a extração de minério, inclusive os de classe II, definidas no Código de Mineração, “dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental – RIMA” (art. 2º, IX), estando também em consonância com a Política Nacional do Meio Ambiente. E ainda, definia a Resolução 001/86 que:

ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental e apresentação do RIMA, o órgão estadual competente ou a SEMA ou, quando couber o Município, determinará o prazo para recebimento dos comentários a serem feitos pelos órgãos públicos e demais interessados e, sempre que julgar necessário, promoverá a realização de audiência pública para informação sobre o projeto e seus impactos ambientais e discussão do RIMA” (art. 11, § 2).

A fase de comentários, prevista na Resolução 001/86, que poderia ou não levar a uma audiência pública, viabiliza a participação da sociedade no procedimento de licenciamento desde o início dos atos, garantindo assim a possibilidade de tutela ambiental pelos cidadãos. Tratava-se de instrumento importante, porém prévio à audiência pública e que não garantia a sua ocorrência.⁸

Foi apenas com a égide da Resolução 009/87 que a audiência pública deixou de estar sujeita à discricionariedade do órgão licenciador (ao cidadão garantia-se apenas a fase de comentários) e passou a ter outros legitimados para propô-la, garantindo ainda mais efetividade a esse importante instrumento de participação cidadã. Neste sentido, dispõe o art. 2º que “sempre que julgar necessário, ou quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por 50 ou mais cidadãos, o Órgão de Meio Ambiente promoverá a realização de audiência pública”. Note-se, ainda, que “no caso de haver solicitação de audiência pública e na hipótese do órgão Estadual não realizá-la, a licença concedida não terá validade” (art. 2, § 2º). Além disso, “a audiência pública deverá ocorrer em local

⁸ Idem.

acessível aos interessados” (art. 2, § 4º), podendo vir a se realizar de forma fragmentada se assim exigir a complexidade do tema e a localização geográfica dos solicitantes (art. 2, § 5º).

A audiência pública, nos termos da Resolução 009/87, será dirigida pelo representante do Órgão licenciador que, após a exposição objetiva do projeto e do seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), abrirá as discussões com os interessados presentes (art. 3º) e ao seu final será lavrada uma ata (art. 4º), devendo estar anexados a ela todos os documentos escritos e assinados que forem entregues ao presidente durante a seção (parágrafo único do art. 3º). Tanto a ata como seus anexos e o RIMA devem ser a base para a análise e parecer final do licenciador que poderá aprovar ou não o projeto (art. 5º).

Verifica-se que a Resolução 009/87 regula de forma mais detalhada a audiência pública que a anterior Resolução 001/86 e também que a Resolução 237/7, destacando a sua importância como garantia da participação popular na fase de licenciamento de atividade efetiva ou potencialmente poluidora, como é o caso da atividade mineradora. Cabe, ainda, à sociedade civil organizada, além do Ministério Público (MP), ou um grupo de 50 ou mais pessoas requerer sua realização quando não decretada *ex officio*, o que a torna praticamente obrigatória, pois, se não atendido o pleito, restará o licenciamento invalidado.⁹

A Resolução 009/87 ainda exige a garantia de acessibilidade do local da reunião, de oportunização da fala e de entrega de documentos aos cidadãos e sociedade civil organizada presentes (grifo nosso). Incluiu a audiência entre os instrumentos em que se deve basear o órgão licenciador para conceder ou não a licença. Contudo, dado o caráter consultivo da audiência pública, não há que se falar em eficácia vinculatória absoluta das manifestações e críticas proferidas durante a sua realização, mas apenas na necessidade do órgão de cotejar as informações pertinentes antes de conceder ou não a licença. Trata-se de importante instância preventiva e de tutela cidadã, em que a participação popular ativa poderá mudar os rumos do parecer técnico ou, minimamente, exigirá um esforço para argumentarem sentido contrário às manifestações dos cidadãos, o que deverá ser analisado e justificado no parecer que desconsiderar a opinião dos participantes da audiência pública. Em outras palavras, o órgão licenciador deverá reexaminar todos os aspectos do empreendimento que tenham sido objeto de controvérsia, antes de emitir um parecer favorável ao licenciamento.¹⁰ Ao menos em tese o controle advindo da participação popular na audiência pública é capaz de resultar em benefícios e prevenir futuros danos. Em tese porque não há garantias de que o acesso às informações cruciais a respeito dos riscos do empreendimento sejam de conhecimento público e notório.

Deve-se acrescentar um importante dado à análise. O Brasil, como Estado federativo (composto pela União, Estados, Municípios e o Distrito Federal), repartiu entre seus entes a competência para licenciar, o que gerou muitos conflitos de competência e polêmicas. Por tal motivo, editou-se a Lei Complementar 140/2011, a

⁹ Idem.

¹⁰ Idem.

qual foi criada para fixar normas de cooperação no que diz respeito a quem pode licenciar e quais os procedimentos aplicáveis.

Um dos objetivos fundamentais vinculados ao exercício da competência de licenciar comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios consiste na proteção, defesa e conservação do meio ambiente por meio de uma gestão descentralizada, democrática e eficiente (art. 3, I). Além disso, prevê o artigo 17:

Art. 17. Compete ao órgão responsável pelo licenciamento ou autorização, conforme o caso, de um empreendimento ou atividade, lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo para a apuração de infrações à legislação ambiental cometidas pelo empreendimento ou atividade licenciada ou autorizada.

§ 1º Qualquer pessoa legalmente identificada, ao constatar infração ambiental decorrente de empreendimento ou atividade utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores, pode dirigir representação ao órgão a que se refere o *caput*, para efeito do exercício de seu poder de polícia.

Note-se que, nos termos do §1º do artigo 17, encontra-se outra forma de o cidadão exercer o dever de tutela ambiental, qual seja: a possibilidade de representar ao órgão licenciador ao constatar infração ambiental decorrente de empreendimento ou atividade efetiva ou potencialmente poluidora, tal qual o é a atividade mineradora. Caberá ao órgão responsável pelo licenciamento a lavratura de auto de infração ambiental e a instauração de processo administrativo para apurar as infrações, sem prejuízo da atuação supletiva ou subsidiária dos demais entes federativos. Novamente, tem-se a importância da participação popular. A população, se devidamente informada, poderá tutelar devidamente o meio ambiente. Essa é também a teleologia da Lei Complementar 140/2011, que reforça a necessidade de criação do Sistema Nacional de Informações sobre o Meio Ambiente (SINIMA) – art. 7º.

Contudo, apesar da edição de Lei Complementar 140/2011, não existe no país um procedimento absolutamente unificado para o licenciamento ambiental, o que significa que há uma pluralidade de formas de participação a depender do ente e do órgão licenciador. As normativas são várias e não unificadas, gerando também oportunidades e garantias de participação cidadã plurais e diferentes entre si. Por exemplo, no Estado de SC foi editado o Decreto nº 2.955/2010 por meio do qual a audiência pública é sempre obrigatória para empreendimentos que exigem EIA/RIMA (Estudo prévio de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto Ambiental), ressaltando o caráter não deliberativo e não vinculativo das discussões para a tomada de decisão do órgão licenciador. Já o Estado de São Paulo previu na Constituição Estadual (art. 192, § 2º) que deverá ser dada a devida publicidade quando da aprovação do EIA/RIMA. Além de reprisar a norma constitucional nesse aspecto, a legislação paulista garantiu ainda, de forma explícita, a realização da audiência pública, dando destaque a essa modalidade de publicização dos atos relativos ao licenciamento.

Se as formas de participação popular, no que diz respeito ao licenciamento ambiental, não são plenamente unificadas no Brasil, havendo diferentes regras e

procedimentos no âmbito estadual e até municipal, tem-se, por outro lado, que o direito à informação mostra-se tão fundamental à participação cidadã efetiva, que foi criada, em 2003, a Lei Federal nº 10.650, responsável por disciplinar o acesso às informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do SISNAMA. De acordo com a lei, os órgãos do SISNAMA devem publicar no Diário Oficial e em locais de fácil acesso aos interessados, listagens contendo os pedidos de licenciamento e emissão das licenças, autos de infrações e penalidades impostas, bem como os registros de apresentação de Estudos de Impacto Ambiental acompanhados de dados sobre a rejeição ou aprovação do EIA (art. 4º). A legislação prevê ainda que o acesso à informação independe de comprovação de interesse específico, sendo garantida a qualquer cidadão (art. 2º, § 1º). Neste sentido e em atendimento à recomendação da Lei 10.650/2003, foi criado o Portal Nacional de Licenciamento Ambiental (PNLA), o qual integra o SINIMA, a fim de democratizar o acesso à informação, essencial à tutela ambiental pelo cidadão.

Não encontramos, contudo, no âmbito nacional, dados sistematizados sobre o nível de envolvimento da cidadania através de procedimentos e mecanismos de participação relacionados com as atividades de exploração e extração minerais ou sobre a efetividade de políticas tais como o PNLA no que diz respeito ao controle da atividade minerária, o que impede um exame pormenorizado e empírico da problemática. Podemos, entretanto, seguir a pesquisa indagando sobre qual a função e a legitimidade do procedimento da audiência pública no âmbito do licenciamento ambiental o que se fará no item subsequente.

3 Participação popular e legitimidade pelo procedimento

Dentre os principais instrumentos de participação popular no controle da atividade minerária, como se sinalizou, tem lugar de destaque a audiência pública fundamentalmente por ter deixado de ser uma discricionariedade do órgão licenciador, uma vez que pode ser solicitada tanto pela entidade civil, como pelo Ministério Público, como por 50 ou mais cidadãos, nos termos da Resolução 009/87 do CONAMA, anteriormente explicitada.

Porém, em que pese a garantia de existência da audiência pública como fase prévia e que compõe o licenciamento ambiental, questionamos em que sentido esse procedimento é legitimado: se é pelo seu caráter democrático em âmbito material – de conteúdo – ou apenas como uma etapa formal na realização do licenciamento ambiental, isto é, como possível simulacro.

Entre os autores que discutem as relações entre legitimidade e procedimento, elegemos confrontar as perspectivas de Luhmann e Habermas, a fim de compreender qual a função que a participação popular na audiência pública de licenciamento ambiental pode realizar. Para tanto, passa-se à análise da questão da legitimidade pelo procedimento nos referidos autores.

Com base em Luhmann, podemos afirmar que a decisão sobre a concessão ou não do licenciamento ambiental é sempre uma seleção, uma possibilidade dentre

outras possibilidades existentes. Claro que, em razão do licenciamento ambiental compor o sistema jurídico – que atua conforme o código lícito/ilícito, sabemos de antemão que algumas dessas possibilidades são legais e outras não, mas sempre que existe uma margem para que se decida, pode-se dizer que a decisão poderia ser diferente daquela, de fato, tomada. Toda decisão é, em suma, uma seleção.¹¹

O sistema jurídico, nessa perspectiva, é um sistema que opera de modo fechado – com base no código lícito/ilícito – porém possuindo uma abertura cognitiva, por meio da qual os ruídos do ambiente são ou não acolhidos pelo sistema.¹² Tal abertura é responsável por garantir a eventual adaptabilidade ao ambiente, ou seja, por meio dela, há uma possível interação com o ambiente, respeitadas as fronteiras de sentido – por exemplo, quando uma perícia ambiental entra no sistema jurídico, ela não é mais lida sob a perspectiva biológica, mas de legalidade/ilegalidade.

A audiência pública é, portanto, uma forma de *input* por meio da qual se incluem as comunicações dos demais participantes na tomada de decisão. Isso representa um aumento de complexidade na decisão, pois aumentam as possibilidades de escolha ou ainda há a problematização da possível decisão encaminhada pelo empreendedor que se propõe a realizar a atividade de mineração. Ao mesmo tempo, essa complexidade é controlada e reduzida pelo sistema, o qual determina regras segundo as quais uma comunicação é válida ou não válida dentro do procedimento.

A legitimidade pelo procedimento implica a aceitação de que são as regras formais do procedimento que legitimam a tomada de decisão. Implica que deve haver respeito à concatenação dos atos, às regras processuais, aos ritos para uma decisão ser legítima. O procedimento, assim, garante a aceitação de uma decisão final desfavorável a determinado grupo, exercendo a função de imunização da decisão final. O objetivo, nessa senda, não é a busca do consenso, mas o de tornar aceitável a decisão contrária que frustra as expectativas de alguns dos envolvidos no procedimento.¹³ Tudo que se sabe é que haverá um procedimento que será respeitado e do qual derivará uma decisão, sem se saber exatamente qual, sendo que

a estrutura procedimental jurídica, portanto, só possui legitimidade quando está apta a produzir uma aceitação generalizada para aceitação de suas decisões, ainda indeterminadas quanto ao conteúdo concreto, dentro de certa margem de tolerância.¹⁴

O respeito ao procedimento, na visão luhmanniana, torna a decisão aceitável, mas não exige a busca pelo consenso. Ao contrário, para o autor, que se

¹¹ NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. México: Iberoamericana, 2004, p. 143.

¹² Vide LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais**: lineamentos para una teoría general. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Iberoamericana, 1991.

¹³ Conforme LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

¹⁴ DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. Legitimação procedimental e modernidade – a problemática da legitimidade jurídico-política em sociedades complexas. *In*: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 38 n. 150 abr./jun. 2001, p. 105.

propôs a construir uma teoria descritiva da realidade e não uma teoria prescritiva, num cenário de complexidade, o dissenso é a única possibilidade fática, sendo que a democracia se dá no plano do incremento de complexidade, isto é, do incremento das possibilidades decisórias,¹⁵ e não na plena participação e na observância do consenso em todas as decisões, razão pela qual o procedimento permite a existência de um entendimento mútuo apenas ficto.

Pelo procedimento, tudo que se garante é que a legitimidade da decisão se dê conforme o procedimento que deve ser seguido. O procedimento então absorve as comunicações divergentes, abre espaço para protestos e incrementa a complexidade da seleção, porém, apresenta incerteza quanto aos resultados. Nestes termos, “a organização do sistema especial do procedimento por meio de seus protocolos, atos, promessas, discussões, retóricas e decisões tem o visio de especificar a insatisfação, de fracionar e absorver os protestos”.¹⁶

Logo, a decisão simultaneamente absorve e reduz insegurança, sendo certo que haverá uma decisão. Consoante Ferraz Júnior, “Luhmann concebe a legitimidade como uma ilusão funcionalmente necessária, pois se baseia na ficção de que existe a possibilidade de decepção rebelde, só que esta não é, de fato, realizada”.¹⁷ A audiência pública, assim, se legitima na medida em que os seus procedimentos garantam esta ilusão.

A perspectiva luhmanniana é contraposta por Habermas, que amplia o conceito de legitimidade para agregar-lhe elementos de justiça, a fim de que algo seja digno de ser reconhecido apenas quando apresentar uma justificação adequada.¹⁸ De tal forma, “os procedimentos e as premissas de justificação são agora os fundamentos legítimos sobre os quais se apoiam a validade das legitimações”.¹⁹

Ocorre que, diferentemente de Luhmann, Habermas propõe que as premissas e procedimentos sejam ético-comunicativos, a fim de possibilitar a formação de consensos, tudo a depender do nível de justificação, o que implica que “cada nível de justificação associa-se a um determinado potencial de aceitação ou convencimento. Mas esse potencial só se converterá em legitimação se reconhecido e aceito pelas forças sociais aptas a realizá-lo”.²⁰ Enfatiza-se, nessa posição, a importância do consenso.

Segundo Habermas, o mundo da vida, que está muito ligado à moral, é o horizonte do agir comunicativo, sendo esse agir orientado pelo entendimento do outro, isto é, buscando-se o entendimento recíproco. No agir comunicativo, procura-se alcançar o consenso pelo entendimento, e o dissenso só tem sentido para levar ao

¹⁵ DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p. 33.

¹⁶ DINIZ, Legitimação... *cit.*, op. cit., p. 106.

¹⁷ FERRAZ JR., Tércio **Sampaio**. Teoria da norma jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 5.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. Problemas de legitimação no estado moderno. In: HABERMAS, Jürgen. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. São Paulo: Brasiliense, 1990, p. 225.

²⁰ DINIZ, Legitimação..., *cit.*, p. 109.

consenso. Em outras palavras, o dissenso é absorvido por procedimentos consensuais. Esse agir se diferencia do agir estratégico, que diz respeito a fins, por meio do qual se procura convencer o outro de algo para satisfazer interesses próprios.²¹

No mundo da vida, então, existe uma racionalidade dialógica de tipo comunicativo para a qual são imprescindíveis as condições ideais de diálogo – situações ideais de fala – quais sejam: a) busca de consenso, b) igualdade de posições, c) mesma liberdade entre si, e d) competência intelectual e linguística. São fundamentais, portanto, para a racionalidade comunicativa, as pretensões de verdade, retidão, sinceridade e inteligibilidade. É através dessas pretensões universais que se deve buscar o consenso, são elas que permitem a participação discursiva de todos na busca pelos melhores argumentos que levam ao entendimento mútuo.²²

Nessa perspectiva, a argumentação racional dos falantes é o meio pelo qual se pode chegar ao entendimento. O pressuposto do consenso é que as argumentações sejam racionais, não espontâneas, isto é, pautada na verdade, retitude, veracidade e inteligibilidade. Assim,

a legitimidade deriva apenas de um processo democrático que respeita as liberdades comunicativas. O objetivo é que a legitimação não advenha de decisões arbitrárias, mas sim de pretensões de legitimidade. A legitimidade surge da legalidade, pois a forma jurídica permite a comunicação discursiva. E é apenas por meio do assentimento de todos que se encontra o reconhecimento.²³

A validade da argumentação, como premissa ético-discursiva, depende de que todos os que sejam capazes de decidir sobre uma norma cheguem a um acordo razoável sobre a sua validade, sendo que a ética do discurso é regida pelo princípio de universalização como regra de argumentação, que possibilita o acordo. Para Habermas, é imprescindível que o processo de entendimento mútuo, que é sempre intersubjetivo e de natureza reflexiva, ocorra para que os participantes sejam capazes de chegarem a uma convicção comum.²⁴

Habermas, portanto, inclui algo a mais na ideia de legitimação, uma vez que, diferentemente de Luhmann, uma decisão não é apenas legítima em razão da observância das regras do procedimento, mas a legitimidade da decisão depende da observância aos procedimentos que são válidos apenas se assegurarem uma decisão justa.

A postura de Luhmann, para quem a moral é fragmentada e não pode ser substrato racional para a tomada de decisões, é uma postura procedimentalista, na qual a legitimidade se resolve na legitimação pelo procedimento. Na concepção luhmanniana, como se viu, o conteúdo da decisão é totalmente imunizado, uma vez

²¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito...**, cit.

²² Idem.

²³ DUTRA, D. J. V. **Razão e consenso em Habermas: teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia**. 2 ed. Florianópolis: UFSC, 2005, p. 178.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 88.

que a aceitação deriva do cumprimento e respeito ao procedimento, o que evitaria as destabilizações no sistema advindas das frustrações derivadas das expectativas não acolhidas. O objetivo não é alcançar uma decisão justa, mas sim uma aceitável por todos, num consenso ficto, sendo que essa modalidade “opõe-se a teorias substanciais da legitimidade, que avaliam a correção das decisões comparando-as com algum resultado ideal tido como justo ou correto”.

A visão habermasiana se inclui entre as teorias substanciais da legitimidade, sendo que, para Habermas, o estrito respeito ao procedimento e a garantia da participação não geram, por si só, legitimidade decisional. É crucial que haja um conteúdo ético-moral derivado do debate popular, capaz de pautar pela e para a conformação do consenso.

Pode-se dizer, em linhas gerais, que a legitimação pelo procedimento luhmanniana está ligada a uma ideia de democracia participativa, sendo a visão de Habermas mais próxima da concepção de uma democracia deliberativa, isto é, uma democracia que não apenas é garantida pelas eleições periódicas e calcada na regra da maioria – condições procedimentais – mas igualmente na necessidade do debate que busca argumentar e se calcar em valores compartilhados. Há, na posição substancialista habermasiana, uma institucionalização do discurso ético-moral como instrumento para a construção de decisões públicas legítimas. Do exposto, tem-se que Habermas atrela ao procedimento uma dimensão de conteúdo, valorativa, diferentemente de Luhmann, para quem o procedimento é vislumbrando de forma neutral. Ainda que não se possa comparar as teorias de forma a estabelecer qual delas é a melhor, até mesmo porque uma tem caráter descritivo (Luhmann) e a outra tem um caráter também prescritivo (Habermas), pode-se dizer que os elementos de ambas teorias podem pautar as pesquisas subsequentes sobre o tema da função da audiência pública no licenciamento ambiental.

Considerações finais

No Brasil, existem marcos normativos específicos e bem delimitados sobre participação cidadã ambiental, fundados no direito à informação e participação, o que ocorre principalmente na ocasião do (a) licenciamento ambiental, procedimento administrativo prévio às atividades poluidoras, de caráter obrigatório, cuja renovação é exigida periodicamente. Além do licenciamento, destacamos outras formas de participação popular que podem promover o direito ao meio ambiente, sem a pretensão de uma enumeração exaustiva, a saber: (b) participação em conselhos ambientais; (c) proposta de iniciativa de lei; e (d) direito de petição e ações coletivas aptas à tutela do meio ambiente (complementar).

Não se pode olvidar, ainda, que a base para uma participação popular qualificada, através da educação ambiental, é, igualmente, uma preocupação no Brasil, merecendo *status* constitucional (art. 225, §1º, VI), já regulamentado pela Política Nacional de Educação Ambiental (Lei Federal nº 9.795/99). Há, igualmente, mecanismos jurisdicionais para controlar, evitar e reparar lesões à disposição do cidadão e da sociedade civil organizada, como a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança coletivo, o direito de petição dentre outros.

Apesar dos esforços que podem ser observados no sentido de se buscar o aperfeiçoamento dos mecanismos de participação popular, de licenciamento ambiental e as respectivas audiências públicas, há ainda algumas dificuldades, que acabam por desqualificar a participação cidadã. Apesar da estruturação do SISNAMA, que deveria aglutinar e organizar de melhor forma a informação ambiental disponível pelos vários entes federativos, isso ainda não ocorreu. Há poucos estudos relativos ao tratamento das informações e mesmo de comparação de modelos de audiências públicas e boas práticas na matéria. Sequer foi disponibilizado um site, através do qual se permita saber acerca de licenciamentos ambientais e audiências públicas,²⁵ à exceção de grandes empreendimentos, que ganham notoriedade midiática, como Belo Monte.²⁶

Por outro lado, há interessantes mecanismos privados para garantir a responsabilidade socioambiental²⁷ e, dentro deste conceito, a participação popular, como os Princípios do Equador, documento público que visa regulamentar investimentos e empréstimos internacionais, a empresas que atendam os princípios previstos nos documentos, que se referem ao desenvolvimento sustentável, gestão socioambiental e transparência nas informações.²⁸ Também a Bovespa desenvolve há mais de 10 anos o ISE (Índice de Sustentabilidade Ambiental), que permite aos investidores ter a percepção da sustentabilidade corporativa de empresas que têm seus títulos negociados na bolsa e aceitem fazer parte do mecanismo de monitoramento, que verifica a eficiência econômica, equilíbrio ambiental, justiça social e governança corporativa.²⁹ Acreditamos que estas propostas possam complementar as possibilidades de controle e participação social fornecidas diretamente pelo Estado, a merecer estudos acadêmicos vindouros.

Como futuro desdobramento desta investigação, será importante verificar como transcorreram, na realidade fática, as audiências públicas para licenciamento ambiental de determinado empreendimento mineral, sendo crucial, para tanto, eleger o empreendimento que será analisado empiricamente, para nele verificar, com

²⁵ Quando existem, as informações encontram-se espalhadas pelos inúmeros órgãos licenciadores, e, ainda assim, não é incomum que estejam incompletas e desatualizadas. O mais próximo que há de um “portal digital” é o site do IBAMA: <<http://www.ibama.gov.br/licenciamento-ambiental/audiencias-publicas-por-ano>>. Acessado em 15/10/2016.

²⁶ Em Belo Monte foi constituído um grupo de acompanhamento das condicionantes ambientais, bem como contratada a Fundação Getúlio Vargas, para monitorar o seu cumprimento, e, assim, tem publicado interessantes e, ao que se percebe, consistentes relatórios a respeito do tema, como o último, de 2016, que pode ser consultado no site <<http://mediadrawer.gvces.com.br/publicacoes/original/indicadores-de-belo-monte-2016.pdf>>. Acessado em 15/10/2016.

²⁷ Esta perspectiva vai ao encontro de uma nova visão da atividade empresarial, pois, como salienta Martins, “modernamente, a empresa não pode mais ser vista apenas como um empreendimento voltado ao lucro do empresário ou do acionista, mas sim dotada de uma função social relevante como elemento de geração e circulação de riquezas e de criação de empregos, além de promover o desenvolvimento social e econômico da região”. MARTINS, Tais. **Meio Ambiente & Atividade Empresarial**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 255.

²⁸ A versão traduzida dos Princípios do Equador pode ser acessada no endereço seguinte: <http://www.equator-principles.com/resources/equator_principles_portuguese_2013.pdf>. Acesso em 20/10/2016.

²⁹ A explicação do mecanismo pode ser encontrada no endereço que segue: <http://mediadrawer.gvces.com.br/publicacoes/original/ise10anos_v-03-16-1.pdf>. Acesso em 20/10/2016.

suporte em Luhmann, sob o aspecto formal, se os atos foram realizados conforme o procedimento e isso foi capaz de gerar aceitação institucional (ainda que ficta) da *decisão final*. Também, com base na teoria habermasiana, podemos verificar o grau de legitimidade da decisão proferida, num âmbito substancial, a partir da presença de elementos que se ligam ao agir comunicativo ou estratégico, para se aferir a qualidade do diálogo promovido *durante* a audiência pública – seja no momento da concessão do licenciamento, ou no de sua renovação. Parece-nos de extrema valia que tais aferições possam se dar por meio da construção de um índice quantitativo, capaz de servir como parâmetro de comparação entre audiências públicas do mesmo ou de outro empreendimento – apontando se a audiência pública cumpriu a função para a qual ela foi pensada, ou mais se aproximou de um simulacro, servido apenas para legitimar externamente uma decisão já previamente construída e forçada, que pretende ignorar *a priori* a complexidade trazida pelo procedimento –, o que será o próximo passo da pesquisa ora desenvolvida.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessado em 20 de out. de 2016.

BRASIL. **Lei Complementar n. 140**, de 09 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do *caput* e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp140.htm>. Acessado em 20 de out. de 2016.

BRASIL. **Lei n. 10.650**, de 16 de abril de 2013. Dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.650.htm>. Acesso em 20 de out. de 2016.

BRASIL. **Lei n. 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm>. Acessado em 20 de out. de 2016.

BRASIL. **Lei n. 7.347**, de 20 de dezembro de 1985. Inclui, entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil, dando nova redação à Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951 - Lei Afonso

Arinos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7437.htm>. Acessado em 20 de out. de 2016.

BRASIL. **Lei n. 9.985**, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/CCiViL_03/Leis/L9985.htm>. Acessado em 20 de out. de 2016.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (CONAMA). **Resolução n. 001**, de 23 de janeiro de 1986. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>>. Acessado em 20 de out. de 2016.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (CONAMA). **Resolução n. 009**, de 03 de dezembro de 1987. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res87/res0987.html>>. Acessado em 20 de out. de 2016.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (CONAMA). **Resolução n. 237**, de 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>. Acessado em 20 de out. de 2016.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. Legitimação procedimental e modernidade – a problemática da legitimidade jurídico-política em sociedades complexas. *In*: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 38 n. 150 abr./jun. 2001.

DUTRA, D. J. V. **Razão e consenso em Habermas**: teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. 2. ed. Florianópolis: UFSC, 2005.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FINK, Daniel Roberto. Audiência pública em matéria ambiental no Direito brasileiro. **Justitia**, nº. 169, São Paulo, Ministério Público do Estado de São Paulo: 1995.

GORDILHO, Heron José de Santana; OLIVEIRA, Thiago Pires. Os colegiados ambientais como expressão do princípio da participação popular no direito brasileiro: o caso do Conama. **Boletim de Direito Municipal**, São Paulo, v. 31, n. 10, p. 779-793, out. 2015. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/19888>>. Acessado em 19 de set. de 2016.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**; a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Problemas de legitimação no estado moderno. *In*: HABERMAS, Jürgen. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. São Paulo: Brasiliense, 1990.

IBRAM. **Gestão para a sustentabilidade na mineração**: 20 anos de história. Brasília: IBRAM, 2013.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais**: lineamentos para uma teoria general. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Iberoamericana, 1991.

MARTINS, Tais. **Meio Ambiente & Atividade Empresarial**. Curitiba: Juruá, 2014.

NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. México: Iberoamericana, 2004.

SILVA, Cintia Tavares da; SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. A participação na audiência pública do licenciamento ambiental em atividades de impacto ambiental: uma política ambiental de efetividade ou mera consulta? *In*: **Direito ambiental II** [Recurso eletrônico on-line], org. CONPEDI/UFPB; coord.: Flavia de Paiva Medeiros de Oliveira, Norma Sueli Padilha, Beatriz Souza Costa. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

Autores convidados

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

DISREGARD OF LEGAL PERSONALITY IN THE BRAZIL'S NEW PROCEDURAL CIVIL CODE

Beclaute Oliveira Silva¹

Sumário: Introdução. 1. Notas sobre a diferença entre dívida e responsabilidade e o vínculo com a desconsideração da personalidade jurídica. 2 Formulação do pedido de desconsideração da personalidade jurídica no processo. 2.1 Pedido de desconsideração na petição inicial. 2.2 Incidente processual autônomo de desconsideração. 3 Resposta na desconsideração da personalidade jurídica. 4 Cargas de eficácia da decisão que desconsidera a personalidade jurídica. 5 Consequências da desconsideração da personalidade jurídica. 5.1 Responsabilização do patrimônio de terceiro. 5.2 Desconsideração e a fraude à execução. 6 Recurso. 6.1 Recurso em pedido de desconsideração em incidente autônomo na primeira instância. 6.2 Recurso em pedido de desconsideração em incidente autônomo na segunda instância. 6.3 Recurso em decisão proferida em pedido de desconsideração veiculado na petição inicial. 7 Coisa julgada e a decisão que desconsidera a personalidade jurídica. Conclusão. Referências.

Resumo: A separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e dos seus sócios é uma excelente técnica para garantir a autonomia dos referidos entes nos cenários dogmático, econômico e social. O sistema jurídico garante assim a não comunicação entre os patrimônios e a independência das responsabilidades. A desconsideração da personalidade jurídica, nesse contexto, é uma exceção e decorre, no direito pátrio, de existência de fato ilícito com intuito de lesar titulares de direito através do uso indevido de pessoa jurídica. O presente estudo aborda como o novo Código de Processo Civil, já em vigor, regula o procedimento de desconsideração da personalidade jurídica, e como ele implementa as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, que vinham sendo desrespeitadas na prática judicial brasileira nos últimos anos.

¹ Doutor em Direito pela UFPE. Mestre em Direito pela UFAL. Professor Adjunto da FDA/UFAL (Mestrado e Graduação). Professor Titular III do CESMAC (Especialização e Graduação). Professor Titular da UNIT (Especialização e Graduação). Membro do IIDP. Membro fundador da ANNEP. Membro da ABDPRO (Delegado para o Nordeste). Membro do IBDP (Secretário Adjunto-AL). Membro do CEAPRO.

Vinculado ao Grupo de Pesquisa Direito Privado e Contemporaneidade. E-mail: beclaute@uol.com.br. Publicações relevantes: Livro - “A garantia fundamental da motivação da decisão judicial”. Salvador: Juspodivm, 2007; Coletânea - “Improcedência”. Salvador: Juspodivm, 2015 (Coordenador da coletânea e articulista); Artigo - “Verdade como objeto do negócio jurídico processual”. In: CABRAL, Antônio Passos; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Org.). Negócios processuais. Salvador: Jus Podivm, 2015, v. 1, p. 383-407; Artigo - “A prescrição no cumprimento de sentença no novo Código de Processo Civil brasileiro”. Belo Horizonte. Revista Brasileira de Direito Processual (Impresso), v. 1, p. 95, 2015. Artigo - “Tratados de Direitos Humanos supralegais e constitucionais - uma abordagem analítico-normativa.” Brasília. Revista de Informação Legislativa, v. 209, p. 73-86, 2016.

Palavras-chave: Processo civil. Pessoa jurídica. Responsabilidade patrimonial. Desconsideração da pessoa jurídica. Procedimento no novo CPC.

Abstract: The separation of the corporation's assets and its partners is an excellent technique to ensure the autonomy of these entities in the dogmatic, economic and social scenarios. The legal system thus ensures no communication between the assets and the independence of responsibilities. The disregard of legal personality in this context is an exception stemming from the Brazil's right of existence of illicit act aiming to harm right holders through the misuse of legal entity. This study discusses how the new Procedural Civil Code in Brazil, already in force, regulates the disregard of legal personality's procedure, and how it implements the constitutional guarantees of due process, contradictory and broad defense, which have being disrespected in Brazilian judicial practice in recent years.

Keywords: Civil Process. Legal Personality. Liability of asset value. Disregard of legal personality. Procedure in the new CPC.

Introdução

As partes no processo correspondem, em regra, aos sujeitos da relação jurídica material. No entanto, é possível que sujeitos distintos da relação processual possam vir a participar da demanda com intuito de solver determinada obrigação.

Isso pode ocorrer com a denunciação da lide, com o chamamento ao processo e com a desconsideração da pessoa jurídica. Essa última fora catalogada pelo CPC/2015 como uma forma positivada de intervenção de terceiro (art. 133 a 137 do CPC).

A preocupação do presente estudo dirige-se a analisar, com um olhar analítico, o modo como a desconsideração da personalidade jurídica fora tratada pelo novo Código de Processo Civil, fato novo no diploma do direito positivo processual pátrio.

O estudo que será desenvolvido terá a seguinte estrutura. Em primeiro lugar será feita a distinção entre dívida e responsabilidade e sua repercussão na desconsideração da pessoa jurídica. Após, será analisado o pedido de desconsideração e sua regulação no CPC.

No item 3 abordar-se-á a resposta do réu na desconsideração da personalidade jurídica. Depois, com base na contribuição da teoria pontiana das cargas de eficácia, serão analisados os efeitos da decisão judicial no âmbito do tema proposto. No outro tópico se verificará o recurso contra a decisão que estipula a desconsideração e, por fim, será considerada a questão da coisa julgada no bojo da desconsideração da personalidade jurídica.

Esse o itinerário a ser percorrido com o objetivo de descrever os pormenores que envolvem o tema proposto.

1 Notas sobre a diferença entre dívida e responsabilidade e o vínculo com a desconsideração da personalidade jurídica

Antes de adentrar no tema da desconsideração da personalidade jurídica, faz-se necessário estabelecer a diferença entre dívida e responsabilidade. Como é cediço, a obrigação é um enlace de natureza jurídica que tem por fim compelir outrem a realizar uma prestação.

Essa relação é composta por: um dever de prestar, que será do devedor; o direito de exigir a prestação, que será do credor; e o objeto da prestação, manifestado em um fazer ou um não fazer.

Coube à doutrina alemã estruturar a relação jurídica de crédito em dois elementos centrais: a dívida (*schuld*) e a responsabilidade (*haftung*). A dívida teria por objeto o dever de prestar; já a responsabilidade seria a sujeição do patrimônio do devedor ou de terceiro para fins de realizar a obrigação.² Noutros termos, quem deve é o devedor e quem responde é o patrimônio do devedor ou de terceiro.

Percebe-se que há certa autonomia entre as duas categorias, já que, enquanto o débito ou a dívida recai sobre sujeito passivo da obrigação, aquele que titulariza a condição de devedor, a responsabilidade pela dívida recai sobre o patrimônio, que, como já explicitado, pode ser do devedor ou de terceiro.

A regra é que o patrimônio do devedor responda pela dívida, mas a lei (responsabilidade tributária), ou o negócio jurídico (fiança, aval etc.), ou o ilícito pode fazer com que o patrimônio de terceiro venha a responder por débito contraído por titular passivo de relação jurídica creditícia. Nesse caso, o terceiro se torna parte. Um responsável sem dívida.

No caso, uma das formas de responsabilização do patrimônio de terceiro por prática de ilícito ocorre em decorrência da desconsideração da personalidade jurídica.

Destaque-se que a desconsideração da personalidade jurídica não extingue a personalidade jurídica, mas apenas suspende, episodicamente, a eficácia de sua constituição para fins de responsabilização, por conta de ilícitos perpetrados nas hipóteses do art. 50 do Código Civil, por exemplo.³

O ilícito que irá ser causa da desconsideração é da classe dos ilícitos caducificantes, já que sua consequência é a “perda do direito de ter sua responsabilidade limitada”.⁴

² MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003, v. V, t. I, p.16.

³ EHRHARDT JR. Marcos. **Direito Civil – Parte Geral**. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 258. Neste sentido, enunciado nº 7 da I Jornada de Direito Civil, do CJF: “Art. 50: só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido”.

⁴ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 1, p. 526.

Não se pretende alongar neste tema, porquanto não é o objeto do trabalho. A função do presente tópico foi indicar que, existindo a desconsideração da personalidade jurídica, os sócios não se tornam devedores, mas os autos constitutivos da pessoa jurídica ficam suspensos para que o patrimônio dos seus membros possa responder por dívida contraída pelo devedor – a pessoa jurídica, quando se trata de desconsideração direta.

Salienta-se que a desconsideração da personalidade jurídica pode ser inversa, por expressa disposição legal, que consagrou posição doutrinária e jurisprudencial (art. 133, § 2º, do CPC) – aquela que tem por objeto alcançar os bens da pessoa jurídica para responder por dívidas do sócio. Nessa hipótese, quem passa a ser responsável é o patrimônio da pessoa jurídica, em ação movida contra o sujeito de direito que é sócio da referida entidade.⁵

Fixadas essas premissas, passa-se à análise do pedido que tem por objeto a desconsideração da personalidade jurídica.

2 Formulação do pedido de desconsideração da personalidade jurídica no processo

Inicialmente, por expressa previsão legal, a desconsideração da personalidade jurídica está no âmbito dispositivo do interesse da parte, não podendo ser provocado de ofício pelo magistrado.⁶ Ressalte-se que tal pedido deve ser fundamentado, sob pena de indeferimento.⁷

Pode requerer a desconsideração a parte ou o Ministério Público, quando couber intervir no processo (art. 133 do CPC).⁸ O disposto no Código de Processo Civil reforça o disposto no art. 50 do CC. Rinaldo Mouzalas ressalta que “a própria pessoa jurídica terá legitimidade para requerer a instauração do incidente em seu favor, caso um de seus sócios tenha abusado de sua condição, de modo a prejudicar a empresa”.⁹

Registre-se que tal procedimento é cabível no âmbito dos juizados (art. 1.062 do CPC).

A desconsideração gera um litisconsórcio eventual facultativo na relação jurídica processual.¹⁰ É eventual, pois sua formação definitiva poderá não ser confirmada após regular processamento. O autor veicula pretensões distintas contra mais de um réu, sendo que se o pedido de desconsideração for julgado improcedente, havendo trânsito em julgado, o litisconsórcio eventual se desfaz.

⁵ EHRHARDT JR. Marcos. **Direito Civil** – Parte Geral. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 262.

⁶ MOUZALAS, Rinaldo *et al.* **Processo Civil**. 8. ed. Salvador, 2016, p. 242-247.

⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 1, p. 527.

⁸ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 1, p. 526.

⁹ MOUZALAS, Rinaldo *et al.* **Processo Civil**. 8. ed. Salvador, 2016, p. 242-247.

¹⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 1, p. 527.

A pretensão do autor que requer a desconsideração da pessoa jurídica é tornar o terceiro, parte no processo, na qualidade de corresponsável na obrigação estabelecida (execução por título extrajudicial ou cumprimento de sentença) ou a ser estabelecida na decisão judicial. Isso poderá ser feito de duas formas: na petição inicial ou em incidente processual autônomo. Analisam-se a seguir as duas formas.

2.1 Pedido de desconsideração na petição inicial

O primeiro modo de deduzir inserção do terceiro, como parte, por conta da desconsideração da personalidade jurídica, é através da petição inicial. Ela poderá ser veiculada na exordial de qualquer procedimento, inclusive no procedimento monitorio ou na execução por título executivo extrajudicial ou cumprimento de sentença autônomo (cumprimento de sentença produzida no âmbito da arbitragem, por exemplo).

Aqui, o autor da demanda deverá estabelecer necessariamente, pelo menos, dois pedidos. O primeiro é o pedido contra o réu, sujeito da obrigação que pretende ver adimplido. O segundo, conexo a este, deverá ser deduzido contra o terceiro ou terceiros, que pretende ver inserido(s), como réu(s), de forma definitiva, se este pleito for julgado procedente. Logo no início é réu (litisconsórcio) eventual.

Cabe lembrar que o pleito deve ser justificado, devendo o autor demonstrar que estão presentes os requisitos legais para a desconsideração (art. 133, § 4º, do CPC). Pleito não fundamentado deve ser emendado e, caso não haja a emenda, indeferido.

A análise da desconsideração, nesse caso, não gera suspensão do processo (art. 134, § 3º, do CPC), mas gera um efeito interessante, do ponto de vista procedimental, já que deverá impedir o desenrolar da demanda principal até que o incidente de desconsideração seja resolvido pela instância originária. Isso se dá porque a demanda é instaurada contra o réu, imputado como devedor, e os demais litisconsortes,¹¹ que são réus eventuais, já que poderão ser excluídos da demanda, caso a desconsideração seja julgada improcedente.

Procedimentalmente, após a resposta dos réus, deve o magistrado dar prosseguimento à parte que diz respeito à desconsideração para, só depois, prosseguir com a demanda principal.

Essa interpretação se coaduna com a estipulação que estabelece a suspensão do processo, caso haja o pedido de desconsideração da personalidade jurídica de forma incidental (art. 134, § 2º, do CPC). No caso, mesma razão, mesma solução. Desta feita, dificilmente a desconsideração será resolvida na sentença, embora seja possível.

¹¹ Enunciado nº 125 do FPPC: “Há litisconsórcio passivo facultativo quando requerida a desconsideração da personalidade jurídica, juntamente com outro pedido formulado na petição inicial ou incidentemente no processo em curso”.

2.2 Incidente processual autônomo de desconsideração

A desconsideração da personalidade jurídica pode ser processada na forma de incidente processual em autos autônomos. Ele deverá ser vinculado à demanda principal, devendo-se proceder à anotação na distribuição (art. 134, § 1º, do CPC).

Cabe a desconsideração incidente em qualquer tipo procedimental em curso. Ademais, o texto legal abre a possibilidade incidental para qualquer fase do processo de conhecimento, podendo assim ser veiculado em grau de recurso (art. 134 do CPC).

Esse tipo de incidente irá gerar um litisconsórcio passivo, eventual, facultativo e ulterior. Ele irá ingressar como réu da demanda, e a decisão que resolve o incidente será recorrível de forma imediata, sob pena de preclusão.

Destaque-se que a provocação do incidente é de interesse da parte, não sendo possível ser formulado de ofício pelo magistrado.

3 Resposta na desconsideração da personalidade jurídica

O contraditório pleno é necessário para que se proceda à desconsideração da personalidade jurídica. Para isso se faz obrigatória a citação do réu e sua participação efetiva, com o uso de todos os meios aptos a demonstrar suas alegações, inclusive meios de prova.¹²

O réu, citado na demanda que tem por objeto a desconsideração da personalidade jurídica, pode deduzir, além das exceções processuais previstas em lei, a defesa direta de mérito ao pleito do autor, no caso, as que negam a existência do ilícito que lhe é imputado.

No entanto, sua defesa pode ir além da questão que lhe diz diretamente respeito, já que se podem alegar matérias que se referem à questão principal, como fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do credor.

Há interesse em deduzir matéria de defesa direta de mérito contra o pleito do autor na demanda principal, pois o sucesso do réu na desconsideração implicará liberação de seu patrimônio de eventual responsabilização. Nesse sentido, o enunciado 248 do FPPC: “quando a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, incumbe ao sócio ou a pessoa jurídica, na contestação, impugnar, não somente a própria desconsideração, mas também os demais pontos da causa”.

¹² Nesse sentido, MOUZALAS, Rinaldo *et al.* **Processo Civil**. 8. ed. Salvador, 2016, p. p. 242-247. Seguindo a mesma opinião, PINHO, Humberto dalla Bernardina de; FONSECA, Marina Silva. “O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil”. In: DIDIER JR. Fredie *et al.* (Coord.). **Novo CPC – Doutrina selecionada – Parte Geral**. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 959.

O contraditório e o respeito ao procedimento tornam-se ainda mais relevantes quando a desconsideração se faz necessária na fase executiva (cumprimento de sentença e execução de título extrajudicial), isso por que a decisão “terá a função de constituir o título executivo, baseado em cognição exauriente, capaz de imputar responsabilidade ao sócio ou a pessoa jurídica”.¹³

4 Cargas de eficácia da decisão que desconsidera a personalidade jurídica

A decisão judicial produz efeitos correspondentes à ação material¹⁴ – que a acolhe. Deve-se salientar que ação material não se confunde com ação processual, que é um dos instrumentos jurídicos para realizar a primeira. São categorias distintas, como esclarece Marcos Bernardes de Mello no seguinte excerto:

A ação, portanto, é atribuição de impositividade à pretensão, segundo dispuser a norma jurídica, que tanto pode ser exercida através da atuação pessoal do seu titular (exercício extrajudicial da ação), como *forçadamente*, inclusive pela expropriação de bens do devedor, o que, em geral, somente é possível por meio de remédios jurídicos processuais (= “ação” processual).¹⁵

Como ressaltou Pontes de Miranda, a ação material e sua correspondente decisão procedente têm as seguintes eficácias: condenatória, constitutiva, declaratória, executiva e mandamental. De forma sucinta falaremos sobre elas.

A eficácia condenatória consiste em declarar a existência da *injúria* e reprovar, ordenar que sofra. Veicula um enunciado de fato e de valor.¹⁶ Com relação à eficácia constitutiva, ela serve para, no mínimo, alterar a realidade jurídica.¹⁷ A eficácia declaratória “é a prestação jurisdicional que se entrega a quem pediu a tutela jurídica sem nada querer ‘exigir’”.¹⁸ A eficácia executiva é aquela que “*retira* valor que está no patrimônio do demandado, ou dos demandados, e *põe-no* no patrimônio do demandante”.¹⁹ Na eficácia mandamental, o efeito consiste em uma ordem ou mandamento expedido pelo órgão julgante.²⁰

¹³ MOUZALAS, Rinaldo *et al.* **Processo Civil**. 8. ed. Salvador, 2016, p. p. 242-247.

¹⁴ “A possibilidade de imposição da pretensão pela atividade do seu titular na busca de sua satisfação caracteriza a ação que, como evidente, constitui um grau maior de pretensão, embora não seja a própria pretensão.” (MELLO, Marcos Bernardes de. Da ação como objeto litigioso do processo. *In*: COSTA, Eduardo José da Fonseca *et al.* **Teoria Quinária da Ação**. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 379.

¹⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. Da ação como objeto litigioso do processo. *In*: COSTA, Eduardo José da Fonseca *et al.* **Teoria Quinária da Ação**. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 380.

¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado das ações**. São Paulo: RT, 1972, T. I, p. 209.

¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado das ações**. São Paulo: RT, 1972, T. I, p. 86.

¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado das ações**. São Paulo: RT, 1972, T. I, p. 197.

¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado das ações**. São Paulo: RT, 1972, T. I, p. 212.

²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado das ações**. São Paulo: RT, 1972, T. I, p. 211.

Essas eficácias aparecem conjuntamente no bojo da ação material e na decisão judicial que a acolhe, mas não de forma caótica, senão de forma escalonada, distribuídas em pesos que vão, numa escala decrescente, de 5 a 1. Denomina-se eficácia preponderante aquela que corresponde ao peso 5. Ela dará nome à ação material ou à sentença.²¹ A eficácia imediata equivale ao peso 4. Já o peso 3 é denominado eficácia mediata. E há os efeitos mínimos, presentes, embora não tão relevantes para a realização do direito material, que correspondem às eficácias 2 e 1.²²

Valendo-se dessa teoria, pode-se perceber que a decisão que desconsidera a personalidade jurídica tem nítida carga de eficácia preponderante (peso 5) constitutiva. Explica-se.

Ao analisar o artigo 50 do Código Civil,²³ que trata das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, percebe-se que o pleito da parte possui nítido conteúdo constitutivo, já que se pretende alterar o mundo jurídico,²⁴ ou seja, retirar o manto que encobre a pessoa jurídica para imputar ao patrimônio do sócio, dos sócios, dos administradores ou da pessoa jurídica (desconsideração da personalidade jurídica inversa) a responsabilidade por conta do ato ilícito. A função primordial não é declarar, ou condenar, mas desconstituir (constituir negativo), ainda que de forma episódica, com intuito de imputar responsabilização patrimonial a terceiro por conta de prática de ato ilícito.

A eficácia constitutiva, no entanto, não vem só, já que ela decorre de uma condenação – reconhecimento de prática de ato ilícito –, uma reprimenda, um ordenar que sofra,²⁵ como já destacado, que irá levar à desconstituição. Neste passo, a eficácia condenatória aparece como sendo eficácia imediata (peso 4).

Há também, no caso, a eficácia declaratória, que se apresenta na forma mediata (peso 3), pois a decisão declara a existência de ilícito que irá implicar a responsabilização do patrimônio de terceiro à parte a quem aproveita a desconsideração da personalidade jurídica.

Noutros termos, imputa-se ao patrimônio do terceiro a responsabilidade pela dívida. As demais eficácias, embora existentes, não são relevantes para determinar a ação material ou a respectiva decisão procedente. No caso específico,

²¹ “Embora todas as ações possuam todos os elementos de eficácia anteriormente referidos, eles são dispersos em níveis de eficácia, variáveis conforme cada espécie. O que vai dizer se determinada sentença é declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva é a carga de eficácia que se *sobre põe* em relação às outras cargas também presentes no ato sentencial do qual se esteja a cogitar.” NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. “Sentenças executivas e eficácia executiva das sentenças”. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca *et al.* **Teoria Quinária da Ação**. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 523.

²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado das ações**. São Paulo: RT, 1972, T. I, p. 130.

²³ “Art. 50 do CCB: Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

²⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado das ações**. São Paulo: RT, 1972, T. I, p. 203.

²⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado das ações**. São Paulo: RT, 1972, T. I, p. 209.

as eficácias executiva e mandamental aparecem com pesos mínimos, 2 e 1, respectivamente.

Em síntese, têm-se na decisão que desconsidera a personalidade jurídica as seguintes eficácias: constitutiva (eficácia preponderante = peso 5), condenatória (eficácia imediata = peso 4), declaratória (eficácia mediata = peso 3), executiva (eficácia mínima = peso 2) e mandamental (eficácia mínima = peso 1).

Passa-se agora a analisar as demais consequências da decisão judicial que efetiva a desconsideração.

5 Consequências da desconsideração da personalidade jurídica

A decisão que desconsidera a personalidade jurídica, além de retirar o manto que envolve a personalidade jurídica, como ficou assentado no item anterior, responsabiliza o patrimônio do terceiro – um caso de responsabilidade sem dívida – e torna ineficazes eventuais alienações, por fraude à execução. Esses dois tópicos serão mais bem explicitados a seguir.

5.1 Responsabilização do patrimônio de terceiro

Como já indicado, a desconsideração da personalidade jurídica irá implicar responsabilização do patrimônio de terceiro pela dívida contraída pelo sujeito passivo da relação creditícia.

Essa imputação é uma das razões da desconsideração da personalidade jurídica. Como já restou assente, a pessoa indicada na desconsideração irá responder com seu patrimônio pela dívida. Assim se estabelece um elo com o credor, que poderá ir atrás do patrimônio do imputado para satisfazer seu crédito.

Um ponto importante é que a decisão que desconsidera a personalidade jurídica não gera direito sobre o patrimônio do terceiro, mas o coloca como responsável pela dívida, caso o devedor venha a ser vencido na demanda e não haja como quitar o débito. Nisso reside a eventualidade do litisconsórcio formado por conta da desconsideração. Ele fica à disposição para a satisfação.

Dessa forma, a desconsideração da personalidade jurídica pode ser julgada procedente, mas a demanda principal ser julgada improcedente. Ademais, ambas podem ser julgadas procedentes, mas o devedor tem como quitar o débito, e quita, tornando a desconsideração ineficaz quanto à disposição do patrimônio do sócio ou da pessoa jurídica.

5.2 Desconsideração e a fraude à execução

A fraude é um ilícito. Há duas fraudes: contra credores (art. 158 a 165 do CC) e contra a execução (art. 792 do CPC). A preocupação no texto são os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica com relação à fraude à execução.

Uma das distinções entre a fraude à execução e a fraude contra credor é o elemento cronológico. Há fraude à execução se a alienação do bem ou sua oneração feita pelo devedor se der na pendência de demanda judicial.²⁶

A fraude à execução, no entanto, não anula o ato, mas o torna ineficaz em face do credor (art. 792, § 1º, do CPC). O bem permanecerá sendo do terceiro, porém a execução recairá sobre o bem. É outro caso de responsabilidade sem débito. Para a relação processual, é como se a alienação ou a oneração não houvesse sido realizada. Neste caso, deverá o juiz analisar dois pontos: a) coincidência cronológica entre o ato de disposição ou alienação e o processo, tomando por marco inicial a citação; e b) inexistência de outros bens penhoráveis.²⁷

Quando se fala em citação em processo, não se está a falar em processo de execução (ou fase de cumprimento de sentença), mas em qualquer processo ou procedimento. Basta que o réu seja citado em processo de conhecimento e a alienação ou oneração poderá se dar em fraude à execução.

Analisando o tema sob o prisma da desconsideração da personalidade jurídica, a decisão que acolhe o pedido transforma a alienação ou oneração feita pelo sócio ou pela pessoa jurídica (desconsideração inversa) em fraude à execução. Trata-se de estipulação expressa do art. 137 do CPC. Protege-se assim o credor.

Além de imputar a responsabilidade a terceiros, a desconsideração converte a alienação que este terceiro vem a fazer em fraude, sendo sancionável como ato atentatório à dignidade da justiça (art. 774 do CPC).

Ocorre assim um fenômeno interessante: a desconsideração torna o patrimônio do sócio ou da pessoa jurídica responsável pelo débito e possibilita que o bem adquirido por outrem estranho a essa relação – o adquirente em fraude à execução – sofra as consequências da desconsideração.²⁸ Trata-se de uma responsabilização em segundo grau, devendo o magistrado, no caso, atentar para a prescrição do art. 792, § 4º, do CPC,²⁹ para evitar lesão à parte sem o devido contraditório.

Embora a fraude à execução decorra da decisão que desconsidera a personalidade jurídica, deve-se entender que se reputa como fraude à execução toda alienação ultimada pelo responsável, a partir do momento em que foi citado

²⁶ ASSIS, Araken. **Manual de Execução**. 18. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 380.

²⁷ ASSIS, Araken. **Manual de Execução**. 18. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 381.

²⁸ SILVA, Michel Ferro e. “O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil”. In: DIDIER JR. Fredie (Coord.). **Novo CPC – Doutrina selecionada** – Parte Geral. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, v. 1, p. 980.

²⁹ Art. 792, § 4º, do CPC: “Antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente que, se quiser, poderá opor embargos de terceiros, no prazo de 15 dias”.

incidente de desconconsideração da personalidade jurídica ou na demanda originária, quando a desconconsideração for veiculada na petição inicial, ressalvadas as exceções legais, já que é neste momento que a propositura da demanda produz efeito contra o réu.³⁰ Essa é a prescrição do art. 792, § 3º, do CPC, que se transcreve: “Nos casos de desconconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar”.

6. Recurso

Após a decisão que soluciona a desconconsideração da personalidade jurídica, cabe a pergunta: qual o recurso cabível?

A resposta a essa pergunta deverá levar em consideração o modo e o momento como o pedido fora deduzido. Esse cuidado implicará desdobramento na exposição.

6.1 Recurso em pedido de desconconsideração em incidente autônomo na primeira instância

Havendo decisão de desconconsideração em incidente autônomo, na primeira instância o recurso cabível é o de agravo de instrumento, conforme expressa previsão legal do art. 1.015, IV, do CPC.

Esse recurso será cabível mesmo que haja indeferimento do pleito, sem exame do mérito.

6.2 Recurso em pedido de desconconsideração em incidente autônomo na segunda instância

Na segunda instância, ou instância recursal, a decisão sobre desconconsideração caberá ao relator. Contra sua decisão caberá, como restou expresso no art. 136, parágrafo único, do CPC, agravo interno.

6.3 Recurso em decisão proferida em pedido de desconconsideração veiculado na petição inicial

Quando o pedido de desconconsideração é ajuizado na exordial, a decisão será proferida no curso do processo. Neste caso, surge uma dúvida sobre o recurso cabível.

Caso a decisão ocorra na sentença, situação pouco provável, já que a desconconsideração deve ser solucionada antes, caberá apelação. Se a decisão se der no curso do processo, que é a regra geral, surge um problema.

³⁰ ASSIS, Araken. **Manual de Execução**. 18. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 384.

O art. 1.015, IV, do CPC estabelece o cabimento de agravo de instrumento para as decisões que versarem sobre o “incidente de descon sideração da personalidade jurídica”. O problema é saber qual o sentido para o termo “incidente”, empregado para o dispositivo.

Se o termo “incidente” for entendido como procedimento que se processa em autos autônomos, o dispositivo não se aplicaria às descon siderações veiculadas na petição inicial.³¹ Não caberia aqui agravo de instrumento. A saída seria o uso da apelação, após a prolação da sentença.³²

Caso o termo “incidente” seja interpretado como situação que ocorra no curso do processo e solucionada antes da sentença que tenha por objeto descon siderar a personalidade jurídica, então caberá agravo de instrumento.

São duas possibilidades interpretativas. Opta-se pelo segundo modelo, pois o texto legal tem o cuidado de garantir a recorribilidade imediata da decisão que resolve a descon sideração, tanto que estabelece, no art. 136, parágrafo único, do CPC, o cabimento de agravo interno se a referida decisão for proferida pelo relator.

Como é cediço, não há texto, sem contexto. Busca-se aqui verificar o contexto em que o texto legal trata a decisão que versa sobre a descon sideração. Mas a preocupação é relevante, já que, como salientado, a preclusão em matéria de descon sideração da personalidade jurídica gera coisa julgada material, tópic o que será analisado a seguir.

7 Coisa julgada e a decisão que descon sidera a personalidade jurídica

A decisão que descon sidera a personalidade jurídica não dirime mera questão procedimental, mas soluciona tema próprio, com objeto próprio e autônomo. Essa decisão, além de suspender episodicamente a eficácia do ato de constituição da personalidade jurídica, imputa a terceiro a responsabilidade por eventual dívida reconhecida – se ela ocorrer na fase de cumprimento de sentença ou de execução por título executivo extrajudicial – ou a ser reconhecida em demanda principal.

No bojo de uma demanda, o pedido de descon sideração aparece como pretensão conexa à principal, como objeto próprio.³³ Por ter nítida pretensão autônoma, submete-se ao regime da coisa julgada material. Aqui, alguns adendos.

A função da coisa julgada é evitar o *bis in idem*. Para cumprir tal mister o sistema jurídico dirige sua imutabilidade ao efeito declaratório da sentença. Neste sentido, Pontes de Miranda é preciso:

³¹ Essa é a posição defendida por Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3, p. 218.

³² DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3, p. 218.

³³ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 1, p. 527.

A declaratividade é essencial à eficácia de coisa julgada: faz coisa julgada qualquer sentença que tenha força declarativa (5), ou eficácia declarativa imediata (4), ou eficácia declarativa mediata (3). Quando se fala de coisa julgada, alude-se ao que se sabe e se declara o que foi julgado.³⁴

Ao analisar a decisão que desconsidera a personalidade jurídica, percebe-se que há uma nítida eficácia declaratória que reconhece o ilícito e enlaça o terceiro, como responsável por eventual dívida contraída pelo sujeito passivo da obrigação. Essa declaração faz coisa julgada e pode ser objeto de ação rescisória.³⁵

A decisão que julga improcedente a desconsideração não pode ser renovada, mas pode ser rescindida. No entanto, caso surjam novos fatos que indiquem a hipótese de desconsideração, nada impede que se deduza novo pedido, já que ele recairá não sobre o caso já julgado, mas sobre caso novo. Desta feita, por inexistir coisa julgada com relação ao fato novo, esse pode ser deduzido no curso da demanda.

Conclusão

O Código de Processo Civil pátrio disciplinou de forma extremamente útil o procedimento de desconsideração da personalidade jurídica. Consagrou no texto legal o que já havia sido consagrado na jurisprudência e na doutrina pátria sobre a matéria e buscou corrigir alguns defeitos, no intuito de evitar abusos.

Dois pontos merecem destaque. A iniciativa da parte para se dar início ao procedimento de desconsideração da personalidade jurídica, evitando a sua veiculação *ex officio*, privilegiando a necessidade do contraditório efetivo no procedimento que tem por escopo efetivar a desconsideração. Veda-se assim de vez a decisão arbitrária nesta importante questão.

Coube ao presente texto trazer informações sobre o instituto, apontando eventuais problemas e indicando possíveis soluções em tópico importante e sensível para a efetivação da prestação jurisdicional.

Referências

ASSIS, Araken. **Manual de Execução**. 18. ed. São Paulo: RT, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 1.

³⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. V (arts. 444-475), p. 154.

³⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 1, p. 528.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3.

EHRHARDT JR. Marcos. **Direito Civil** – Parte Geral. Salvador: Ed. JusPodivm, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003, v. V, t. I.

MELLO, Marcos Bernardes de. Da ação como objeto litigioso do processo. *In*: COSTA, Eduardo José da Fonseca *et al.* Teoria Quinária da Ação. Salvador: JusPodivm, 2010.

MOUZALAS, Rinaldo *et al.* Processo Civil. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. “Sentenças executivas e eficácia executiva das sentenças”. *In*: COSTA, Eduardo José da Fonseca *et al.* Teoria Quinária da Ação. Salvador: JusPodivm, 2010.

PINHO, Humberto dalla Bernardina de; FONSECA, Marina Silva. “O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil”. *In*: DIDIER JR. Fredie (Coord.). **Novo CPC** – Doutrina selecionada – Parte Geral. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, v. 1.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado das ações**. São Paulo: RT, 1972, T. I.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. V (arts. 444-475).

SILVA, Michel Ferro e. “O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil”. *In* DIDIER JR. Fredie (Coord.). **Novo CPC** – Doutrina selecionada – Parte Geral. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, v. 1.

Recebido em 23/09/2016

Aceito em 30/11/2016

A (NÃO) REDUÇÃO DA IDADE DA MAIORIDADE PENAL: UMA QUESTÃO DE RESPONSABILIDADE SOCIAL

THE (NO) REDUCTION OF THE AGE OF CRIMINAL LIABILITY: A SOCIAL RESPONSIBILITY ISSUE

Angelita Maria Maders¹
Rosângela Angelin²

Sumário: Considerações iniciais. 1 Cultura da violência: do caos ao cárcere. 2 Redução da idade da maioridade penal no Brasil: efetividade dos direitos fundamentais ou *limpeza social*? Considerações finais. Referências.

Resumo: Partindo da premissa de que assola o país uma denominada “cultura da violência”, neste artigo, pretende-se, pontuar os argumentos contrários e favoráveis à redução da idade da maioridade penal apontados na mídia, o que se faz sob uma perspectiva de construção de um debate voltado para a efetividade dos direitos humanos. O estudo aponta para o fato de que reduzir a idade da maioridade penal vem a ser uma forma de *limpeza social* e que o problema não vem sendo enfrentado pela sociedade e pelo Estado com a responsabilidade que a problemática requer. Apesar da complexidade ao entorno do tema, conclui-se que é salutar discutir as intervenções estatais e sociais que propagam o combate à violência e à criminalidade, no intuito de criar uma cultura de paz, em detrimento do aumento da rigidez penal.

Palavras-chave: Redução da idade da maioridade penal. Violência. Responsabilidade social. Direitos fundamentais.

¹ Defensora Pública do Estado na Comarca de Santo Ângelo/RS. Professora da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus de Santo Ângelo e da Universidade do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Mestre em Gestão, Desenvolvimento e Cidadania pela Unijuí. Doutora em Direito pela Universidade de Osnabrück, (Alemanha). Pós-doutora pela Universidade de Santiago do Chile. Membro do Núcleo de Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa “Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas”, registrado no CNPq. E-mail: angmaders@hotmail.com

² Pós-Doutora pela Faculdades EST, São Leopoldo-RS. Doutora em Direito pela Universidade de Osnabrück (Alemanha). Docente do Programa de Pós-Graduação stricto sensu – Mestrado em Direito da URI Campus Santo Ângelo-RS e da Graduação de Direito desta Instituição. Coordenadora do Projeto de Direitos Humanos e Cidadania em Estados Multiculturais do PPGDireito e do Projeto de Extensão “O lugar das mulheres na Sociedade”, vinculados ao Mestrado acima referido. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas”, registrado no CNPq. Integrante do Núcleo de Pesquisa de Gênero da Faculdades EST. Integrante do Projeto Teología y Sexualidad, Salud Reproductiva y Derechos (Teología y SSRD), desenvolvido junto à Faculdades EST e a Pontificia Universidad Javeriana (Colômbia). Integra a Marcha Mundial de Mulheres. E-mail: rosangelaangelin@yahoo.com.br.

Abstract: Based on the premise that a so-called "culture of violence" plagues the Brazilian country, this article intends to point the arguments against and in favor of lowering the age of criminal liability indicated in the media, which is made from the perspective of building a debate directed to the effectiveness of human rights. The study points to the fact that reducing the age of criminal liability is a form of social cleansing and the problem has not been addressed by society and the State with the due responsibility that the issue requires. Despite the complexity around the theme, it is concluded that it is healthy to discuss the State and social interventions that propagate combating violence and criminality in order to create a culture of peace to the detriment of increased criminal stiffness.

Keywords: Reduction of the age of criminal liability. Violence. Social responsibility. Fundamental rights.

Considerações iniciais

SOBRE A VIOLÊNCIA

*A corrente impetuosa é
chamada de violenta
Mas o leito de rio que a
contém
Ninguém chama de violento.
A tempestade que faz dobrar
as bétulas
É tida como violenta
E a tempestade que faz dobrar
Os dorsos dos operários na
rua?
Bertold Brecht*

O Brasil enfrenta uma crise social propagadora da intolerância, a qual vem sendo alargada pela publicidade da violência reproduzida diariamente na mídia, usando como uma espécie de *bode expiatório* os adolescentes, que, como demonstram as pesquisas, seriam responsáveis por menos de 1% dos delitos cometidos no país³ e de cuja incidência de agressões e ou maus tratos dos quais são vítimas diariamente são propositadamente esquecidos. A população vítima de tamanho assédio midiático acaba fragilizada e reproduzindo uma cultura da violência, fazendo aflorar seus mais comezinhos instintos como em um ímpeto de

³ “A Senasp estima que os menores de 16 a 18 anos – faixa etária que mais seria afetada por uma eventual redução da maioridade penal – são responsáveis por 0,9% do total dos crimes praticados no Brasil. Se considerados apenas homicídios e tentativas de homicídio, o percentual cai para 0,5%” (COSTA, Sylvio. **Segundo Ministério da Justiça, menores cometem menos de 1% dos crimes no País**. 2014. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/segundo-ministerio-da-justica-menores-cometem-menos-de-1-dos-crimes-no-pais/>>. Acesso em: 02 jul. 2015).

vingança, esquecendo-se de sua responsabilidade quanto ao combate e à prevenção da violência.

Nesse afã, a sociedade tem-se olvidado de buscar compreender as raízes da violência, que se encontram no passado, nos erros cometidos pelos próprios integrantes desta sociedade, isto é, por pais, por juristas, por legisladores, por professores, etc. Não deixa, quem sabe, de ser por isso também, que essa mesma sociedade e seus integrantes têm-se esquecido de cuidar do outro, do seu próximo, de ver nele algo ou alguém além de um inimigo, ou seja, de perceber nele um ser humano como eles próprios.

Pesquisas realizadas no país, dentre elas uma conduzida no ano de 2013 pelo Instituto Paraná Pesquisas, demonstram que 90,4% dos entrevistados seriam a favor da responsabilização criminal dos adolescentes e 64% dos entrevistados entendem que a redução da idade da maioridade penal poderá contribuir para a redução da violência.⁴ Concomitantemente, tramitam no Congresso Nacional diferentes Projetos de Lei e/ou Propostas de Emendas Constitucionais (PECs) para alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente e tornar as medidas nele previstas mais rígidas ou para reduzir a idade da maioridade penal. Em 1º de julho de 2015, foi levada à votação na Câmara dos Deputados a PEC 171 de 1993, de autoria do Deputado Benedito Domingos, do PP/DF, a qual, embora tenha sido aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, não logrou aprovação. Em razão disso foi inserido em pauta o texto principal, com a mesma temática, porém mais branda, por dele terem sido retirados alguns delitos para os quais não seria utilizada a referida regra, já que o anterior seria uma proposta aglutinativa, o qual, então, restou aprovado nos dois turnos da votação.

Apesar do clamor público, ao qual os deputados federais se apegaram para a votação ocorrida, mas cuja proposta ainda precisa ser votada no Senado Federal, não se pode deixar de tecer algumas considerações acerca da problemática que envolve o tema, seja com relação aos argumentos contrários e favoráveis à redução da idade da maioridade penal, seja com relação à responsabilidade social com relação ao problema.

Não obstante, a PEC 32/2012, que tramita em conjunto com outras três propostas de emendas constitucionais que versam sobre a redução da idade da maioridade penal, voltou à pauta da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, desta vez do Senado Federal, no último dia 1º de junho de 2016, oportunidade em que foram aprovados dois requerimentos de audiência pública, retirando-as, portanto, da pauta de votação. O deferimento dos pedidos foram fundamentados na necessidade de ampliar o debate frente à complexidade do tema, bem como para melhor oportunizar o contraditório. Para tanto, pretendem os senadores que sejam ouvidos o Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes (CONANDA), a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), a Associação Nacional dos Defensores Públicos

⁴ VIDA E CIDADANIA. 90% apoiam redução da idade penal. **Gazeta do Povo**. 14 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/90-apoiam-reducao-da-idade-penal-c8e24o0vlosiyway5n00aryvi>>. Acesso em: 14 jul. 2015.

(ANADEP) e a Fundação ABRINQ,⁵ o que demonstra a atualidade e relevância da temática.

Passa-se, então, neste texto, em um primeiro momento, a tecer algumas considerações acerca da cultura da violência e da propagada solução à redução da criminalidade com o aprisionamento das pessoas. Depois, são pontuados os argumentos favoráveis à redução da idade da maioridade penal no Brasil, que seguem rebatidos com os desfavoráveis, numa perspectiva de construção de um debate mais voltado para a efetividade responsável dos direitos humanos, em um Estado democrático e republicano, o que se acredita possa ocorrer por meio de uma maior conscientização das pessoas quanto a sua responsabilidade nessa tangente, bem como de haver maior respeito e reconhecimento pelo outro, dando-lhe condições de cidadania.⁶

1 Cultura da violência: do caos ao cárcere

O Estado Constitucional que teria surgido ao final do século XVII (Estado Constitucional Liberal) e se desenvolvido incorporando novos pressupostos nas primeiras décadas do século XX, bem como alcançado o Estado de Bem-Estar Social, contudo, não se concretizou no Brasil nos mesmos moldes do que ocorreu na Europa. Embora tal circunstância, algumas conquistas sociais podem ser relatadas, a exemplo do acesso à educação, à moradia, da universalização do direito à saúde, da luta contra as desigualdades e o desenvolvimento de algumas políticas sociais que, para tanto, ainda são insuficientes, mas que existem. A atuação do Estado e de seus agentes nessas conquistas não pode ser descartada, até mesmo no sentido de regulá-las. Por isso, não se pode primar por uma intervenção mínima do Estado no setor social, ao contrário da esfera criminal, onde se tem percebido a falência do seu agir.

O ato de criminalizar ou de aumentar uma pena cominada pode até transpassar uma sensação positiva a alguns integrantes da sociedade, mas produz resultados eficazes para a relação do legislador com seu eleitor, a exemplo do “apito que somente o cachorro pode ouvir”, que se pode aqui usar metaforicamente. Nesse sentido, José Vicente Tavares dos Santos, sociólogo gaúcho, pondera sobre a sensação de insegurança que toma conta da sociedade e que, muitas vezes, é propagada pelos meios de comunicação social, produzindo uma dramatização acentuada da violência, em especial, diante de casos específicos e isolados. Segundo ele,

Na vida cotidiana, realiza-se uma inter-relação entre mal-estar, violência simbólica e sentimento de insegurança. Por um lado, estamos vivendo em um horizonte de representações sociais da violência para cuja disseminação em muito contribuem os meios de

⁵ FRANCO, Simone. **CCJ aprova novo debate sobre redução da maioridade penal**. Agência Senado. 2016. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/06/01/ccj-aprova-novo-debate-sobre-reducao-da-maioridade-penal>>. Acesso em: 07 jun. 2016.

⁶ Cidadania também significa inclusão do outro e está estreitamente vinculada à justiça social.

comunicação de massa, produzindo a dramatização da violência e difundindo sua espetacularização, enquanto um efeito da violência exercida pelo campo jornalístico.⁷

No meio social, deve-se estar atento ao que é propagado, como e por quem isto é divulgado, pois “uma mentira repetida pode transformar-se em verdade”, a exemplo da máxima atribuída a Joseph Goebbels. Tem-se, no caso da criminalidade, ser falsa a ideia de que com o aumento das penalizações o problema estará resolvido. A violência se apresenta como um elemento estrutural à sociedade e não como o resto de uma ordem bárbara em vias de extinção. Ela não está à margem da cultura, mas, ao contrário, está inserida nela, pois a integra como um de seus elementos⁸ e como tal deve ser tratada.

É sabido que as modificações por que passou a sociedade nas últimas décadas em razão de um processo globalizante e capitalista têm ensejado a redução da atuação estatal no setor social e o surgimento de classes excluídas, também chamadas subclasses, que ensejam, ao revés do pregado na chamada pós-modernidade, a necessidade de uma atuação mais efetiva do Estado na esfera penal, por ainda persistir um entendimento de que aqueles que praticam condutas antissociais devem ser excluídos do convívio e colocados nas prisões. A atuação do Poder Público na repressão ao crime tem ensejado diferentes estudos por parte de vários autores. Um deles, que será citado neste texto, é Loïc Wacquant,⁹ o qual estuda questões envolvendo a segregação racial, a pobreza, a violência urbana, a desproteção social, bem como a criminalização na França e nos Estados Unidos da América no contexto do neoliberalismo. Em sua obra *As prisões da Miséria*, o autor examina a política estatal no combate à violência e à criminalidade e a caracteriza como o que denomina “Estado Penal”.¹⁰

Em decorrência da globalização econômica e da má distribuição da renda, aliada a aspectos culturais, tem-se, inevitavelmente, um aumento da violência social. Com o aumento da violência, por sua vez, ocorre um aumento das vítimas, da intolerância e do número de pessoas favoráveis a punições criminais mais severas, inclusive defendendo a prisão perpétua e a pena de morte, que há tempos foram abolidas do Direito brasileiro e são proibidas no Estado constitucional e democrático que se pretende viver. Essas pessoas se esquecem que a origem da violência e da criminalidade é social e que o remédio para combatê-la não deve ser meramente penal, mas, fundamentalmente, econômico-social, assim como olvidam de sua responsabilidade para com sua prevenção e redução. Em virtude disso torna-se evidente que não se pode eliminar a atuação do Estado nesse setor. É necessário, no entanto, dar-lhe um novo enfoque para enfrentar a problemática da crescente

⁷ SANTOS, José Vicente Tavares dos. Microfísica da Violência, uma questão social mundial. **Ciência e Cultura**. vol. 54. Nº 1. São Paulo June/Sept. 2002. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252002000100017&script=sci_arttext>. Acesso em: 27 jul. 2015.

⁸ GAUER, Ruth M. Chittó. Alguns aspectos da fenomenologia da violência. In: GAUER, Gabriel J. Chittó; GAUER, Ruth M. Chittó (Orgs.). **A fenomenologia da violência**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 13.

⁹ Sociólogo francês radicado nos Estados Unidos da América que é autor de obras do tema em voga, como *Do Estado Providência ao Estado Penal* (1998), *As prisões da miséria* (2001), *As duas faces do gueto* (2008), *Punir os pobres: o governo neoliberal de Insegurança Social* (2009).

¹⁰ WACQUANT, L. **As Prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

criminalidade, combinando ações repressivas e preventivas imediatas, incentivando as políticas sociais em longo prazo e de proteção às vítimas, que têm sido esquecidas no sistema penal vigente.

Ao estudar a violência, percebe-se que este fenômeno é anterior ao crime ou à criminalização desta nos códigos penais. A definição da violência é, segundo Wacquant,¹¹ parte essencial da estratégia a ser formulada para resolvê-la. O crime é tido por Durkheim¹² como um fenômeno social resultante do convívio das sociedades. Sabe-se, também, que a violência gera violência, pois se torna uma cultura de relações sociais. Assim sendo, a violência perpetrada pelo próprio Estado com um sistema penal que beira ao caos, como é o caso brasileiro, somente pode fortalecer a onda de violência reinante no país. Se existe alguma solução mágica para cessar a violência, ainda não se sabe. O que se sabe é que a violência deve ser tratada em sua complexidade, como refere Morin,¹³ já que não se pode acabar totalmente com ela, apenas minimizá-la. Acredita-se que um caminho a ser percorrido para atenuar sua incidência é por meio da educação. Educação esta não somente em níveis formais, em âmbito escolar, mas em valores, em princípios, em respeito à outridade, a padrões mínimos de convivência social e aos direitos humanos, que deve ser iniciada nos lares.

A *outridade*, também conhecida como *alteridade* envolve a compreensão de que os seres humanos são seres sociais e, portanto, devem conviver. Para que esse convívio seja minimamente respeitoso é fundamental que as pessoas se coloquem no lugar do *outro* para entender o *outro* com o *outro* e não como se fosse o *outro*.¹⁴ Isso ensaja que se possa englobar no exercício de alteridade, a análise de outros tantos fatores que não somente os visíveis, corroborando para um melhor convívio social baseado na responsabilidade e na solidariedade para com o bem-estar do próximo.

Se considerados tais aspectos, a exemplo que já se fez em outro texto, talvez o presente artigo devesse ter sido iniciado com perguntas constantemente repetidas, tais como: será que a prisão recupera o ser humano? Será que ela transforma um(a) criminoso(a) em não criminoso(a)? Agressores em pessoas afetuosas e respeitadoras das regras de conduta social? E para respondê-las seria necessário recordar, o que se tenta fazer agora, que, de acordo com as teorias da pena adotadas no sistema jurídico brasileiro, ela teria duas funções: uma retributiva e a outra preventiva. Tangencialmente à punição no Direito pátrio, a pena abstratamente cominada dirige-se a toda a coletividade, o que objetiva induzir um temor quanto à sua aplicação, o qual supostamente inibiria a pessoa a cometer crimes. Isso seria uma forma de prevenção. A pena aplicada, por sua vez, além do caráter retributivo, também teria o preventivo, para que o(a) condenado(a) não volte a delinquir ou a cometer outros crimes e para que retorne ao convívio social recuperado.

¹¹ WACQUANT, *As Prisões da Miséria*, 2001.

¹² DURKHEIM, Ernfilio. *Lições de sociologia: a moral, o direito e o Estado*. T.A. Queiroz / Universidade de São Paulo, São Paulo, 1983.

¹³ MORIN, Edgar. *Entrevista concedida a Lincoln Macário da TV Brasil em 24-06-2009*. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-arquivadas/23368-%60%60a-violencia-deve-ser-tratada-em-sua-complexidade%60%60-entrevista-com-edgar-morin>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

¹⁴ SIDEKUM, Antônio. *Alteridade e Interculturalidade*. In: SIDEKUM, Antônio (Org.). *Alteridade e Multiculturalismo*. Ijuí: Editora Unijuí, 2003.

Adotou-se a privação da liberdade como pena no Brasil, porque a liberdade é um bem de grande valia para os brasileiros. Além disso, a pena de morte e a prisão perpétua são proibidas constitucionalmente, embora sejam constantemente ovacionadas por um grande número de pessoas. Ocorre que, da forma como executada e aplicada a pena no País, não há como conciliar prisão com ressocialização, pois, como já demonstrado pelos estudos realizados e publicados, a cadeia brasileira não é uma escola onde também se educa, embora seja vista por alguns como a *universidade do crime*, assim como não é um hospital para recuperar alguém que esteja padecendo de alguma doença. Ela é apenas um local onde se cumpre um castigo (esse o verdadeiro significado da pena para alguns autores), muitas vezes em condições subumanas, em face do que a proposta de ressocialização da pena, nada mais seria do que uma propaganda enganosa; tratar-se-ia de uma mera vingança do Estado, cujos efeitos são questionáveis, pois não há como ensinar alguém a viver em liberdade retirando-lhe justamente esta, assim como é extremamente difícil reeducar aqueles que não sabem para que serve a liberdade, quando não a possuem.

Partindo do pressuposto, já anunciado neste artigo, de que violência gera violência como em um ciclo vicioso, entende-se que submeter uma pessoa ao cárcere pode fortalecer seu lado criminoso e violento. Então, a prisão é, no mínimo, contraditória, o que acaba ensejando a conclusão de que a pena tem apenas uma finalidade: a retributiva, ou seja, o castigo, já que a outra não se alcançou concretizar.

A relação do que ora se trata acerca da pena com a redução ou não da idade da maioridade penal ocorre, porque se entende que a lei não conseguirá acabar com a criminalidade somente castigando mais severamente os agressores, tanto que até hoje se questiona se a prisão conseguiu diminuir a violência ao longo do período em que vem sendo utilizada. Alguns autores chegam a defender seu abolicionismo, a exemplo de Maria Lúcia Karam, para quem a repressão penal vai contra os direitos fundamentais:

[...] em nada pode contribuir para o reconhecimento e garantia de direitos fundamentais, tampouco podendo trazer qualquer contribuição para a superação de preconceitos ou discriminações, até porque preconceitos e discriminações estão na base da própria ideia de punição exemplificativa, que informa e sustenta o sistema penal.¹⁵

Ademais, a violência tem sido causa e consequência de diferentes formas de desigualdade e, portanto, atentatória aos direitos humanos. Não se quer com isso dizer que as modalidades de pena privativa de liberdade não devam existir, assim como não se quer dizer que se deve ignorar a violência. Ao contrário, este é um fator de risco que deve ser analisado em conjunto com diferentes variáveis de vulnerabilidade, dentre elas a personalidade do agressor, a estrutura familiar e os

¹⁵ KARAM, Maria Lúcia. A violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. **Boletim IBCCRIM**, ano 14, n. 168, nov./2006, p. 07.

índices globais de violência. Não se pode deixar de observar, também, a exemplo do que já foi feito por diferentes autoridades no assunto, que o discurso penal ao longo dos anos e, mais ainda nos regimes capitalistas, sob um discurso de proteção, acabam punindo somente os pobres e dando pouca proteção às vítimas.

Nesse contexto pode-se, inclusive, adentrar no conceito e evolução do Estado Penal que se herdou para a atualidade, o qual teria sido cunhado por Loïc Wacquant. De acordo com o referido autor, desde os anos de 1980 o mundo vê-se diante de uma exacerbação do Estado penal em detrimento de um Estado social, o que ocorreu na segurança pública dos Estados Unidos, pois, a partir dos anos de 1990, teria havido a retração da rede de segurança social, havendo vários cortes orçamentários nas políticas sociais vigentes, envolvendo, em especial áreas como assistência, saúde, educação e habitação, assim como houve e o deslocamento de recursos para a segurança pública, com apoio ao aparato policial e do Judiciário. Isso revela o caráter repressivo e punitivo assumido pela política governamental dos Estados Unidos da América.¹⁶ As transformações no âmbito do Estado expressam a “remoção do Estado econômico, o desmantelamento do Estado social e o fortalecimento do Estado penal”.¹⁷ De acordo com o citado autor, o combate à violência em geral por meio de estratégias coercitivas, inclusive contra pequenos delitos, tem como ideia-chave a “tolerância zero”.¹⁸

Essas considerações foram propositadamente trazidas para o presente texto para afirmar que, no Brasil, a situação não é diferente; entretanto, não há tanto investimento em segurança pública como nos Estados Unidos, o que, aliás, é objeto de críticas e também de clamor social. Acredita-se, em razão disso, que talvez nunca, como na atualidade, a população brasileira tenha sido tão favorável ao endurecimento ainda maior do sistema punitivo, bem como se tem mostrado quase unânime em exigir a modificação da legislação para permitir a redução da maioria penal e a viabilidade da pena de morte. Olvida-se, porém, que este Estado mínimo que muitos defendem, ao atender as demandas do capital por meio do fundo público, acaba-se reduzindo os gastos sociais, transferindo os investimentos que serão destinados a garantir a segurança das classes dominantes em relação às chamadas classes perigosas,¹⁹ já que, no Brasil, a pobreza vem sendo tratada, ao longo dos anos, como sinônimo de vadiagem, de amoralidade e vinculada à delinquência e à criminalidade.²⁰ Além disso, o Estado penal, além de criminalizar e estigmatizar os jovens pobres e, principalmente, os negros, dissemina o medo do outro, o que aumenta a intolerância e dilui a solidariedade. No Brasil, essa lógica de

¹⁶ WACQUANT *apud* BRISOLA, Elisa. Estado penal, criminalização da pobreza e serviço social. **SER Social**. Brasília v. 14, n. 30, p. 127-154, jan/jun. 2012, p. 130.

¹⁷ WACQUANT, L. **As duas faces do gueto**. Trad. Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 96.

¹⁸ WACQUANT. **As Prisões da Miséria**, 2001.

¹⁹ CASTRO, C. C. **Criminalização da pobreza**: mídia e propagação de uma ideologia higienista de proteção social aos pobres. 150f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação), Universidade de Brasília-UnB, Brasília, 2010.

²⁰ COIMBRA *apud* BARROS, N. V. *et al.* Juventude e Criminalização da Pobreza. *Educere et Educare. Revista em Educação*, v. 3, n. 5, p. 141-148, jan.-jun./2008, p. 143.

culpar os jovens negros e pobres está ainda acobertada pelo discurso de uma suposta preguiça, de falta de vontade e de incapacidade para o trabalho.²¹

Certo é que a violência não escolhe classe social, nem idade, estando presente nas relações sociais como um todo, porém, mais visível, ou menos velada, em espaços onde a pobreza econômica está presente. Diante destes fatos, tem-se a impossibilidade de abdicar de um instrumento como o Direito Penal. Ele, porém, deveria ser usado o mínimo possível e não como vem ocorrendo, já que está sendo usado como a regra, com uma ânsia punitiva tendente a simplificar o complexo fenômeno da violência e da criminalidade, cujas raízes se encontram na desordem social e econômica.

É preciso, pois, construir alternativas à prisão que não revitimiza a vítima, a exemplo do que se pretende com algumas reformas do Código de Processo Penal, pois o aumento da sanção cominada aos crimes pouco ou nada mudará no cenário de injustiça em que vivem os cidadãos, assim como o sistema penal não poderá cumprir com sua função de garantir segurança jurídica. Vê-se, pois, que o sistema penal não é o local ideal para a discussão acerca da violência e da criminalidade, pois estes são problemas fundamentais, que se encontram alicerçados na raiz da sociedade²² e como tal devem ser tratados.

Consequentemente, medidas não penais mostrar-se-iam mais eficazes e sensatas para fazer cessar a violência e fazer com que as vítimas e os agressores possam superar o conflito. Elas poderiam iniciar por meio de atividades preventivas e de assistência aos jovens vulneráveis, a serem desenvolvidas na sociedade, nos lares, nas escolas, nos grupos e associações de pessoas e seguir para as delegacias de polícia, onde as partes já poderiam ser encaminhadas diretamente para grupos de apoio psicológico, de mediação, por equipes multidisciplinares, a fim de que possam construir soluções positivas para seus conflitos. Ademais, as políticas públicas já colocadas em prática devem ser constantemente reavaliadas para sua readequação à realidade, bem como para a verificação do desenvolvimento de novos projetos sempre mais eficientes.

Edgar Morin atenta à complexidade da problemática, ensejando a necessidade de que a sociedade pare de separar as coisas, em um intuito reducionista, e inicie um processo de religação de fatores e características que envolvem os seres humanos, para então, melhor compreendê-lo e, diante disso, agir com mais efetividade frente aos problemas sociais:

Na complexidade, não podemos reduzir uma pessoa a seu ato mais negativo. O filósofo Hegel disse: se uma pessoa é um criminoso, reduzir todas as demais características de sua personalidade ao crime é fácil. Entender, não reduzir a uma característica má uma pessoa que tem outras características, isso é a complexidade. Uma pessoa humana tem várias características, é boa, má e muito mais. Devemos entender

²¹ BRISOLA, Elisa. Estado penal, criminalização da pobreza e serviço social. **SER Social**. Brasília v. 14, n. 30, p. 127-154, jan/jun. 2012, p. 143.

²² De acordo com Santos, problemas fundamentais “[...] são aqueles que estão na raiz das instituições e causam incoerências que repercutem em diversos setores da vida social”. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1995, p. 283.

que a palavra latina *complexus* significa tecido. Em geral, o nosso modo de conhecer que vem da escola nos ensina a separar as coisas, e não religá-las. A complexidade significa religar. [...] A complexidade busca favorecer uma compreensão maior que a compreensão que vem de se isolar a coisas, colocar o contexto, todos os contextos em uma situação.²³

Frente aos aspectos apontados acerca da origem da maioria dos atos de violência e da criminalidade, apregoa-se o que a lei já anuncia: que a punição através da privação da liberdade não é suficiente para reduzir a violência, necessitando-se de um processo ressocializante que seja capaz de modificar a cultura da violência para uma cultura de melhores relações sociais. Evidente que esta é uma tarefa complexa que exige muito mais do que boa vontade. A responsabilidade pela construção de relações sociais mais equilibradas e harmônicas perpassa tanto por ações estatais, quanto pela responsabilidade em criar mecanismos capazes de contribuir para tal intento. Isso tudo adentra caminhos que vão além da penalidade: também exige mudanças estruturais do Estado, bem como uma postura mais prestacional deste; alteridade e comprometimento da sociedade diante da complexidade das relações sociais e culturais. Mas o que se tem observado nos últimos anos é um avanço desenfreado de posturas simplistas que anunciam, no caso da redução da idade da maioridade penal, uma solução imediata para o problema: uma *limpeza social*.

2 Redução da idade da maioridade penal no Brasil: efetividade dos direitos fundamentais ou *limpeza social*?

A propagada urgência na redução da idade da maioridade penal é uma medida drástica e paliativa por meio da qual o Legislativo tem tentado demonstrar à população brasileira que está disposto a resolver a criminalidade infanto-juvenil, eleita como o grande problema da insegurança pública, através de uma medida drástica com a conotação de *limpeza social*.²⁴ Isto significa dizer, retirar das ruas supostos infratores e atores de condutas consideradas antissociais. Metaforicamente, esse agir pode ser considerado como uma parte de uma obra de engenharia na construção de um “castelo de cartas”, que, por sua instabilidade, qualquer vento derruba.

Como já se pode perceber das notícias e opiniões publicadas pelos meios de comunicação social, mesmo havendo diversos argumentos favoráveis a tal medida, existem diferentes motivos contrários à redução da idade da maioridade penal no Brasil, os quais precisam ser mais divulgados para que sobre eles se possa refletir e melhor compreender a responsabilidade social por trás do aumento desenfreado da criminalidade e da violência no país.

²³ MORIN. *Entrevista concedida a Lincoln Macário da TV Brasil em 24-06-2009*, 2009.

²⁴ A expressão *limpeza social* é aqui utilizada metaforicamente, sem adentrar nas diferentes teorias sociais desenvolvidas, mas, de um modo geral, representa o que Loïc Wacquant analisa na obra “As prisões da miséria” ao se referir à exclusão dos “indesejáveis” na Europa e nos Estados Unidos (WACQUANT. *As Prisões da Miséria*, 2001) e que pode ilustrar o que acontece no Brasil com relação ao tema proposto ao debate por meio deste artigo.

Dentre os argumentos contrários está a questão da duvidosa constitucionalidade da referida alteração do artigo 228 da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), aliada à inconstitucionalidade do proceder legislativo para obter sua aprovação, o que, aliás, é objeto de mandado de segurança interposto por uma centena de parlamentares junto ao Supremo Tribunal Federal, que pende de julgamento. Não bastasse isso, argumenta-se que a inimizabilidade penal para menores de 18 anos seria cláusula pétrea insuscetível de alteração por emenda constitucional, por se tratar de direito fundamental de acordo com o alargamento material deste disposto na norma do artigo 5º, § 2º, da CF/1988. A chamada cláusula de abertura material alarga o rol dos direitos fundamentais previstos no Título II da Constituição pátria àqueles que decorrem do próprio regime e dos princípios constitucionais expressos ou implícitos, bem como de tratados internacionais dos quais o Brasil seria signatário. Sob essa égide, o citado artigo 228 seria, além de um direito fundamental, uma garantia individual frente ao Estado para não ser punido penalmente, com caráter de fundamentalidade por estar diretamente ligada ao exercício do direito de liberdade até os 18 anos. Logo, não podendo ser objeto de deliberação eventual emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais, sendo, portanto, considerada cláusula pétrea, seria insuscetível de modificação por Emenda Constitucional, conforme norma disposta no artigo 60, § 4º, da CF/1988. Dentre os juristas que entendem ser inconstitucional a matéria objeto da PEC 171/1993 estão Dalmo de Abreu Dallari²⁵ e Luiz Flávio Gomes,²⁶ que, inclusive, manifestaram tal posicionamento nos meios de comunicação.

Dificuldades de se atestar a constitucionalidade de tal matéria são encontradas também frente à normativa internacional, pois, caso a referida proposta venha a ser aprovada, haverá violação do disposto na norma do artigo 41 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (CDC) (Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 – Resolução 44/25), documento internacional do qual o Brasil também é signatário. De acordo com o referido diploma, os países signatários não poderão tornar mais gravosa a lei interna em face do contexto normativo da própria Convenção. Além disso, haveria violação também das Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça, da Infância e da Juventude (Regras de Beijing – Resolução 40/33 da Assembleia Geral, de 29 de novembro de 1985), das Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil e Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (Diretrizes de Riad – 1990) e do Pacto de San Jose da Costa Rica.

Também pode ser observado do noticiado na imprensa que instituições importantes no contexto social já teriam se manifestado contrárias à redução da maioria penal, a exemplo do UNICEF, da Ordem dos Advogados do Brasil, do

²⁵ Seu posicionamento pode ser acompanhado, mesmo que parcialmente, em palestra proferida na VI Conferência Internacional de Direitos Humanos da OAB, realizada entre os dias 27 e 29 de abril, em Belém (PA). (DALLARI, Damo de Abreu. Redução da maioria penal é inconstitucional. **Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**. 2015. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/28349/reducao-da-maioridade-penal-e-inconstitucional-afirma-dalmo-dallari>>. Acesso em: 29 jul. 2015).

²⁶ GOMES, Luiz Flávio. Redução da Maioridade Penal. **Jus Brasil**. 2015. Disponível em: <<http://professorflg.jusbrasil.com.br/artigos/178865734/reducao-da-maioridade-penal>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

Ministério Público, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), da Fundação ABRINQ (Save the Children) e do Conselho Nacional de Juventude (CONJUVE), com apoio do Fórum Nacional dos Direitos das Crianças e Adolescentes (FÓRUM DCA). Essas instituições acreditam que a medida que se pretende adotar representa um enorme retrocesso no atual estágio de defesa, promoção e garantia dos direitos da criança e do adolescente no Brasil e, por sua vez, dos direitos humanos.

Ainda, de acordo com os entendimentos constantemente expostos na mídia, não se pode utilizar de argumentos simplistas e imputar aos adolescentes a responsabilidade pelo aumento da violência e da criminalidade no país, uma vez que os adolescentes em conflito com a lei são, em sua maioria, vítimas de violações de seus direitos humanos pela ação ou omissão do Estado, da sociedade e da família. Além disso, dados estatísticos demonstram que esses adolescentes seriam responsáveis por menos de 20% das infrações oficialmente registradas. Destaca-se que a maioria deste percentual refere-se a delitos contra o patrimônio. De acordo com o Cadastro Nacional de Adolescentes em Conflito com a Lei,²⁷ do Conselho Nacional de Justiça, até junho de 2011, em torno de 30 mil adolescentes cumprem medidas socioeducativas no país. Não se pode negar que este é um número considerável, porém, é preciso ter presente que este se refere a apenas 0,5% da população jovem do Brasil, a qual envolve cerca de 21 milhões de meninos e meninas em idade entre 12 e 18 anos.²⁸

Por outro lado, os crimes praticados contra crianças e adolescentes não são mostrados e não chamam a atenção da população, mas dados estatísticos retratam que os homicídios envolvendo crianças e adolescentes brasileiros tiveram um crescimento bastante elevando nas últimas décadas: 346% entre 1980 e 2010. Entre os anos de 1981 a 2010 constatou-se a morte de mais 176 mil crianças e adolescentes, sendo que, somente em 2010 houve o assassinato de 8.686 crianças e adolescentes, que corresponde a 24 homicídios por dia. Dados da Organização Mundial de Saúde (OMS) apontam que o Brasil ocupa a 4ª posição de homicídios de crianças e adolescentes entre 92 países analisados, uma vez que apresenta um número de 13 homicídios para cada 100 mil desses. Esses dados correspondem a 50 a 150 vezes mais homicídios deste tipo cometidos em países como Inglaterra, Portugal, Espanha, Irlanda, Itália, Egito, nos quais as taxas atingem 0,2 homicídios para a mesma quantidade de crianças e adolescentes.²⁹ A conclusão a que se chega é que a redução da idade penal somente poderia servir para atingir adolescentes pobres das periferias que não estudam e não trabalham, vítimas de um sistema de exclusão

²⁷ CNAJCL – Cadastro Nacional de Adolescentes em Conflito com a Lei. **Conselho Nacional de Justiça**. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistemas/infancia-e-juventude/20531-cadastro-nacional-de-adolescentes-em-conflito-com-a-lei-cnacl>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

²⁸ “De acordo com o último levantamento do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo realizado em 2013, o Brasil possui cerca de 26 milhões de adolescentes. Mas apenas 23,06 mil cumprem algum tipo de medida socioeducativa por terem cometido ato infracional. Isso representa 0,08% do total”. BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. **REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL** (Proposta de Emenda à Constituição) Notícias e Reportagens. Governo Federal. 2015. Disponível em: <<http://cress-sc.org.br/wp-content/uploads/2015/07/N%C3%A3o-a-Redu%C3%A7%C3%A3o-Sim-%C3%A0-Educa%C3%A7%C3%A3o-%C3%BAltima-vers%C3%A3o-com-capa.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2015).

²⁹ BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos, 2015.

social, que sofrem com a ausência de políticas sociais básicas, em um processo de varredura e ou limpeza social.

Não se pode esquecer, também, que a inimputabilidade dos menores de 18 anos adotada no Brasil encontra sua base em um critério biológico e isso não significa irresponsabilidade. Ao contrário, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) prevê responsabilização pelos atos infracionais cometidos por adolescentes a partir dos 12 anos de idade. No entanto, a punição é diversa da punição criminal. Tão diversa que recebe outro nome e também é mais rígida e mais eficaz. Vale destacar, nesse sentido, que os dados apresentados pela Fundação Casa, do Estado de São Paulo, que constatou que a reincidência ao crime de adolescentes em sistema socioeducativo foi de 12,8%, enquanto a reincidência de adultos detidos no sistema convencional foi de 60%,³⁰ o que revela a maior efetividade do sistema socioeducativo em detrimento do sistema prisional.

Do até aqui exposto já se percebe que o argumento de que os adolescentes em conflito com a lei restam impunes diante da legislação especial vigente não se sustenta. O processo especial de responsabilização previsto no ECA não implica irresponsabilidade e impunidade, pois os adolescentes autores de ato infracional estão sujeitos a medidas socioeducativas, inclusive com privação de liberdade. A legislação em comento é suficientemente severa no que concerne às consequências jurídicas decorrentes dos atos infracionais praticados por adolescentes e as medidas socioeducativas previstas no artigo 112 ao artigo 125 do ECA – advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação – são consideradas ações eficazes de responsabilização. Se ocorre há a ineficiência do Estado em implementá-las, resta à sociedade exigir a aplicação de forma eficiente das medidas socioeducativas para fazê-las cumprir seu mister.

Não se desconhece, todavia, que, apesar dos avanços normativos registrados nas últimas décadas, o Brasil ainda convive com graves violações de direitos nas unidades de internação socioeducativa. Entende-se desse modo por não haver uma política consolidada de atendimento que garanta estruturas, procedimentos e recursos humanos e orçamentários adequados em todas as fases do processo, desde a prevenção, a abordagem policial, o julgamento, a responsabilização e a reinserção social. Assim, a baixa eficiência das medidas socioeducativas deve ser imputada ao próprio Estado e não ao adolescente envolvido no ciclo de violência e criminalidade.

Atualmente, seria muito mais benéfico para a sociedade receber um jovem que saiu do sistema socioeducativo do que aquele que saiu do sistema prisional, já que as medidas socioeducativas, como dito, têm melhor cumprido sua finalidade pedagógica do que a prisão. Por razões como essa é que se pode afirmar que o sistema da socioeducação deveria ser utilizado como exemplo para o sistema prisional, e o Estado, por sua vez, deveria investir no que está dando certo e não o contrário. Isso significa lutar por avanços e não somente contra o retrocesso. Para

³⁰ NAVES, Rubens. Maioridade penal: mitos e fatos. **Le Monde Diplomatique Brasil**. 2015. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1430>>. Acesso em: 26 abr. 2015.

tanto, é necessário combater o senso comum e discutir políticas públicas hábeis a mudar a realidade.

Relevante esclarecer que não basta ampliar o tempo de internação e ou endurecer nas penalidades aplicadas para se combater a violência e a criminalidade. O Estado tem de fazer cumprir a legislação vigente, dando condições de cumprimento das medidas socioeducativas já existentes, pois estas têm um caráter ressocializador maior do que a pena de prisão, cujo índice de reprovação nesse quesito já restou demonstrado. O fato de o Direito se utilizar de um sistema de punição diferenciado para pessoas em desenvolvimento justifica-se pela própria diferenciação dos adolescentes em relação aos adultos, tendo a medida socioeducativa uma finalidade mais pedagógica do que a pena criminal, reconhecendo, portanto, a condição peculiar de desenvolvimento do adolescente. É, pois, uma falácia afirmar que para os adolescentes não existem penas. Como visto, efetivamente elas existem, embora não com esse nome. Elas são chamadas de medidas socioeducativas e, pela forma de seu cumprimento, são bem mais rígidas do que a pena mais severa do sistema penal, a perda da liberdade pela prisão. Se elas não funcionam adequadamente em alguns lugares, não é por falta ou inexistência de lei, mas, talvez, de indolência ou negligência do Poder Público, o que ensejaria a necessidade não de alteração legislativa, mas de ação estatal e responsabilização daqueles que se omitem. Então, embora com nome diverso, elas, as medidas socioeducativas, assemelham-se muito à pena do Direito Penal.

Destaca-se, também, que não se está aqui afirmando que pessoas menores de 18 anos, inimputáveis, não possuam capacidade de discernimento. Ao contrário, tem-se que elas possuem plena consciência da ilicitude das condutas que venham a praticar, assim como uma criança de seis ou sete anos também tem capacidade para distinguir o *certo* do *errado*. Ocorre que a fixação da idade penal não leva em consideração apenas a capacidade de discernimento, mas a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, além da inadequação do sistema prisional para a recuperação de um adolescente que ainda está em processo de formação física, psíquica, moral e intelectual. Nesse sentido, o Conselho Regional de Psicologia de São Paulo alerta para o fato de que tanto as crianças quanto os adolescentes são seres humanos que se encontram em um processo de desenvolvimento, colocando-as em uma situação especial. Isso remete àquilo que se quer demonstrar: a responsabilidade da sociedade em olhar por e para estas pessoas e, ao mesmo tempo, do Estado em promover políticas que garantam a proteção delas, bem como de seus direitos, inclusive com prioridade diante de outras demandas sociais.³¹

O critério adotado no Brasil para a fixação da maioridade penal, por uma questão de política criminal, como antes referido, é o biológico, sendo, pois, irrelevante a capacidade de distinção entre o *certo* e o *errado*. Adotou-se este critério por se entender, após comprovação técnico-científica, que a adolescência é

³¹ CAPRIGLIONE, Laura. Psicólogos contra redução da maioridade penal: 'Estado deve promover direitos de crianças e adolescentes, não criminalizá-los'. **Opera Mundi**. Jornalistas Livres. São Paulo - 28/03/2015. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/samuel/39959/psicologos+contra+reducao+da+maioridade+penal+estado+deve+promover+direitos+de+criancas+e+adolescentes+nao+criminaliza-los.shtml>>. Acesso em: 26 abr. 2015.

um período de transição entre a infância e a idade adulta, no qual as pessoas sofrem profundas transformações físicas e psicossomáticas, quando, então, encontram-se mais vulneráveis e volúveis ao envolvimento em práticas antissociais, o que pode ser observado na mudança comportamental externalizada pela forma de vestir, ao consumo de bebida alcoólica, etc... Essa condição *sui generis* dos adolescentes demanda tratamento diferenciado de acordo com as peculiaridades da referida fase vital.

Outro argumento que é frequentemente levantado para tentar validar a redução da idade penal é o fato de o adolescente de 16 anos poder votar, o qual também não pode ser tido como argumento hábil, pois o voto, além de ser facultativo entre os 16 e os 18 anos, não dá direito a esse mesmo adolescente de ser votado, assim como de assumir um cargo, exercer uma função pública e ou dirigir veículo automotor. Outrossim, a idade de responsabilidade penal no Brasil não se encontra em desequilíbrio frente aos demais países. A ONU analisou uma lista de 54 países e constatou que a maioria deles tem adotado a idade de responsabilidade penal absoluta aos 18 anos de idade. A fixação da referida idade para a responsabilidade penal é oriunda das recomendações internacionais, as quais indicam a necessidade de se criar um sistema de justiça especializado com a finalidade de julgar, processar e, ao mesmo tempo, responsabilizar autores de delitos, quando forem menores de 18 anos. Das 54 legislações analisadas, constatou-se que somente 17% dos países positivaram a punibilidade penal de menores de 18 anos. Tanto é assim, que, recentemente, Alemanha e Espanha elevaram para 18 a idade penal, ressaltando-se que a Alemanha criou um sistema especial para julgar os jovens que se encontram na faixa etária de 18 a 21 anos. Interessante se faz destacar que a ONU avaliou alguns países frente a infrações cometidas por jovens e, a partir disso, constata-se que o Brasil está dentro da média e, até abaixo dela, ou seja: “em média, os jovens representam 11,6% do total de infratores, enquanto no Brasil está em torno de 10%”. Já no Japão, os dados são mais elevados, sendo que sobem para 42,6%, destacando-se que a idade penal é de 20 anos.³²

Outra questão a se pensar é que a redução da maioridade penal de 18 para 16 anos não resolve o problema da impunidade, por não tratar as causas da violência e, ao mesmo tempo, contraria conquistas históricas e sociais da população no âmbito da garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente, apresentando-se como um retrocesso no campo das políticas públicas e dos direitos humanos. As causas da violência e da desigualdade social não se resolverão com adoção de leis penais mais rígidas, em face do que se conclui que seria melhor discutir políticas públicas para mudar a realidade e não apenas debater sobre o mesmo tema esperando resultados diversos.³³ O processo exige que sejam tomadas medidas capazes de romper com a banalização da violência e seu ciclo, evitando a proliferação de uma cultura da intolerância.

³² RIO GRANDE DO SUL. Defensoria Pública. **NOTA TÉCNICA 01/2015 do Núcleo de Defesa da Criança e do Adolescente** - NUDECA sobre proposta de emenda constitucional que altera a redação do artigo 228 para reduzir a Idade de Responsabilização Penal para 16 (Dezesseis Anos De Idade). Núcleo de Defesa da Criança e do Adolescente, 2015.

³³ “Insanidade é continuar fazendo sempre a mesma coisa e esperar resultados diferentes” (Albert Einstein).

O adolescente marginalizado não surge ao acaso. Bourdieu,³⁴ sociólogo francês, ao referir-se à violência, pondera que ela pode se apresentar de formas visíveis ou invisíveis, porém, sempre é antecedida por algum outro tipo de violência simbólica. Assim, o adolescente é fruto de um estado de injustiça social que gera e agrava a pobreza em que sobrevive grande parte da população. A marginalidade é uma prática moldada pelas condições sociais e históricas em que vive. Diante disso, o adolescente que se encontra em conflito com a lei evidenciam o sistema de exclusão social, utilizado como uma forma de eximir a responsabilidade que a sociedade tem nessa construção. É notório que a redução da idade da maioridade penal ensinará apenas a transferência do problema, o que pode parecer, à primeira vista, mais fácil para o Estado, no entanto, não menos oneroso do que educar.

A diminuição da vulnerabilidade de adolescentes expostos ao crime e à violência pode ser constatada a partir do campo da educação. Ocorre que muitos destes jovens se encontram fora deste processo. O simples ato de puni-los não resolve o problema, e ainda lhes retira a chance de se tornarem cidadãos, que sejam capazes de conhecer seus direitos e deveres perante a sociedade. A escola poderia ser este espaço de socialização pacífica, mas infelizmente o Estado não consegue garantir esse direito básico de acesso à educação, que não é apenas garantir vagas escolares, mas possibilidades de acesso e permanência no espaço escolar.

Deveras, estudos no campo da criminologia e das ciências sociais têm demonstrado que não há relação direta de causalidade entre a adoção de soluções no campo punitivo e repressivo e a diminuição dos índices de violência. Dados do Fundo das Nações Unidas para a Infância revelam a experiência não bem sucedida dos EUA, uma vez que jovens que cumpriram pena em penitenciárias de adultos voltaram a delinquir e de forma mais violenta, o que se percebe, inclusive, da obra de Wacquant, já citada. O resultado concreto para a sociedade foi o agravamento da violência. Por outro lado, observa-se que políticas e ações de natureza social são capazes de fazer a diferença e tem desempenhado um papel importante na redução das taxas de criminalidade.

É, pois, lamentável que um país, que uma sociedade que não cuidou de sua juventude, agora somente queira segregá-la, quando, sabidamente, o aumento da pena e ou da rigidez em seu cumprimento, a exemplo da Lei dos Crimes Hediondos no Brasil, bem como a instituição da pena de prisão perpétua e ou de morte em alguns países, não ensejou a redução da criminalidade ou da violência.

Não se pode deixar de mencionar que reduzir a idade da maioridade penal implicaria aumento da população carcerária em um sistema superlotado, precarizado, brutalizador, desumano e incapaz de ressocializar. Dados do relatório final do Programa Justiça ao Jovem, implementado pelo Conselho Nacional de Justiça, revelam que o número de adolescentes internados no Brasil, entre os anos de 2010 e 2011, era de 17.502. Isso demonstra a incapacidade de absorção pelo sistema carcerário adulto que, segundo o Departamento Penitenciário Nacional do Ministério

³⁴ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz (português de Portugal). 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

da Justiça, tem um déficit de cerca de 240.503 vagas.³⁵ Portanto, além de uma afronta aos direitos humanos, o encarceramento de adolescentes em prisões comuns, juntamente com a criminalidade adulta, representaria o total colapso de um sistema que já se encontra em péssimas condições, agravando o atual quadro da violência.

Muito se questiona nesse aspecto, pois se estaria apenas transferindo o problema de um para outro setor. Em vez de educar, caberia ao Estado apenas punir, o que pode ser rápido e corresponder à chamada *lei do menor esforço*, porém sabidamente menos eficiente para que efetivamente se caminhe rumo a uma sociedade mais justa e igualitária. Com tal prática, o Estado estará tão somente assumindo a ineficiência de sua atuação na esfera educacional.

Além disso, o que se vê hoje no que se refere à criminalidade também é reflexo de anos de descaso do Poder Público na área da educação e da garantia de direitos fundamentais às crianças e adolescentes e não somente a estes, mas também aos cidadãos brasileiros, que são seus pais e que os geraram em condições de extrema desigualdade social, que foram vítimas de um sistema que não lhes proporcionou programas de assistência social adequados, bem como que deixou de prevenir o aumento da criminalidade.

Por isso, faz-se salutar uma guinada geral na responsabilidade humana para com o próximo. Conforme destaca Pimenta, além da punibilidade de uma pessoa por um crime cometido, encontra-se o elemento social da responsabilidade de compreendê-la na complexidade que o envolve com ser humano:

A ética da responsabilidade trata de demonstrar que a humanidade do criminoso está além do fato de o direito conceituá-lo como criminoso. O direito pode mandar prendê-lo, pode ordenar torturá-lo, reduzá-lo, espancá-lo; mas a responsabilidade sobre sua humanidade está em compreendê-lo como um ser que sofre e, portanto, que ordena o indivíduo (Eu) – no sentido de se comprometer com seu essencial sofrimento – atuar sobre sua penúria, apesar de sua categoria, de toda a dureza da lei.³⁶

Nesse mesmo sentido, Lévinas chama a atenção para a infinita responsabilidade que a sociedade tem para com o *outro*, numa perspectiva de alteridade. Sobre tal aspecto, o autor afirma que: “[...] nossos deveres não têm limites [...]. A extensão das obrigações para com os homens plenamente homens não tem limites”.³⁷ Justo por este motivo que o tema envolvendo a redução da idade da maioridade penal precisa ser encarado como um problema de toda a sociedade, necessitando de solução efetiva e responsável e não de uma maquiagem, ou de uma tática de “varrer a sujeira para debaixo do tapete”, como que a pretender uma *limpeza social* para retirar do alcance dos olhos dos tidos como *justos* um problema

³⁵ RIO GRANDE DO SUL. Defensoria Pública. **NOTA TÉCNICA 01/2015 do Núcleo de Defesa da Criança e do Adolescente** - NUDECA sobre proposta de emenda constitucional que altera a redação do artigo 228 para reduzir a Idade de Responsabilização Penal para 16 (Dezesseis Anos De Idade), 2015.

³⁶ PIMENTA, Leonardo Goulart. Responsabilidade e direito na teoria de Emmanuel Lévinas. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791 Acesso em: 02 jul. 2015. p. 1341.

³⁷ LÉVINAS, Emmanuel. **Do sagrado ao santo**: cinco novas interpretações talmúdicas. Trad. Marcos de Castro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 22.

latente e de responsabilidade de todos, já que se vive em sociedade e se busca construir relações de bom convívio social.

Considerações finais

Como já referido, a redução da idade penal traduz-se em solução simplificador e reducionista e que não responde satisfatoriamente à complexidade da questão da violência e da criminalidade, até porque não tem o condão de afastar as crianças e os adolescentes do crime. Ao contrário, poderão ser mais facilmente recrutados para tanto.

Os problemas do Brasil e que constituem fatores para o aumento da criminalidade são de ordem econômica, social e política, fruto de uma má distribuição de renda e má gestão de programas sociais e educacionais, assim como da escassez de ações de planejamento familiar, pouca oferta de lazer nas periferias, lentidão de urbanização de favelas, pouco policiamento, dentre tantas outras mazelas que compõem a complexidade que envolve o país.

Antes de discutir a redução da idade penal, seria necessário implementar o disposto no artigo 228 da CF/1988, que determina ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar os direitos fundamentais de crianças e adolescentes com absoluta prioridade. Seria preciso combater a omissão das famílias, da sociedade e do Estado frente a toda sorte de violência que sofrem as crianças e os adolescentes no país, que se voltam para o crime como que em um pedido de socorro, quando não em legítima defesa contra aqueles que teriam a obrigação de protegê-los. A falta de implementação de políticas sociais básicas é um dos fatores responsáveis pelo aumento da criminalidade em todas as faixas etárias.

Em face da situação em que se encontram as crianças e adolescentes no País, acredita-se que somente a prioridade orçamentária nas políticas públicas, a competência e a vontade política poderão garantir uma correta aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, seja no que se refere às medidas socioeducativas, seja na garantia dos direitos fundamentais. Dessa forma, solução mais coerente passaria pela necessidade de cobrança ao Poder Público no que diz respeito à implementação de políticas públicas que garantam os direitos fundamentais básicos de crianças e adolescentes, além de implementar e executar adequadamente as medidas protetivas e socioeducativas estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

A sociedade necessita repensar seu conceito de ordem, voltar os olhos para o passado e repensar seu papel e sua responsabilidade na geração desses *seres indesejados* que necessitam ser *varridos* das ruas. Precisa repensar o sistema punitivo vigente, porque, mesmo encarcerando mais pessoas, estas um dia retornarão à sociedade. Como o farão? Melhor ou mais brutalizadas do que quando foram privadas da liberdade nas chamadas *universidades do crime*? O que acontecerá com os adolescentes que ficarem aprisionados nesse mesmo sistema se aprovada a redução da idade da maioridade penal? Essas são perguntas pertinentes que assolam a vida da sociedade e que requerem respostas que alcançam um nível de

complexidade muitas vezes desanimador, incerto, mas que, sobretudo, são urgentes de serem melhor debatidas pela sociedade e por Estados democráticos e republicanos que prezam pelos direitos humanos e que são responsáveis pela garantia de um mínimo de dignidade a seus cidadãos.

*Na primeira noite, eles se aproximam e colhem uma flor de nosso jardim.
E não dizemos nada.*
*Na segunda noite, já não se escondem, pisam as flores, matam nosso cão.
E não dizemos nada.*
*Até que um dia, o mais frágil deles, entra sozinho em nossa casa, rouba-nos a lua, e, conhecendo nosso medo, arranca-nos a voz da garganta.
E porque não dissemos nada, já não podemos dizer nada.*

Eduardo Alves da Costa

Referências

BARROS, N. V. *et al.* Juventude e Criminalização da Pobreza. Educere et Educare. **Revista em Educação**, v. 3, n. 5, p. 141-148, jan.-jun./2008.

BOURDIEU, Pierre. **O pode simbólico**. Trad. Fernando Tomaz (português de Portugal). 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. **REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL** (Proposta de Emenda à Constituição) Notícias e Reportagens. Governo Federal. 2015. Disponível em: <<http://cress-sc.org.br/wp-content/uploads/2015/07/N%C3%A3o-a-Redu%C3%A7%C3%A3o-Sim-%C3%A0-Educa%C3%A7%C3%A3o-%C3%BAltima-vers%C3%A3o-com-capa.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2015.

BRISOLA, Elisa. Estado penal, criminalização da pobreza e serviço social. **SER Social**. Brasília v. 14, n. 30, p. 127-154, jan/jun. 2012.

CAPRIGLIONE, Laura. Psicólogos contra redução da maioridade penal: 'Estado deve promover direitos de crianças e adolescentes, não criminalizá-los'. **Opera Mundi**. Jornalistas Livres. São Paulo – 28/03/2015. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/samuel/39959/psicologos+contra+reducao+da+maioridade+penal+estado+deve+promover+direitos+de+criancas+e+adolescentes+nao+criminaliza-los.shtml>>. Acesso em: 26 abr. 2015.

CASTRO, C. C. **Criminalização da pobreza**: mídia e propagação de uma ideologia higienista de proteção social aos pobres. 150f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Universidade de Brasília-UnB, Brasília, 2010.

CNACL – Cadastro Nacional de Adolescentes em Conflito com a Lei. **Conselho**

Nacional de Justiça. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistemas/infancia-e-juventude/20531-cadastro-nacional-de-adolescentes-em-conflito-com-a-lei-cnacj>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

COSTA, Sylvio. Segundo Ministério da Justiça, menores cometem menos de 1% dos crimes no País. 2014. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/segundo-ministerio-da-justica-menores-cometem-menos-de-1-dos-crimes-no-pais/>>. Acesso em: 02 jul. 2015.

DALLARI, Damo de Abreu. Redução da maioria penal é inconstitucional. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. 2015. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/28349/reducao-da-maioridade-penal-e-inconstitucional-afirma-dalmo-dallari>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

DURKHEIM, Ernílio. Lições de sociologia: a moral, o direito e o Estado. T.A. Queiroz / Universidade de São Paulo, São Paulo, 1983.

FRANCO, Simone. CCJ aprova novo debate sobre redução da maioria penal. Agência Senado. 2016. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/06/01/ccj-aprova-novo-debate-sobre-reducao-da-maioridade-penal>>. Acesso em: 07 jun. 2016.

GAUER, Ruth M. Chittó. Alguns aspectos da fenomenologia da violência. In: GAUER, Gabriel J. Chittó; GAUER, Ruth M. Chittó (Orgs.). A fenomenologia da violência. Curitiba: Juruá, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. Redução da Maioridade Penal. Jus Brasil. 2015. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/178865734/reducao-da-maioridade-penal>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

KARAM, Maria Lúcia. A violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. Boletim IBCCRIM, ano 14, n. 168, nov./2006, p. 282-295.

LÉVINAS, Emmanuel. Do sagrado ao santo: cinco novas interpretações talmúdicadas. Trad. Marcos de Castro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

MORIN, Edgar. Entrevista concedida a Lincoln Macário da TV Brasil em 24-06-2009. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-arquivadas/23368-%60%60a-violencia-deve-ser-tratada-em-sua-complexidade%60%60-entrevista-com-edgar-morin>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

NAVES, Rubens. Maioridade penal: mitos e fatos. Le Monde Diplomatique Brasil. 2015. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1430>>. Acesso em: 26 abr. 2015.

PIMENTA, Leonardo Goulart. Responsabilidade e direito na teoria de Emmanuel Lévinas. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto

Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791 Acesso em: 02 jul. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Defensoria Pública. **NOTA TÉCNICA 01/2015 do Núcleo de Defesa da Criança e do Adolescente** - NUDECA sobre proposta de emenda constitucional que altera a redação do artigo 228 para reduzir a Idade de Responsabilização Penal para 16 (Dezesseis Anos De Idade). Núcleo de Defesa da Criança e do Adolescente, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1995.

SANTOS, José Vicente Tavares dos. Microfísica da Violência, uma questão social mundial. **Ciência e Cultura**. vol. 54. Nº 1. São Paulo June/Sept. 2002. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252002000100017&script=sci_arttext. Acesso em: 27 jul. 2015.

WACQUANT, L. **As Prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

_____. **As duas faces do gueto**. Trad. Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008.

SIDEKUM, Antônio. Alteridade e Interculturalidade. In: SIDEKUM, Antônio (Org.). **Alteridade e Multiculturalismo**. Ijuí: Editora Unijuí, 2003.

VIDA E CIDADANIA. 90% apoiam redução da idade penal. **Gazeta do Povo**. 14 jul. 2013. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/90-apoiam-reducao-da-idade-penal-c8e240vlosyway5n00aryvi>. Acesso em: 14 jul. 2015.

Recebido em 10/08/2016

Aceito em 27/10/2016

DO ASSÉDIO EXISTENCIAL COMO CAUSA DO DANO EXISTENCIAL E DA REDUÇÃO DO TRABALHO DECENTE DA OIT

THE EXISTENTIAL HARASSMENT AS CAUSE OF EXISTENTIAL DAMAGE AND REDUCTION OF ILO DECENT WORK

Mara Darcanchy¹

Sumário: Considerações iniciais. 1 A humanidade precisa se humanizar. 2 Novas concepções da cidadania. 3 Do assédio existencial. 3.1 Conceito e configuração do assédio existencial. 3.2 Assédio existencial não é assédio moral. 4 Do Direito Internacional do Trabalho. 4.1 Do trabalho (IN) decente no Brasil. 4.2 Agenda de trabalho decente na OIT e no Brasil. Considerações finais. Referências.

Resumo: O objetivo deste artigo é promover uma reflexão sobre a possibilidade de se compreender o Assédio Existencial como causa para a cobrança de indenização por Dano Existencial, mas sem que os dois institutos se confundam. Como resultado da pesquisa observa-se que o empregador pratica assédio existencial quando exige excessiva presença física ou virtual do empregado, em desrespeito ao seu direito ao lazer, ao convívio social da família, à saúde e à dignidade, dentre outras garantias fundamentais e que o empregado somente terá direito à indenização por dano existencial se comprovar que a referida dedicação ao trabalho impediu a realização de seu projeto de vida ou prejudicou a sua vida de relações. A pesquisa também perpassa algumas realidades de precarização do trabalho, distantes da efetivação do trabalho decente preconizado pela OIT. Sem a intenção de esgotar o assunto ou de formular respostas definitivas a questões tão complexas, a investigação é elaborada sob a base lógica do método dedutivo com pesquisa bibliográfica na doutrina e nos tribunais trabalhistas, na perspectiva de futura ampliação de debates entre atores sociais para a efetivação dos corolários constitucionais do estado democrático de direito.

Palavras-chave: Assédio Existencial. Dano Existencial. Trabalho Decente. OIT.

Abstract: This article aims to promote a reflection on the possibility of understanding Existential Harassment as a cause for the collection of damages due to Existential Damage, but without the two institutes being confused. As a result of the research, it is observed that the employer practices existential harassment when it demands excessive physical or virtual presence of the employee, in disrespect of his right to leisure, to the social life of the family, to health and dignity, among other fundamental guarantees and the employee will

¹ Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP, bolsista CNPq e CAPES, com estágio pós-doutoral em Direito Internacional na Itália. Especialista em Didática do Ensino Superior, em Metodologia da Pesquisa e em Direito do Trabalho (USP). Graduada em Direito e em Letras Português/Inglês, com proficiência em espanhol, italiano, francês e latim. Integrante do Grupo de Pesquisa do PPGD do Centro Universitário de Curitiba (UNICURITIBA).

only be entitled to compensation for existential damages if he proves that the said dedication to work prevented the realization of his life project or damaged his life in relationships. The research also runs through some realities of precariousness of work, far from the effective decent work recommended by the ILO. Without the intention of exhausting the subject or of formulating definitive answers to such complex questions, the investigation is elaborated under the logical basis of the deductive method with bibliographical research in the doctrine and in the labour courts, with a perspective of future expansion of debates between social actors for the Constitutional corollaries of the democratic state of law.

Keywords: Existential Harassment. Existential Damage. Decent Work. ILO.

Considerações iniciais

As condições de se efetivar uma globalização socialmente inclusiva perpassam pela concepção contemporânea de promoção do Trabalho Decente nos termos das Agendas da Organização Internacional do Trabalho – OIT, uma vez que toda a estrutura normativa do Direito do Trabalho tem base em referenciais socioeconômicos ajustados às evoluções de cada época e local. Contudo, empreender discussões sobre os percursos estruturantes do evidente descompasso entre a proteção da dignidade do hipossuficiente e a adaptação corporativa à dinâmica global contemporânea com atividades laborais que em alguns segmentos já se aproximam do que há pouco tempo não passava de ficção científica, inevitavelmente revela um cenário tão lamentável quanto irreversível.

Paralelamente ao quadro de contradições vivenciado nos patamares de um mundo que nunca ofereceu tantas facilidades e tanta insegurança ao mesmo tempo, a humanidade também chega ao grande impasse de equacionar, até que ponto o desenvolvimento científico-tecnológico está trazendo benefícios e a que preço.

No horizonte desses pressupostos, considerando-se os desafios do direito do trabalho é possível destacar que os seus processos de evolução e construção ganharam novos contornos mais próximos da complexidade das relações transnacionais, que têm como centro de reflexão crítica um cenário de redução gradual do emprego, novos modelos de organização do trabalho e das estruturas empresariais e novas tecnologias criadoras da sociedade do conhecimento. Neste sentido, o presente estudo alicerça-se na necessidade de se conter arbitrariedades e hiperexplorações tão comuns em épocas de crise, com respaldo nas dimensões da proteção constitucional dos direitos sociais fundamentais.

Lembrando-se que a finalidade da justiça é a construção de uma sociedade mais justa, tendo no topo da pirâmide a dignidade, pretende-se propor um debate sobre a figura do Assédio Existencial no trabalho, instituto de tamanha importância que já registra presença na jurisprudência mesmo sem estar tipificado na legislação. Com isso, objetiva-se elucidar algumas questões contemporâneas relativas à premissa de que o trabalho como valor social, nos termos do inciso IV do

art. 1º da Constituição Federal, não pode ser aceito como um sacrifício, repleto de abnegações e exílio da vida social.

A visão panorâmica desta pesquisa bibliográfica, orientada pelo método dedutivo, não pretende esgotar o assunto, mas instigar o interesse para o aprofundamento e ampliação do respectivo universo de análise.

1 A humanidade precisa se humanizar

“Vestidos com roupões brancos, sentam-se e escrevem suas cartas de despedida para os parentes. O som de choros e de lenços de papel sendo puxados de caixas toma conta da sala. Em seguida, eles sobem e ficam sobre os caixões de madeira, que estavam dispostos ao lado deles. Eles param, entram e se deitam. Cada um abraça uma foto de si mesmo, envolta numa fita preta. À medida que olham para cima, os caixões são fechados por um homem vestido de preto com um grande chapéu, que representa o Anjo da Morte. Fechados na escuridão, os funcionários refletem sobre o sentido da vida...”²

Bizarra, macabra, extremada, ou minimamente estranha, a dinâmica de simulação do próprio funeral, supradescrita, vem sendo realizada na Coreia do Sul, como estratégia de algumas empresas para reduzir as práticas suicidas entre seus empregados. País que tem a maior taxa de suicídio do mundo, como reflexo da cultura competitiva a que os sul-coreanos são submetidos desde a infância e agravada no mercado laboral.³

Quando se verifica uma realidade como essa, com o trabalhador tendo que ser incentivado a não cometer suicídio, como sua única resposta em *ultima ratio* ao nefasto Assédio Existencial, com a expressão weberiana de “desencantamento do mundo” assumindo uma conotação dantesca, mais evidente a premência de se evitar que sejam ultrapassados todos os limites de respeito à dignidade humana.

Desrespeito institucionalizado em alguns países, que apesar de Membros da OIT, ainda adotam práticas trabalhistas inteiramente opostas à concepção de trabalho decente, como Cuba, onde os setores sociais do país são controlados pelo Comitê de Defesa da Revolução (CDR) e o Poder Judiciário depende das instruções do Conselho de Estado ou como a China onde as pressões por cumprimentos de

² EVANS, Stephen. *Para desestimular suicídio, empresas sul-coreanas fecham funcionários em caixões*. In: *BBC News em Seul*, de 14/12/2015. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151214_coreiadosul_caixao_terapia_hb. Acesso em: 18 nov. 2016.

³ Segundo informação jornalística, em 2015 a Coreia do Sul tinha uma média anual de 28,9 suicídios por 100 mil habitantes. O índice japonês de 18,5 suicídios para cada 100 mil habitantes era o triplo do registrado no Reino Unido (6,2) e 50% acima da taxa dos Estados Unidos (12,1), da Áustria (11,5) e da França (12,3). In: *BBC Brasil*, de 05/07/2015. *Por que o Japão tem uma taxa de suicídios tão alta?* Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/07/150705_japao_suicidio_rb. Acesso em: 18 nov. 2016.

metas e outras formas de assédio têm contribuído para o aumento do índice de suicídios de empregados⁴ e Japão, onde o “Karoshi” tem se acentuado.

O Ministério reconhece dois tipos de “karoshi”: a morte por doença cardiovascular ligada ao excesso de trabalho e suicídio frente ao estresse mental relacionado ao trabalho.

A morte por doença cardiovascular é possível de ser considerada “karoshi” se um empregado trabalhou 100 horas extras no mês anterior, ou 80 horas de trabalho extraordinário em dois ou mais meses consecutivos nos últimos seis anos.

Um suicídio pode qualificar-se se ele trabalhou mais de 160 horas extras em um mês ou mais de 100 horas de trabalho extraordinário por três meses consecutivos.⁵

O aumento exponencial do processo de fragmentação de direitos e destruição de postos de trabalho, impacto negativo da absorção de alguns inventos tecnológicos, como os robôs que já estão prontos para substituir os empregados de redes de *fast-food*, como McDonald’s e Burger King,⁶ reflete o pensamento de Beck quando assevera que “A sociedade virou um laboratório onde ninguém se responsabiliza pelo resultado das experiências”:

Os tomadores de decisão política afirmam que não são responsáveis: no máximo, eles ‘regulam o desenvolvimento’. Os especialistas científicos dizem que criam novas oportunidades tecnológicas, mas não decidem sobre a maneira como são utilizadas. Os empresários explicam que estão apenas atendendo a demanda do consumidor. É o que eu chamo de irresponsabilidade organizada.⁷

A alteração comportamental e epistemológica, como conseqüência dos desafios postos pela nova ordem global, tem afetado e transformado tantos paradigmas numa velocidade nunca vista, que o cidadão necessita cada vez mais de ações que atinjam positivamente a sociedade. Todas as mudanças apontam em grande medida para a fragilidade de concepções anteriores, como também para a perspectiva de desenvolvimento progressivo do direito a fim de que se adapte à dinâmica social.⁸

Aquele trabalhador que entrava na empresa como aprendiz e dela só se afastava no momento da aposentadoria, aquela atividade que somente podia ser feita por determinado empregado porque cada um só sabia a sua função e não lhe era cobrado o conhecimento da atividade alheia, aquela segurança de que ao cumprir o horário, sem atrasos e faltas o emprego estava garantido, aquela confiança sindical

⁴ Disponível em:

[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2010/05/100524_foxconn_suicidios_mv.shtml]. Acesso em: 20 nov. 2016.

⁵ Disponível em: [<http://www.ipcdigital.com/nacional/numero-de-morte-por-excesso-de-trabalho-nao-para-de-crescer-no-japao-segundo-ministerio-do-trabalho/>]. Acesso em: 18 nov. 2016.

⁶ Disponível em: [<http://oglobo.globo.com/economia/robos-podem-substituir-funcionarios-de-fast-food-em-breve-diz-pesquisa-15612089#ixzz4TJAxwjOZ>]. Acesso em: 12 nov. 2016.

⁷ BECK, Ulrich. A ciência é causa dos principais problemas da sociedade industrial. *Folha de São Paulo*, de 20/11/2001. Caderno A, p. 12.

⁸ Disponível em: <http://www.ipcdigital.com/nacional/numero-de-morte-por-excesso-de-trabalho-nao-para-de-crescer-no-japao-segundo-ministerio-do-trabalho/>. Acesso em: 27 dez. 2016.

de que bastava fazer greves para que seus direitos fossem respeitados e ampliados... Enfim, aquele mundo que ficou na lembrança de algumas gerações e é desconhecido pelas atuais foi substituído pela reengenharia organizacional dos maiores e melhores resultados, com menor número de empregados.

Seguramente, a capacidade de promover ações que transformem positivamente a sociedade é essencial para a validação de um Estado de direito. Com isso, pode-se perceber a presença de alterações pragmáticas capazes de reformular padrões axiológicos delimitadores das bases em que se assentaram os ideais dos legisladores do século passado, quando formularam a Consolidação das Leis Trabalhistas, a qual já não representa mais os anseios da classe trabalhadora e menos ainda, dos empresários e dos investidores.

2 Novas concepções da cidadania

Não obstante a própria natureza humana sempre tenha impedido que a igualdade material de direitos passasse de uma utopia, uma breve incursão na história do trabalho demonstra que sempre houve uma evolução, visto que até mesmo a primeira forma de escravidão foi, à sua época, um progresso, por substituir a imolação e a antropofagia dos prisioneiros.

Na dinâmica global contemporânea de capitais voláteis, fronteiras relativizadas em que se entrecruzam interesses e investimentos de empresas transnacionais, horizontais ou verticalmente integradas, uma nova concepção do que se entendia por emprego é introduzida no vocabulário do trabalhador, que passa de empregado para empregável.

A cidadania na atual dimensão, elevada à categoria de elemento central na relação laboral, ao lado da dignidade e do respeito à pessoa do colaborador e não do lucro através dele obtido, representa não só um diferencial como uma vantagem da competitividade no mercado. No entanto, paradoxalmente, cumpre colocar em relevo atitudes empresariais que desconhecem a amplitude polissêmica do termo *cidadania*, ou de qualquer valor que respeite o ser humano, como fundamenta Bianchi:

Países centrais ou desenvolvidos, detentores de avançado poder tecnológico, já praticam política preventiva na gestão dos riscos, apesar de serem os principais responsáveis por uma das causas mais relevantes na produção dos mesmos, ou seja, o consumismo desenfreado. Por seu turno, os países periféricos como o Brasil, enfrentam lutas arcaicas e basilares contra a miséria, a fome, a violência urbana generalizada (sem precedentes); e ainda são palco da crescente propagação de riscos e perigos ambientais, por serem países destinatários dos meios “sujos” de produção e comercialização como, por exemplo, a instalação de fábricas poluidoras (transnacionais ou nacionais), tráfico de armas, experiências químicas e biológicas.

Assim, essas atividades “suja” ocorrem, sempre que possível, bem longe dos EUA e da Europa Ocidental.⁹

Sabe-se que o mercado tem valorizado a cada dia mais, um novo perfil de profissional – o *multiskilled* – orientado para resultados, criativo e inovador, voltado para um modelo de gestão que tem a cidadania e a responsabilidade social como fundamentos. Os resultados de muitas pesquisas têm demonstrado que cada vez mais fornecedores de bens e serviços e titulares da governança corporativa estão investindo em projetos sociais, e que tais ações têm contribuído para fixar melhor sua imagem ética, com vantagem competitiva junto aos clientes e consumidores, uma vez que surge nesses uma nova consciência consubstanciada na certeza de que não estão ligando sua marca ou nome a empregadores cujos lucros advêm de exploração humana e precarização das condições de trabalho.¹⁰

O colaborador atualmente tem que se adaptar ao emprego flexível, considerado pela OIT como aquele realizado em jornadas menores que a integral e aquele contratado com prazo determinado: o tempo parcial (CLT, art. 58-A), o temporário, o intermitente, o aprendiz, o sazonal, o *lay-off* (CLT, art. 476-A), no Brasil; o “job sharing” e o “at will” nos EUA; o “trabalho parasubordinado” e o “trabalho repartido” na Itália;¹¹ entre outros.

Notadamente a globalização impõe aos cidadãos a necessidade de uma reflexão e revisão dos modelos que existiram até o momento e que agora estão em questionamento. Tais modelos, no campo social da produção material dos indivíduos, exigem dos legisladores, dos juristas e dos operadores do direito uma abertura para o novo, para a atualização dos preceitos embutidos nas relações trabalhistas e na perspectiva de um constante fortalecimento do diálogo entre os atores sociais sobre as formas de trabalho, de contratação, de execução e de tutela, introduzidas com a Declaração Universal de 1948.

Resistindo como e o quanto possível às violências da nova era laboral, surge o trabalhador que Standing chama de precariado:

Dessa forma, torna-se imprescindível focar as questões da justiça, da ética, da cidadania e do direito diante da alteração de paradigmas que a sociedade está impondo a cada dia. Num contexto laboral aberto e flexível, o mantra social-democrata de mais empregos e melhores salários faz lembrar a famosa história de Canuto o Grande, o rei viking que mandou que o levassem no trono até à praia, onde, sentado frente ao mar, ordenou às ondas que recuassem. Parece tê-lo feito para que os membros da corte entendessem os limites do seu poder. A versão mais popular da história é que mandar as ondas recuar é de quem está a pedir para se afogar. E é essa a situação em que o precariado, atualmente, se encontra. O emprego não leva senão a uma maior insegurança e à necessidade de um endividamento cada vez maior. A cidadania parece exigir novos patamares de atuação com o

⁹ BIANCHI, Patricia. A responsabilidade socioambiental das empresas. In: *RIDB* – Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano 2 (2013), n. 9, p. 9108.

¹⁰ DARCANHY, Mara. O “decent work” na globalização socialmente inclusiva do direito internacional do trabalho. *Revista Jurídica Unicuritiba*. Curitiba, v. 29, n. 29, p. 164-184, 2012.

¹¹ Decreto 276, de 2003, artigo 61-69 (Legge Biagi) e Lei 92/2012.

desdobramento do ordenamento jurídico global, que produz uma interlocução entre o Direito Internacional do Trabalho e os diversos cenários políticos e econômicos em busca de caminhos para uma sociedade justa e solidária. Por conseguinte, que a cidadania deve assumir, um novo patamar em relação aos objetivos do direito, em todas as vertentes responsáveis pela construção de uma sociedade mais justa, seja por meio de uma melhor adaptação da legislação já existente ou da interpretação mais corajosa dos tribunais trabalhistas.¹²

Isso indica a necessidade de se ampliar o diálogo entre a sociedade civil, as empresas e o Estado (em todos os níveis institucionais), a fim de que a empresa nacional se afirme no atual contexto social, para que possa contribuir para o fortalecimento da democracia e das condições sociais de modo geral.¹³

3 Do assédio existencial

3.1 Conceito e caracterização do assédio existencial

O assédio existencial, também chamado de dano ao projeto de vida, é uma espécie de dano imaterial, que de modo parcial ou total atinge a vítima em seu projeto de vida familiar por razões profissionais, ou seja, em razão de uma dedicação excessiva à empresa, o colaborador perde parte de sua vida, de seus contatos sociais, familiares, educacionais e afetivos, no meio ambiente de trabalho. A vítima deste tipo de assédio fica incapacitada de gerir sua vida particular, por falta de tempo, uma vez que se dedica ao seu trabalho de modo integral, ou em longos horários extraordinários, com ou sem rotinas definidas, o que ocasiona dificuldade posterior de retomada de uma vida normal de contato interpessoal e total inserção social.

O dano existencial, ou seja, o dano à existência da pessoa, portanto, consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas, com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer.¹⁴

São requisitos do dano existencial do empregado, o prejuízo à sua vida de relações ou ao seu projeto de vida, o ato ilícito do agressor e o nexo de causalidade entre as duas figuras.

De efeito, para que se configure o direito de o empregado receber indenização pelo dano existencial de prejuízo à sua vida de relações ou a seu projeto de vida é necessário que prove que o referido dano foi causado pela prática de assédio existencial por parte do empregador ao lhe exigir sobrejornada exaustiva, ou

¹² STANDING, Guy. O precariado e a luta de classes. Tradução de João Paulo Moreira. p. 9-24. *Revista crítica de ciências sociais*. n. 103, Trabalho, precariedade e rebeliões sociais, 2014.

¹³ DARCANCHY, Mara. *Responsabilidade social nas relações laborais*, p. 21.

¹⁴ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 6, n. 24. out/dez, 2005, p. 68.

dedicação excessiva em violação a direitos fundamentais como o lazer, o convívio social da família, a saúde e a dignidade, tutelados constitucionalmente.

A relevância em se estabelecer a diferença entre assédio existencial e dano existencial pode ser explicada pelo fato de que um independe do outro, pois o empregado vítima de assédio existencial, que não conseguir comprovar o prejuízo à sua vida de relações ou a seu projeto de vida como resultado necessário para que a empresa seja condenada a pagar-lhe indenização por dano existencial, poderá receber indenização por dano moral, o qual é presumível – *in re ipsa*.

Alvarenga e Boucinhas trazem uma diferente e interessante possibilidade de configuração do dano existencial, que não necessita de uma série de condutas lesivas, mas, dependendo da gravidade do prejuízo causado, pode se configurar com apenas uma, a saber:

Não se pode, contudo, descuidar da hipótese de o dano à vida da relação poder ser causado por um único ato. Um bom exemplo seria o do empregador que compele determinado empregado a terminar determinada tarefa, que não era tão urgente ou que poderia ser concluída por outro colega, no dia, por exemplo, da solenidade de formatura ou de primeira eucaristia de um de seus filhos, impedindo-o de comparecer à cerimônia.¹⁵

Cumpram-se destacar ainda que o dano existencial se configura quando há, direta ou indiretamente, exigência por parte da empresa de que o colaborador trabalhe em jornadas tão estendidas, cumpra tantas metas e tenha que se dedicar tanto ao emprego por medo de perdê-lo, que acabe perdendo no lugar do emprego, a parte mais importante da sua vida... pois, do colaborador não pode ser exigida uma dedicação tão extrema que lhe impeça de aproveitar a sua vida fora dos muros da empresa...

Para melhor demonstrar a diferença entre o **Assédio Existencial** e o **Dano Existencial** apresenta-se o seguinte quadro comparativo:

ASSÉDIO Existencial	DANO Existencial
É a conduta de exigir a dedicação do empregado.	É o resultado que a dedicação exigida causa ao empregado.
Enquanto está o empregado se sente imprescindível à empresa.	O empregado se sente descartável para a empresa.
Impedem a pessoa de desenvolver suas aspirações e vocações de natureza pessoal .	Impedem a pessoa de desenvolver suas aspirações e vocações de natureza profissional .
Prejuízo à vida privada .	Prejuízo à vida profissional .

¹⁵ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. O dano existencial no Direito do Trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 79, n. 2, p. 240-261, abr/jun 2013.

3.2 Assédio Existencial não é Assédio Moral

A empresa não pode exigir (assédio existencial por ação) e não deve aceitar (assédio existencial por omissão) que o colaborador trabalhe em sobrejornada habitual excessiva, na empresa (controle físico) ou para a empresa (controle virtual),¹⁶ ou em vários períodos de interrupção contratual (férias e feriados), ou de intervalos intrajornada, interjornada e intersemanal, em razão do estabelecimento de metas inatingíveis em condições normais ou por qualquer outra forma de hiperexploração, precarização e desconsideração com a exigência de uma dedicação tão extrema que lhe impeça o aproveitamento de sua vida fora dos muros da empresa.

Cumprir destacar ainda que o assédio existencial se configura quando há, direta ou indiretamente, exigência por parte da empresa de que o colaborador trabalhe em jornadas tão estendidas, cumpra tantas metas e tenha que se dedicar tanto ao emprego sob pena de perdê-lo, que acabe perdendo a parte mais importante da sua vida.¹⁷

Para melhor demonstrar a diferença entre o Assédio **Existencial** e o Assédio **Moral** apresenta-se o seguinte quadro comparativo:

Assédio EXISTENCIAL	Assédio MORAL
Resultados fora do ambiente de trabalho.	Resultados dentro do ambiente de trabalho.
O empregado se sente imprescindível à empresa.	O empregado se sente descartável para a empresa.
Impedem a pessoa de desenvolver suas aspirações e vocações de natureza pessoal .	Impedem a pessoa de desenvolver suas aspirações e vocações de natureza profissional .
Prejuízo à vida privada .	Prejuízo à vida profissional .
Para configurar o seu direito à indenização por dano existencial o empregado precisa provar que tipo de prejuízo o assédio Existencial lhe causou, porque este dano não se revela <i>in re ipsa</i> , dependendo de comprovação do prejuízo suportado.	Para configurar o seu direito à indenização por dano moral o empregado não precisa provar que tipo de prejuízo o assédio Moral lhe causou, porque este dano se revela <i>in re ipsa</i> , independentemente de comprovação do prejuízo suportado.

Dano EXISTENCIAL	Dano MORAL
Não é presumível – <i>in re ipsa</i> .	É presumível – <i>in re ipsa</i> .

¹⁶ Teletrabalho, CLT, art. 6º.

¹⁷ DARCANCHY, Mara; SÉLLOS-KNOERR, Viviane. Assédio existencial no meio ambiente de trabalho. In: *Coleção justiça, empresa e sustentabilidade*. vol. 4. p. 271-282.

4 Do direito internacional do trabalho

A OIT tem atualmente como principal objetivo a promoção de oportunidades para que mulheres e homens possam ter acesso a um trabalho digno e produtivo, em condições de liberdade, equidade e dignidade.

Estender a obrigatoriedade de observância das convenções internacionais a todos os países, mesmo os que não as ratificaram, é medida que objetiva o trabalho decente. Percebe-se que a erradicação das modalidades de trabalho forçado e degradante revela-se como uma das diretrizes das legislações pátria e internacional não apenas como forma de garantir um trabalho decente, mas, sobretudo, para se promover a efetivação dos Direitos Humanos e da paz social.

Assim é que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 4º, determina que “ninguém será mantido em escravidão ou em servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas”. No Código Penal brasileiro há a tipificação do crime de redução de alguém à condição análoga à de escravo, em seu art. 149. O mesmo diploma também estabelece pena a quem atentar contra a liberdade de trabalho (art. 197), frustrar direito assegurado por lei trabalhista (art. 203) ou aliciar trabalhadores de um local para outro do território nacional (art. 207).

No mesmo sentido, orienta-se a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ao proibir o trabalho forçado, dispondo que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III); ao assegurar a liberdade de exercício “de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (art. 5º, XIII) e ao proibir a adoção de pena de trabalhos forçados (art. 5º, XLVII).

Com efeito, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), por sua vez, também proíbe a fixação de condições degradantes de trabalho ao estabelecer multa ao empregador que mantiver empregado não registrado (art. 47) ou que não o identificar por meio da assinatura da Carteira de Trabalho e Previdência Social (art. 55). Ainda impõe a fixação de multa quando o empregador infringir qualquer dispositivo concernente ao salário mínimo (art. 120), à jornada de trabalho (art. 75) e às férias anuais remuneradas (art. 153).

O *Decent Work* é definido pela OIT como “trabalho produtivo em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade, com direitos protegidos, remuneração adequada e cobertura social”.

O objetivo da Organização Internacional do Trabalho e de todos os países membros de atingir o *decent work* resume as aspirações de todos os trabalhadores, pois, trata de oportunidades de trabalho produtivo, com renda justa, segurança no local de trabalho, possibilidades de desenvolvimento pessoal e igualdade de oportunidades, sem qualquer forma de discriminação.

A OIT desenvolveu a DWA (Decent Work Agenda) para a comunidade mundial de trabalho. Ela fornece suporte com Programas Integrados de Decent Work ou de Trabalho Digno. Colocando a Agenda do Decent Work em prática devem ser alcançados quatro pilares estratégicos: criação de empregos, direitos de

proteção do trabalho, social e diálogo social, com a igualdade de gênero como um objetivo transversal.

O objetivo geral do Trabalho Decente é efetuar uma mudança positiva na vida das pessoas, em nível nacional e local. A OIT presta apoio através de programas nacionais de trabalho digno integrados e desenvolvidos em coordenação com membros da OIT. Eles definem as prioridades no quadro de desenvolvimento de cada país, abordando os principais déficits de trabalho decente por meio de programas eficientes que estabelecem cada um dos pilares estratégicos e fornecem suporte para a construção de meios de alcançá-los.

A Organização Internacional do Trabalho tem realizado várias Agendas de Decent Work em seus países membros. O Brasil lançou, em maio de 2006, a Agenda Nacional de Trabalho Decente (ANTD), em atenção ao Memorando de Entendimento para a promoção de uma agenda de *decent work* no país. A Agenda Brasileira do Trabalho Decente define três prioridades: a geração de mais e melhores empregos, com igualdade de oportunidades e de tratamento; a erradicação do trabalho escravo e eliminação do trabalho infantil, em especial em suas piores formas; e o fortalecimento dos atores tripartites e do diálogo social como um instrumento de governabilidade democrática.¹⁸ No Brasil (pioneiro nessa iniciativa) foram estabelecidas também Agendas subnacionais.¹⁹

4.1 Trabalho (IN)Decente no Brasil

Em várias regiões do Brasil, os trabalhos no setor de rochas ornamentais – extração, beneficiamento e transporte de mármore e granito são, no mínimo, desumanos. Em geral são executados a céu aberto, na presença de poeiras, produtos químicos, muito ruído, em grandes alturas, ou em desnível de solo, pegando peso, manobras de blocos e chapas e tudo isso ocorrendo simultaneamente. Essas são características que qualificam esse trabalho como perigoso e penoso, e a atividade é considerada de grau de risco 43, a maior graduação atribuída às atividades listadas na Norma Regulamentadora nº 4.

Com as obras do pré-sal os petroleiros trabalham em jornadas longas de 12 horas em turnos alternantes – 7 dias no período diurno e 7 no noturno (7D/7N), ou na ordem inversa (7N/7D). Assim, os petroleiros *offshore* lidam com o sono compulsório no período diurno em pelo menos 7 dos 14 dias embarcados e, quando da troca do turno do dia para o turno da noite, ocorre a chamada “virada”. No trabalho *offshore* finda a jornada, os trabalhadores têm que permanecer na instalação

¹⁸ As organizações de empregadores e de trabalhadores devem ser consultadas permanentemente durante o processo de implementação da Agenda.

¹⁹ O Estado da Bahia lançou sua agenda em dezembro de 2007 e o Estado de Mato Grosso realizou em abril de 2009 a sua Conferência Estadual pelo Trabalho Decente, com o mesmo objetivo. Disponível em: [<http://www.oitbrasil.org.br/content/o-que-e-trabalho-decente>]. Acesso em: 18 nov. 2016.

em que atuam. É fundamental que os limites da jornada sejam respeitados e reduzidos, conforme Convenção n. 19 da OIT ratificada pelo Brasil/1957.

Dessa forma, é de se lamentar que grandes corporações transnacionais e algumas empresas nacionais com investimentos e interesses internos e externos, estejam realizando *dumping* social com uma precarização sociolaboral que se configura por meio de várias práticas, como a jornada de trabalho excessiva, a não concessão de férias, a inobservância de normas de segurança e medicina do trabalho, a terceirização ilícita, entre outras, que compromete gerações, privando-as de trabalho digno e decente entre outros direitos fundamentais.

A paz econômica tem por base, para empresas que praticam o “*dumping* social”, a prática de preços baixos por meio da precarização das condições de trabalho com a contratação de indígenas, presos do regime semiaberto, pessoas que residem centenas de quilômetros do local de trabalho, com a exploração de trabalhadores em condições análogas a escravo, de trabalhadores migrantes em geral do nordeste para o sul e sudeste do Brasil e de imigrantes que chegam ao país em condições desesperadoras, sem documentos, sem poderem se sindicalizar, ou se queixar de jornadas excessivas e acidentes de trabalho.

Como não há políticas públicas específicas para trabalhadores estrangeiros e como o número de Auditores-Fiscais do Trabalho é insuficiente (sem entrar no mérito das “propinas”), muitos bolivianos estão trabalhando em oficinas de costura de bairros como o Brás e centro da cidade de São Paulo, em condições no mínimo desumanas, nas chamadas “senzalas bolivianas” e muitas paraguaias trabalhando como empregadas domésticas no Paraná, especialmente em Foz do Iguaçu. Mais de 20 (vinte) mil haitianos trabalhando no Brasil, sendo que muitos estão em frigoríficos e em avícolas do Rio Grande do Sul, do Paraná e de Santa Catarina, realizando a atividade mais perigosa deste Estado, segundo o Anuário de Acidentes de Trabalho elaborado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

O Brasil é atualmente o maior exportador global de frango e carne bovina. O setor de frigoríficos abrange as empresas que abatem gado, suínos e aves, determinando medidas no processo produtivo, de maneira que reduza o risco à sua saúde e segurança. As atividades são fragmentadas, sujeitas à cadência imposta por esteiras e máquinas e pela organização da produção, com pressões de tempo, que não permitem que os trabalhadores tenham controle sobre a sua jornada.

No abate de bovinos são registrados altíssimos índices de desenvolvimento de distúrbios psíquicos e problemas esquelético-musculares, de lesões por esforços repetitivos que têm como um dos fatores facilitadores e agravantes a exposição a baixas temperaturas, doenças ocupacionais pelo frio, como pneumonia e reumatismo. Além disso, ocorrem duas vezes mais traumatismos de cabeça e três vezes mais traumatismos de abdômen, ombro e braço que em outras atividades e o trabalho contínuo com facas, serras e outras ferramentas afiadas, aliado a jornadas exaustivas que chegam a 15 horas, elevam o risco de acidentes do trabalho. As pessoas têm uma vida útil de trabalho muito curta hoje no setor.

Nas agroindústrias que produzem frangos para exportação (com o crescimento da exportação para o mercado japonês, que exige perfeição dos cortes

de carne, o que só pode ser feito com as mãos) o ritmo de produção é muito acelerado, intenso, insuportável, sem pausas nem rodízios, o que ocasiona muitas doenças ocupacionais, como lesão no punho ou nos plexos nervosos do braço e acidentes de trabalho. Estes trabalhadores desossam, no mínimo, 4 (quatro) coxas de frango por minuto e muitos chegam a realizar até 120 movimentos diferentes por minuto, sendo que estudos ergonômicos apontam que, para evitar o aparecimento de doenças osteoarticulares musculares, o limite de ações deve ficar na faixa de 25 a 33 movimentos por minuto.

Segundo empresários dos ramos de abate, um dos principais setores do agronegócio nacional, em virtude da escassez de mão de obra local para trabalhar em frigoríficos, o custo de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) por empregado haitiano compensa pela economia com a automação da produção. Na linha de desossa de coxa e sobrecoxa de frango, por exemplo, uma máquina capaz de fazer o trabalho de até 6 (seis) operários custa cerca de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e o investimento leva 10 (dez) anos para ser revertido em lucro.

A indústria do *call center* é outra que precariza o trabalho dos teleoperadores (segundo maior grupo ocupacional do país, depois dos trabalhadores domésticos) com salários muito baixos, trabalho intermitente, sem grandes possibilidades de progressão ocupacional e sujeitos às mais diversas arbitrariedades, opressões e explorações.

Além de não exigir qualificações especiais para a contratação, as empresas do setor de *telemarketing* adotam a estratégia de recrutamento preferencialmente de jovens sem experiência no currículo, arrimos de família, não brancos, mulheres, *gays*, pessoas que ficaram muito tempo sem trabalhar, e outros trabalhadores considerados como “problemáticos ou diferenciados”, considerando que estes trabalhadores, que historicamente ocupam os postos mais discriminados ou sub-remunerados do mercado de trabalho brasileiro, se comportam de maneira mais dócil, subordinando-se ao controle despótico do trabalho e à enorme pressão de metas cada vez mais difíceis de serem alcançadas.

E essas situações absolutamente incompatíveis com a dignidade humana são preferidas por muitos empregadores inescrupulosos, que conseguem baixar seus custos e ficar mais competitivos, sem o controle de sindicatos fortes, sem qualquer respeito a normas trabalhistas ou constitucionais, com a utilização de uma mão de obra barata, sem voz ativa, sem possibilidade de lutar por seus direitos!

Um aspecto essencial a se considerar no trabalho *offshore* é que, finda a jornada, os trabalhadores têm que permanecer na instalação em que atuam, o que significa se restringir, geralmente por duas semanas, à plataforma no que se refere às atividades de lazer e sono além de, necessariamente, vivenciar a interface casa-trabalho de forma diferenciada de outros trabalhadores. Outra questão relevante são as jornadas longas – de 12 horas –, o que destoa do padrão usualmente observado

em outros esquemas industriais, em que raramente se observam jornadas de 12 horas por períodos superiores a uma semana.²⁰

Impende lembrar também que a relativa paz econômica tem por base – mormente para empresas que praticam o “dumping social” – a exploração do trabalho de estrangeiros que chegam ao Brasil em condições desesperadoras. Um trabalhador indocumentado fica sem condições de se queixar de jornadas excessivas, de ausência de prevenção de acidentes e falta de cuidados com a segurança, entre outras péssimas condições de trabalho. O que, infelizmente, muitas indústrias preferem, para redução de custos sem qualquer controle: uma mão de obra barata, sem voz ativa, sem possibilidades de lutar por seus direitos.

A força de trabalho desse exército de excluídos tem sido utilizada em condições subumanas com uma desvalorização brutal à dignidade do trabalhador. O que demonstra irrefutável urgência em se lograr um avanço social que caminhe além do mero discurso em época de eleições, para o verdadeiro respeito aos trabalhadores como recursos diferenciais e não mais apenas como insumo de produção, na conquista de melhores climas organizacionais que não cedam espaço a qualquer espécie de assédio.

4.2 Agenda de trabalho decente na OIT e no Brasil

A OIT fixou como seu principal objetivo a promoção de oportunidades para que mulheres e homens possam ter acesso a um trabalho digno e produtivo, em condições de liberdade, equidade e dignidade.

O Trabalho Decente é definido pela Organização Internacional do Trabalho como “trabalho produtivo em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade, com direitos protegidos, remuneração adequada e cobertura social”. O objetivo da Organização Internacional do Trabalho e de todos os países membros de atingir o *decent work* resume as aspirações de todos os trabalhadores, pois trata de oportunidades de trabalho produtivo, com renda justa, segurança no local de trabalho, possibilidades de desenvolvimento pessoal e igualdade de oportunidades, sem qualquer forma de discriminação.

Estender a obrigatoriedade de observância das convenções internacionais a todos os países, mesmo os que não as ratificaram, é medida que objetiva o trabalho decente. Percebe-se que a erradicação das modalidades de trabalho forçado e degradante revela-se como uma das diretrizes da legislação pátria e internacional

²⁰ ALVAREZ, Denise; FIGUEIREDO, Marcelo; ROTENBERG, Lucia. Aspectos do regime de embarque, turnos e gestão do trabalho em plataformas offshore da Bacia de Campos (RJ) e sua relação com a saúde e a segurança dos trabalhadores. Revista brasileira de saúde ocupacional, São Paulo, v. 35, n. 122, p. 201-216, dez. 2010. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-6572010000200004&lng=en&nrm=isso]. Acesso em: 11 nov. 2016..

não apenas como forma de garantir um trabalho decente, mas, sobretudo, para se promover a efetivação dos Direitos Humanos e da paz social.

Assim é que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 4º, determina que “ninguém será mantido em escravidão ou em servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas”. No Código Penal Brasileiro há a tipificação do crime de redução de alguém à condição análoga à de escravo, em seu art. 149. O mesmo diploma também estabelece pena a quem atentar contra a liberdade de trabalho (art. 197), frustrar direito assegurado por lei trabalhista (art. 203) ou aliciar trabalhadores de um local para outro do território nacional (art. 207). No mesmo sentido, orienta-se a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ao proibir o trabalho forçado, dispondo que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III); ao assegurar a liberdade de exercício “de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (art. 5º, XIII) e ao proibir a adoção de pena de trabalhos forçados (art. 5º, XLVII).

Com efeito, a Consolidação das Leis do Trabalho, por sua vez, também proíbe a fixação de condições degradantes de trabalho ao estabelecer multa ao empregador que mantiver empregado não registrado (art. 47) ou que não o identificar por meio da assinatura da Carteira de Trabalho e Previdência Social (art. 55). Ainda impõe a fixação de multa quando o empregador infringir qualquer dispositivo concernente ao salário mínimo (art. 120), à jornada de trabalho (art. 75) e às férias anuais remuneradas (art. 153).

A OIT desenvolveu a DWA (Decent Work Agenda) para a comunidade mundial de trabalho. Ela fornece suporte com Programas Integrados de trabalho decente ou de trabalho digno. Colocando a Agenda do trabalho decente em prática devem ser alcançados quatro pilares estratégicos: criação de empregos, direitos de proteção do trabalho, social e diálogo social, com a igualdade de gênero como um objetivo transversal.

Ademais, outra linha de interpretação parte da premissa segundo a qual algumas mudanças que logram a perspectiva de desenvolvimento progressivo do direito devem se adaptar à dinâmica social. Neste sentido, o saudoso autor Mascaro acentuou:

No período contemporâneo assiste-se ao início de uma nova fase, a do direito do trabalho que rege o fato social trabalho. Tende a ser um direito não só de empregados, mas, também, de outros tipos de trabalhadores. Assiste-se ao fenômeno da expansão das suas fronteiras. O seu âmbito — a relação de emprego — mostra-se insuficiente. Inadiáveis são reformas destinadas a modificá-lo (...)

Por outro lado, a proteção do trabalhador deslocou-se dos aspectos econômicos para a sua pessoa e cidadania. Os direitos trabalhistas não são mais patrimoniais, como no período clássico. São, também, direitos e interesses morais: a reserva da intimidade, a proibição de

atos discriminatórios, a indenização por dano moral e outras medidas de tutela da dignidade do ser humano que trabalha.²¹

Considerações finais

A presente pesquisa pretendeu contribuir para o debate contemporâneo sobre o constructo relacionado ao assédio existencial que resulta em dano existencial, espécie de dano imaterial que acarreta a impossibilidade de o trabalhador dar prosseguimento ou realizar o seu projeto de vida, ou prejudica a sua vida de relações.

Configurações excludentes, capitais voláteis, fronteiras relativizadas e completa ruptura de paradigmas axiológicos. Diante dos crescentes conflitos paradoxais entre a manutenção de direitos conquistados arduamente pelos trabalhadores e a adaptação aos novos modelos de desenvolvimento favoráveis às políticas econômicas e sociais têm se tornado o maior desafio para o mundo do trabalho.

O estudo também apresentou a complexidade de se proteger o empregado diante das atuais estruturas socioeconômicas, políticas e jurídicas em face de uma crise de desemprego global alarmante e sem sinais de recuperação em curto ou médio prazo. Entretanto, nas dimensões da proteção social é imprescindível a criação e manutenção de políticas públicas que assegurem a todas e a todos o direito ao trabalho decente. Considerando-se que o estabelecimento de novas abordagens para dinâmica global contemporânea de nova produção social de riqueza é acompanhada de uma produção de ricos...

O assédio existencial foi estudado no presente trabalho como o conjunto de exigências que o empregador faz ao empregado com a cobrança de um volume tão excessivo de trabalho, tanto em horas quanto em desgaste emocional, que o impede de conviver com seus familiares, acompanhar o crescimento de seus filhos, participar de datas marcantes na vida de todos e que não voltam e não têm preço, enfim, de ter as rédeas de sua própria vida além muros da empresa. As consequências da jornada de trabalho excessiva contrariam a previsão constitucional do direito ao lazer, ao convívio social da família, à saúde e à dignidade, dentre outras garantias fundamentais que podem configurar o direito a indenização por dano existencial.

Acarreta, assim, dificuldade de retomar sua vida na convivência familiar e/ou social, gerando prejuízo em relação à vida social, que permite ao ser humano desenvolver e compartilhar suas atividades e ideais. Portanto, o trabalho decente é pressuposto para a efetivação do direito constitucional ao lazer, ao convívio social da família, à saúde e à dignidade, dentre outras garantias fundamentais.

Por fim, ainda o presente artigo perpassou as condições em que se encontram algumas categorias de trabalhadores, no intuito de promover reflexões acerca da necessidade de se encontrar os caminhos para uma globalização inclusiva. A precarização das condições de trabalho permeou toda a pesquisa, como resultado

²¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito contemporâneo do trabalho*. Saraiva: 2011, p. 389.

de uma contextualização de modo a destacar experiências de ordenamentos diversos, importando, sobremaneira, a busca de uma interlocução partindo do entendimento de que o mundo, a cada dia menor, precisa respeitar as articulações da solidariedade, do desenvolvimento da cidadania ativa e da inclusão social, nos primados da justiça e da paz mundial.

Referências

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial – A tutela de dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 6, n. 24, out./dez. 2005.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. O dano existencial e o Direito do Trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 79, n. 2, p. 240-261, abr/jun 2013.

ALVAREZ, Denise; FIGUEIREDO, Marcelo; ROTENBERG, Lucia. Aspectos do regime de embarque, turnos e gestão do trabalho em plataformas *offshore* da Baía de Campos (RJ) e sua relação com a saúde e a segurança dos trabalhadores. *Revista brasileira de saúde ocupacional*, São Paulo, v. 35, n. 122, p. 201-216, dez. 2010. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572010000200004&lng=en&nrm=isso]. Acesso em: 11 nov. 2016.

BARRETO, Margarida. *Violência, saúde, trabalho: uma jornada de humilhações*. São Paulo: EDUC, 2001.

BBC Brasil, de 05/07/2015. *Por que o Japão tem uma taxa de suicídios tão alta?* Disponível em: [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/07/150705_japao_suicidio_rb]. Acesso em: 18 nov. 2016.

BBC Brasil. *Empresa chinesa contratará psicólogos para conter suicídios*. Disponível em: [http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2010/05/100524_foxconn_suicidios_mv.shtml]. Acesso em: 11 dez. 2016.

BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. *Revista LTr*, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009.

BECK, Ulrich. A ciência é causa dos principais problemas da sociedade industrial. *Folha de São Paulo*, de 20/11/2001. Caderno A, p. 12.

DARCANCHY, Mara. *Direito, inclusão e responsabilidade social*. São Paulo: LTr, 2013.

DARCANCHY, Mara. O “decent work” na globalização socialmente inclusiva do direito internacional do trabalho. *Revista Jurídica Unicuritiba*, Curitiba, v. 29, n. 29, p. 164-184, 2012.

DARCANCHY, Mara; SÉLLOS-KNOERR, Viviane. Assédio existencial no meio ambiente de trabalho. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides; COUTO, Mônica Bonetti; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Nasponili. (coords.). *Empresa, funcionalização do direito e sustentabilidade: função sócio-solidária da empresa e desenvolvimento*. p. 271-282. Curitiba: Clássica, 2013.

DE MASI, Dommenico. *O futuro chegou*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra-Leya, 2013.

DE MASI, Dommenico. *O ócio criativo*. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2000.

DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional privado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DEL’OLMO, Florisbal de Souza; DARCANCHY, Mara; SUSKI, Liana. (orgs.). *Vertentes do Direito Internacional contemporâneo e cidadania*. Campinas: Millennium, 2013.

EVANS, Stephen. *Para desestimular suicídio, empresas sul-coreanas fecham funcionários em caixões*. In: *BBC News em Seul*, de 14/12/2015. Disponível em: [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151214_coreiadosul_caixao_tera_pia_hb]. Acesso em: 18 nov. 2016.

FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. *Revista Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 24, 2010.

GAO, Yuning. *China as the workshop of the world*. New York: Taylor & Francis, 2011.

GUEDES, Marcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

GÜNTHER, Luiz Eduardo. *A OIT e sua influência no Direito do Trabalho brasileiro*. Disponível em: [<https://www.youtube.com/watch?v=9alXA1q0bM4>]. Acesso em: 18 nov. 2016.

HIYAMA, Toru; YOSHIHARA, M. New occupational threats to Japanese physicians: Karoshi (death due to overwork) and karojisatsu (suicide due to overwork). *Occupational and Environmental Medicine*, 65(6), p. 428-429, jun/2008.

LEE, Sangheon; MCCANN, Deirdre; MESSENGER, Jon C. *Duração do trabalho em todo o mundo: Tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada*. Tradução de Oswaldo de Oliveira Teófilo. Secretaria Internacional de Trabalho. Brasília: OIT, 2009.

MOULIN, Maria das Graças Barbosa; MORAES, Ana Beatryce Tedesco. Vamos fazer poeira! Fontes e expressões da pressão no trabalho do setor de rochas ornamentais no Espírito Santo. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*. São Paulo, n. 35 (122): 192-200, 2010.

NABUCO, Paula. Hukou e migração na China: alguns apontamentos sobre divisão do trabalho. *Revista econ. contemp.* Rio de Janeiro, v. 16, n. 2, ago. 2012. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-98482012000200004&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 02 jul. 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito contemporâneo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 29. ed. (3ª tiragem). São Paulo: Saraiva, 2015.

NICCOLAI, Alberto. Orario di lavoro e resto della vita. *Lavoro e diritto*, anno XXIII, n. 2, 2009.

SARAIVA, José Flávio Sombra. *História das relações internacionais contemporâneas: da sociedade internacional do século XIX à era da globalização*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOROS, George. *Globalização*. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

STANDING, Guy. *O precariado: a nova classe perigosa*. São Paulo: Autêntica, 2013.

Recebido em 19/12/2016

Aceito em 22/12/2016

NORMAS DE PUBLICAÇÃO

1 A revista *Direito e Justiça: Reflexões sociojurídicas*, elaborada pelo Curso de Direito da URI, campus de Santo Ângelo, publica artigos.

2 Quanto à temática, os artigos deverão obedecer às linhas de instrumento de propagação das reflexões e construções do conhecimento acerca dos Novos Direitos, estimulando o debate, o questionamento e o desenvolvimento dos processos formativos dos operadores e investigadores jurídicos, como forma de integração entre a universidade e o mundo da vida voltada para a potencialização dos processos de constituição da cidadania e da democracia.

3 Os trabalhos serão recepcionados pelo método *double blind peer review*, que possibilita a análise dos inominados artigos, garantindo segurança tanto para o(s) autor(es), quanto para os avaliadores. Esse método ainda exige a avaliação do artigo por dois ou mais avaliadores.

4 O Conselho Editorial não se obriga a publicar nenhuma colaboração que lhe seja enviada e também devolver os originais. Somente serão devolvidos os textos ao(s) autor(es) em caso de mudanças ou correções sugeridas pelo Conselho Editorial.

5 O envio espontâneo de artigos e a posterior aceitação para publicação implica, automaticamente, a cessão dos direitos autorais à Revista, tanto em versão impressa como eletrônica. Sua reprodução posterior, por qualquer meio, poderá ser feita somente mediante entendimento prévio entre a Revista e o autor e com a devida citação da fonte.

6 Os conceitos e informações contidas nos textos são de inteira responsabilidade de seus autores.

7 Os textos deverão ser inéditos e submetidos no site http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica. Para envio e acompanhamento do texto, é necessário cadastrar-se na área de acesso.

8 Os trabalhos devem:

- a) ser inéditos e no máximo 3 autores, sendo pelo menos um autor Doutor ou Mestre;
- b) conter título (na língua portuguesa e inglesa);
- c) resumo (na língua portuguesa e inglesa), com no máximo 200 palavras;
- d) palavras-chave (na língua portuguesa e inglesa);
- e) sumário (na língua portuguesa e inglesa);
- f) introdução, desenvolvimento, conclusão e referências;
- g) possuir de 10 a 20 laudas no formato Word;
- h) fonte **Times New Roman** 12, espaçamento entre linhas simples, espaçamento entre parágrafos simples, com margens superior e esquerda de 3cm, inferior e direita 2cm.

9 O nome do autor deverá ser colocado abaixo do título, por extenso, seguido de nota de rodapé com as devidas especificações, a saber: cargo, titulação, local de trabalho, grupo de pesquisa, e-mail e, se houver, a publicação mais relevante.

10 Os textos deverão ser elaborados conforme as normas da Associação Brasileiras de Normas Técnicas (ABNT), adotado o sistema na forma de “nota de rodapé”, sistema numérico.

12 As referências são apresentadas no final do trabalho, listadas em ordem alfabética e sem numeração, de acordo com a ABNT. Exemplo:

a) Artigo

SOBRENOME, Nome. Título do artigo. Título do periódico em itálico, local de publicação, v. ano-ou-volume, n. número-ou-fascículo, p. página inicial-página final, data.

Ex.: CIRNE-LIMA, Carlos. Ética de coerência dialética. *Veritas*, Porto Alegre, v.44, n. 4, p. 941-964, dez./1999.

13 Os títulos das divisões e subdivisões dos textos devem ser escritos em letras minúsculas e negrito e numerados de forma progressiva.

14 Os trabalhos deverão ser escritos em Língua Portuguesa, Língua Espanhola, Língua Inglesa, Língua Francesa, Língua Italiana ou Língua Alemã e a revisão será de responsabilidade do autor do texto.

15 Anexos como figuras e gráficos dificultam a edição da revista, devendo ser evitados.

16 A revista fornecerá ao autor do texto um exemplar da edição.

17 Somente serão analisados trabalhos que estejam dentro das regras e que atendam às recomendações.

18. Os autores serão notificados sobre o resultado da avaliação via e-mail.

Redação:

Revista Direito e Justiça

Curso de Graduação em Direito da URI, RS

Av. Universidade das Missões, 464 – Tel. (55) 3313-7950

E-mail: rdj@santoangelo.uri.br

Página: http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica
98802-470 – Santo Ângelo, RS – Brasil

RELAÇÃO DE ARTIGOS PUBLICADOS NAS EDIÇÕES ANTERIORES

Nº 1 – Abril/2002

Adriane Cláudia Melo Lorentz

Letícia Mousquer Ritter

Eficácia dos tratados internacionais no direito brasileiro: etapas de internalização e hierarquia

Astrid Heringer

Propriedade industrial: as novas interpretações da licença compulsória para medicamentos

Belmiro Pedro Welter

(Des)velamento da cidadania na democracia constitucional

Eliseu Mânica

Algumas reflexões para uma cidadania instituinte e planetária

Florisbal de Souza Del’Olmo

A homologação de sentença estrangeira no direito brasileiro

Osmar Veronese

Impunidade parlamentar

Rafael Iansen César

Aplicabilidade da norma constitucional dos juroz reais: uma análise do artigo 192, § 3º, da Constituição Federal

Saleto Oro Boff

A jurisdição constitucional no estado democrático de direito

Nº 2 – Setembro/2002

Artur Hamerski

O bem falar, escrever e interpretar

Cláudio Specht

O movimento dos trabalhadores rurais sem terra no contexto dos movimentos sociais

Eros Roberto Grau

Sobre a interpretação/aplicação do direito: seu caráter alográfico

Gilberto Kerber

Direito de família: alterações do Código Civil

Gilmar Antonio Bedin

O fenômeno da globalização do mundo e as possibilidades de realização da sociedade atual: é possível construir uma nova ordem mundial justa e solidária?

Giovan Vinícius Soares de Lima

Os direitos do homem

Luciana Claudete Meirelles Corrêa

Os limites do poder do juiz

Marcelo da Pieve

A antecipação da tutela dos fatos incontroversos do pedido

Nº 3 – Maio/2003

Ademir Vieira dos Santos

Direito e Psicologia – uma interdisciplinaridade possível e necessária

Adriane Cláudia Melo Lorentz

O poder dos estados na sociedade internacional

Astrid Heringer

Bianca Missio

A produção da violência contra a mulher no âmbito doméstico

Cássia Paola Dilkin

Soluções pacíficas de controvérsias entre os estados

Eliseu Mânica

O efetivo conteúdo de efeito suspensivo atribuído aos recursos

Janete Rosa Martins

Direito humanos e fundamentais no estado contemporâneo

Salete Oro Boff

Sandra Regina Morais Welter

A administração pública no estado democrático de direito

Nº 4 – Setembro/2003

Adriane Cláudia Melo Lorentz

Noções introdutórias sobre a União Europeia

Airton José Sott

A possibilidade do controle judicial de constitucionalidade – incidental, concreto e difuso – no direito brasileiro anterior à Constituição Federal de 1988 – em conexão com os direitos fundamentais

Gilberto Kerber

Direito de família: o avanço dos costumes aos direitos hereditários

Jacson Roberto Cervi

O dano ambiental e o dever de reparação

Lisandro Luís Wottrich

Fungibilidade procedimental ma tutela de urgência

Luciana Claudete Meirelles Corrêa

A prestação jurisdicional

Marcelo da Pieve

Estado de mal-estar social

Otávio Alberto Gomes de Campos

Juizado especial cível

Sandra Regina Morais Welter

A inconstitucionalidade da liberação da soja transgênica

Nº 5 – Maio/2004

Ademir Vieira dos Santos

Contribuição de homens de paz ao direito internacional

Adherbal Meira Mattos

Acordo de salvaguardas tecnológicas do centro de lançamento de Alcântara

Adriane Cláudia Melo Lorentz

Medidas compensatórias na OMC e no MERCOSUL: mecanismos que visam à afetividade das decisões

Afonso Henrique Prezoto Castelo

Maria de Fátima Ribeiro

Tendências internacionais sobre a prestação de serviços e as inovações da Lei Complementar 116/03

Astrid Heringer

Implicações do acordo sobre aspectos da propriedade intelectual relacionadas ao comércio (ADPIC) para o Brasil: a questão da saúde pública

Augusto Jaeger Junior

2004, um ano de reformas na comunidade europeia: a reforma do regulamento n. 17/1962 pelo n. 1/2003

Cátia Micheli Erhart
A arbitragem como solução de conflitos

Daniela Vanila Nakalski
Rodrigo Alexandre Benetti
A problemática da cidadania comunitária no MERCOSUL

Florisbal de Souza Del’Olmo
A ampliação da União Europeia

Gilberto Kerber
Uniformização da legislação dos países do continente: via adoção supranacional para maior segurança contra a violência

José Eduardo Faria
Globalização e cidadania na visão do direito internacional

Juliana Kiyosen Nakayama
O paradigma União Europeia em relação ao futuro do MERCOSUL: a eficácia das normas

Leonel Severo Rocha
O direito na forma de sociedade globalizada

Taciana Marconatto Damo Cervi
Responsabilidade internacional do estado por dano ao meio ambiente

Nº 6 – Setembro/2004

Cláudio Specht
Educação ambiental: de uma consciência antropocêntrica para uma consciência ecocêntrica

Domingos Benetti Rodrigues
Função socioambiental da propriedade rural nos contratos agrários

Guido Fernando Silva Soares
Dez anos após Rio-92: o cenário internacional, ao tempo da cúpula mundial sobre desenvolvimento sustentável (Joanesburg, 2002)

Jacson Roberto Cervi, Daniela Dewes, Ellara Valentini Wittckind, Eriane Liesenfeld, Ingrid Heck Souza
Direito e ecologia: caminhos para o desenvolvimento sustentável

Lucas Abreu Barroso
Tópicos prepedêuticos da matéria ambiental

Maria Gislaine Manucello

Responsabilidade civil do estado pela demora na prestação jurisdicional em causas ambientais

Maria Margarida Jung Ferreira

Metodologias de avaliação econômica dos recursos naturais

Salete Oro Boff, Taciana Marconatto Damo Cervi

Biotecnologia versus questões ambientais: pontos controversos na liberação de OGMS

Sidney Guerra

O direito à informação em matéria ambiental

Valerio de Oliveira Mazzuoli

A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente

Vladimir Luís Silva da Rosa

Os aspectos que tornam o estudo sobre o dano ambiental importantes para a qualidade de vida da sociedade

Nº 7 – Setembro/2005

Angelita Maria Maders

Acesso à justiça: em defesa do cidadão

Astrid Heringer

A reconstrução do conhecimento na obra de Pedro Demo

Cláudio Specht

O direito e o processo na perspectiva da cidadania

Cristian Clemens Rubi, Monique Cunha

Ação comunitária para os apenados do presídio de Santo Ângelo e o processo penal brasileiro

Darci Guimarães Ribeiro

O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo

Diolinda Kurrle Hannusch

A ilicitude da prova obtida na busca e apreensão pessoal

Eliseu Mânica

A reforma do CPC e os novos rumos do direito processual civil brasileiro

Hed Orozinho Soares Brittes
Os direitos difusos ambientais na perspectiva processual civil

Janete Rosa Martins
O processo administrativo no século XXI

Lisiane Beatriz Wickert, Silviane Bouffleur
A tendência sincrética do direito processual civil brasileiro

Luciana Claudete Meirelles Corrêa
A súmula vinculante

Luis Carlos Rosa
Morosidade jurisdicional

Luís Ivani de Amorin Araújo
Considerações sobre a sentença

Márcio Zanoello
Os limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas previstas no Código de Defesa do Consumidor

Paulo Vanderlei Vargas Groff
Princípios constitucionais fundamentais e princípios gerais do processo civil: uma visão principiológica do processo civil

Nº 8 – Junho/2006
DIREITO ECONÔMICO

Adriane Cláudia Melo Lorentz
As regras para o desenvolvimento da atividade empresarial pelo estrangeiro no Código Civil Brasileiro

Astrid Heringer
Sociedade simples: um natimorto no Código Civil de 2002

Carlos Alberto Lunelli, Jeferson Marin
As dimensões da identidade da marca insdustrial: traços distintos e desafios contemporâneos

Carolina Pancotto Bohrer Munhoz
Uma avaliação da experiência do CADE: análise do caso Nestlé/Garoto

DIREITO TRIBUTÁRIO
Augusto Jaeger Junior
Generalidades sobre o direito tributário alemão

Fernando Facury Scaff

Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos

Maristela Gheller Heidemann, Niki Frantz

A imunidade tributária conferida aos templos de qualquer culto – um enfoque nos impostos municipais

Salete Oro Boff

Reforma tributária e democracia

RESENHA

Cláudio Specht

A construção de um direito mundial

Nº 9 – Novembro/2006

Adriane Cláudia Melo Lorentz

A carta dos direitos fundamentais na futura Constituição da União Europeia: possibilidade de controle pela corte de justiça

Agostinho Oli Koppe Pereira, Cleide Calgaro, Henrique Mioranza Koppe Pereira

A cidadania e o meio ambiente

Alindo Butzke, Eliane Willrich Hoffmann

Desenvolvimento e sustentabilidade: o grande conflito de nossos dias

Álvaro Filipe Oxley da Rocha

Reforma do judiciário: cidadania e novos direitos

Astrid Heringer

A incorporação dos tratados sobre direitos humanos na Constituição Federal: dos direitos naturais à Emenda Constitucional n. 45/2004

Clóvis Gorczewski, Rosane Beatris Mariano da Rocha Barcelos Terra

O princípio da igualdade na Constituição Brasileira e sua aplicabilidade nas ações afirmativas referentes ao ingresso no ensino superior

Doglas Cesar Lucas

A moralidade jurídica dos Direitos Humanos: apontamentos sobre a contribuição teórica de Otfried Höffe

Germano Schwartz, Juliana Ractz

O direito público subjetivo à saúde: efetividade via políticas públicas

Juliana Santilli

Os “novos” direitos socioambientais

Karine de Souza Silva, Ricardo Nunes Viel

Os mecanismos coletivos de proteção dos Direitos Humanos: os sistemas de proteção universal e o interamericano

Luiz Gonzaga Silva Adolfo

Breve crônica de uma transformação anunciada: o (re) surgimento do direito autoral da sociedade na informação

Marli M. M. da Costa, Rosane T. C. Porto

Exclusão social, violência estrutural e delinquência juvenil: uma análise a partir de Michel Foucault

Paulo Márcio Cruz

Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado constitucional moderno

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, Tasca Frantz

Desenvolvimento sustentável e cooperação internacional: em busca do reconhecimento da natureza

Salete Oro Boff

Avanços da biotecnologia, bioética e a formação do (bio)direito

Têmis Limberger

Intimidade e informática – necessidade de regulação jurídica no âmbito internacional, a fim de que sejam protegidos os direitos do cidadão

Wilson Engelmann

Intimidade e informática – necessidade de regulação jurídica no âmbito internacional, a fim de que sejam protegidos os direitos do cidadão: o bem humano como elemento motivador da (re) significação do conceito de direito

Nº 10 – Novembro/2007

Adriane Cláudia Melo Lorentz

O tratado constitucional europeu como fonte de inspiração para o novo e futuro “tratado modificativo” da União Europeia

Ángela Figueruelo Burrieza

La actual reforma del recurso constitucional en amparo en España

Argemiro Cardoso Moreira Martins, Luiz Henrique Urquhart Cadermatori

Hermenêutica principiológica e ponderação de direitos fundamentais: os princípios podem ser equiparados diretamente a valores?

Astrid Heringer

Eutanásia em Espanha: desde la Constitución Española hasta las iniciativas de las comunidades autonómicas

Augusto Jaeger Junior, Benjamin Hertzeg

O tratado que estabelece uma Constituição para a Europa

Everton das Neves Gonçalves, Joana Stelzer

Concretude do direito constitucional econômico: *a law and economics* na realização da ordem constitucional econômica brasileira de 1988

Hed Orozimbo Soares Brittes

Os efeitos da declaração de nulidade da lei inconstitucional e a interpretação conforme a Constituição, no controle abstrato de normas pelo Supremo Tribunal Federal

Leonardo Arquimiro de Carvalho

Mandado de injunção e hermenêutica constitucional: velhas e novas leituras

Janete Rosa Martins

O princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa como mecanismo central de direito e garantia do servidor público

Juliano Heinen

A interpretação conforme a Constituição como ferramenta de controle constitucional e como técnica interpretativa

Paulo Marcio Cruz

Soberania e superação do estado constitucional moderno

Paulo Vanderlei Vargas Groff

Interpretação constitucional – alguns caminhos possíveis

Salete Oro Boff, Christiane Schorr Monteiro

As ações afirmativas como políticas públicas de proteção das minorias

Nº 11 – Novembro/2008

Astrid Heringer, Sabrina Fontoura Perim

A eutanásia no Brasil

Arthur Mendes Lobo

Breves comentários sobre a regulamentação da súmula vinculante

Arno Arnoldo Keller, Daiane Vieira Lopes

Competência para resolução dos litígios que envolvam os servidores públicos estatutários frente à Emenda Constitucional n. 45/2004

Janaína Machado Sturza

O direito constitucional à saúde: breve delineamento sobre as realidades brasileira e italiana

Northon Motta, Janete Rosa Martins

Responsabilidade civil do estado nos acidentes automobilísticos causados por buraco, valeta ou desnivelamento da rodovia

Julio César Gaberel de Moraes Filho

Parceria público-privada no sistema prisional mineiro

Luciana Jordão da Motta Armiliato de Carvalho

Sobre a política de dispensação de medicamentos no Brasil: mínimo necessário para a efetivação do direito à saúde

Paulo Vanderlei Vargas Groff

Representação assimétrica no Congresso Nacional

Taciana Marconatto Damo Cervi

A tutela administrativa do meio ambiente: o estudo de impacto ambiental

Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Os direitos fundamentais à vida e autodeterminação frente ao problema do aborto: o enfoque constitucional de Ronald Dworkin

Nº 12 – Março/2009

Airto Chaves Junior, Marisa Schmitt Siqueira Mendes

A miséria atrás das grades: a produção da criminalidade a partir da seletividade da norma penal

Angelita Woltmann, Raquel Buzatti Souto

A incompatibilidade da prisão provisória com o sistema prisional brasileiro diante do garantismo penal e da dignidade do acusado

Charlise Paula Colet

A valorização do ser humano a partir das matrizes teóricas do direito fraterno e da justiça restaurativa: o tratamento de conflitos como forma de exercício da cidadania

Daiana Rosa Lubini

Incidência das causas extintivas do direito de punir do estado no âmbito do ato infracional

Luís Gustavo Durigon

Direito penal e complexidade na sociedade pós-moderna

Mário Luis Oliveira dos Santos
O princípio da insignificância no direito penal do ambiente

Pedro Correia Gonçalves
A responsabilidade por comissão por omissão dos administradores e gestores empresariais

Roseli Teresinha Michaloski Alves
A fruição dos direitos da mulher a partir das ações afirmativas

Santos Juliano Zorzan
A persecução criminal pré-processual e o princípio da eficiência

Taciana Marconatto Damo Cervi, Virgínia Marconatto Damo
Delinquência juvenil: fruto de desamparo familiar ou estatal?

Valerio de Oliveira Mazzuoli
Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro

Nº 13 – Novembro/2009

Fernando Rey Martínez
Eutanasia y derechos fundamentales

Vicente de Paulo Barretto, Luís Fernando Moraes de Mello
Ética, biopoder e sociedades tecnocientíficas

Elida Séguin
Direitos sexuais como um direito humano

Maria de Fátima Freire de Sá, Diogo Luna Moureira
Marcos normativos para a preservação da integridade na pesquisa

Germana Oliveira de Moraes, Francisco Davi Fernandes Peixoto
O biodireito através do prisma do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais

Fernanda Matias, Carine Teixeira
As externalidades brasileiras para o desenvolvimento da biotecnologia nacional

Angelita Maria Maders
Biodireito: baliza a utilização das novas biotecnologias e resposta aos problemas bioéticos

Marília Bortolotti, Simone Stabel Daudt
O projeto genoma humano e os desafios da bioética na pós-modernidade: princípio da dignidade da pessoa humana como paradigma às questões bioéticas

Isabel Cristina Brettas Duarte

Biodireito, complexidade e responsabilidade: uma análise jurídica da liberação das pesquisas com células-tronco embrionárias no Brasil

Pedro Jorge de Oliveira Rodrigues

Biodireito: fator de pré-disposição para a “religação dos saberes”

Lucas Eduardo de Castro Burin, Astrid Heringer

Células-tronco embrionárias: uma discussão em prol da vida humana

Nº 14 – Abril/2010

Darlan Machado Santos

A cidadania moderna brasileira: uma reflexão dos desafios da emancipação dos direitos do homem como cidadão

Rosângela Angelin

A educação ambiental na construção participativa de um meio ambiente saudável

Cristiano Heineck Schmitt

A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso

Daniela Vasconcellos Gomes

A importância da aplicação dos princípios da precaução e da prevenção na busca de um meio ambiente ecologicamente equilibrado

Gustavo de Souza Campos Leão

A legitimidade ativa na tutela coletiva de direito

Luiz Gonzaga Silva Adolfo, Clarice Teresinha Arenhart Menegat

A questão do gênero e seus reflexos no direito brasileiro da atualidade: uma breve análise a partir de perto do coração selvagem, de Clarice Lispector

Emanuella Melo Rocha, Roberta Lia Sampaio de Araújo Marques

A rádio comunitária como forma de efetivar a comunicação participativa em contraposição à comunicação de consumo

Josiane Borghetti Antonelo Nunes, Janaína Machado Sturza

As crises do estado contemporâneo e a violação do princípio da cidadania: o neocontratualismo de John Rawls como uma possível alternativa

André Rafael Weyermüller

As dificuldades comunicativas entre direito e economia e as possibilidades dos créditos de carbono: uma visão sistêmica e ambiental

Nº 15 – Novembro/2010

Aglais Cristina Gondim Tabosa Freire, João Araújo Monteiro Neto
Aspectos jurídicos do combate aos crimes da tecnologia da informação no Uruguai

Elida Séguin
Direitos sexuais como um direito humano

Abraham Balzer Molina
La relevancia social de los procesos colectivos

Larissa Tenfen Silva
Mediação, acesso à justiça e o serviço de mediação familiar

Taciana Marconatto Damo Cervi
O direito ambiental e a transição paradigmática

Paula Nedeff Timm
O direito ao trabalho: a situação dos portadores de necessidades especiais e a legislação brasileira

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth
O direito penal do inimigo como resposta simbólica à macrocriminalidade

Ilzver de Matos Oliveira, Júlio César Diniz Hoenisch
O judiciário diante do direito fundamental à identidade étnica

Mathias Felipe Gewehr
O princípio da dignidade da pessoa humana e as questões de biodireito na visão dos tribunais brasileiros

Nº 16 – Abril/2011

Lucas de Souza Lehfeld, Cristina Veloso de Castro
Responsabilidade socioambiental das usinas sucroalcooleiras da região do Triângulo Mineiro

Daiane Nogueira de Lira
A audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional: uma análise a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas

Josyane Mansano
A contribuição das normas de incentivo tributário ambiental diante da racionalidade econômico-jurídica do desenvolvimento sustentável

Jimenna Rocha Cordeiro Guedes

A crise ambiental e dos paradigmas modernos: fatores para a construção de uma nova axiologia para a pós-modernidade

João Luiz Stefaniak

A efetividade do direito humano e fundamental à moradia

Indianara Pavesi Pini Sonni

A origem e a trajetória processual dos interesses transindividuais. a busca da efetividade da tutela coletiva

Micheli Pereira

A previsibilidade das decisões judiciais como condição para o ‘desenvolvimento econômico’: tensão entre neoliberalismo e o papel garantista do judiciário

Gabriela Azevedo Campos Sales

A proteção aos direitos das pessoas com deficiência no Brasil: o diálogo entre o direito interno e o direito internacional

Andreza Aparecida Franco Câmara

A terra como meio de especulação do mercado imobiliário

André Leonardo Copetti Santos

É constitucional a expansão normativa do controle social no Brasil?

Mauro José Gaglietti, Marcelino da Silva Meleu, Natália Formagini Gaglietti

Existe sustentação legal na Constituição da República Federativa do Brasil acerca da mediação de conflitos?

Nº 17 – Novembro/2011

Sofia Vilela de Moraes e Silva

Compreendendo a discriminação contra homossexuais no mercado de trabalho: da hipótese repressiva à produção de discurso

Graziella Ambrosio

Conflito entre normas coletivas de trabalho

Natália Cardoso Marra

Cooperação interinstitucional como instrumento de formação de regiões metropolitanas

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, Rogério Santos Rammê

Direitos humanos e ecocidadania: ambiente, risco e o despertar do sujeito ecológico

Ana Belén Álvarez Fernández

La necesidad de fijar las incompatibilidades de las instituciones arbitrales en España

Charlise Paula Colet, Viviane Teixeira Dotto Coitinho

Mediação, jurisdição e interpretação: a superação do modelo tradicional para tratamento de conflitos no sistema brasileiro e a tarefa hermenêutica do mediador

Peterson Elizandro Gandolfi, Joelma Lúcia Vieira Pires, Maria Raquel Caixeta Gandolfi, Roberto Bueno

O egresso do sistema prisional: educação escolar, emprego e inclusão social

Paulo Márcio Cruz, Gabriel Real Ferrer

Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica

Tatiana Cotta Gonçalves Pereira

Política nacional de resíduos sólidos: nova regulamentação para um velho problema

Leonel Severo Rocha, Delton Winter Carvalho

Mudanças climáticas e as implicações jurídico-principiológicas

Rosângela Angelin, Angelita Maria Maders

A dignidade da mulher e sua proteção pela Lei 11.340/2006: um desafio do estado democrático de direito

Nº 18 –Abril/2012

Josiane Borghetti Antonelo Nunes, Janaína Machado Sturza

Rarificação da água potável e saúde pública: a necessidade de uma consciência ambientalista em prol do direito humano fundamental a ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado

Vera Ribeiro de Almeida

Representações sociais sobre a pena nos juizados especiais criminais estaduais

Adalberto Narciso Hommerding

Reclamação e correição parcial: critérios para distinção

Ederson Nadir Pires Dornelles, Madie da Silva Ribas Soares, William Smith Kaku

Técnicas de estudo e leitura técnica para acadêmicos de direito

Mathias Felipe Gewehr

A Bioética e o princípio da justiça

Rafaela Benevides Ferreira Machado

Direito à saúde: a implementação de políticas públicas perante a minoria criança

Cláudia Taís Siqueira Cagliari, Marli Marlene Moraes da Costa

Políticas públicas e justiça restaurativa

Daniela Favero, Sarina Occhipinti Magalhães

A descaracterização do seguro de acidente do trabalho como ferramenta do desenvolvimento econômico sustentável

Sergio Manuel Fialho Lourinho

A moral transcendental de Kant

Ney Fayet Júnior

Do avanço interpretativo na compreensão do instituto do delito continuado: da necessidade de demarcação fático-temporal precisa dos crimes componentes da cadeia continuada

Carlos Alberto Elbert

A criminologia na pós-modernidade

Sérgio Resende de Barros

Reforma constitucional da Constituição

Gilmar Antonio Bedin, Joice Graciele Nielsson

Direitos Humanos, justiça e desenvolvimento: o papel dos direitos sociais, econômicos e culturais na construção de uma vida digna segundo Amartya Sen

André Leonardo Copetti Santos, Evelyne Freistedt Copetti Santos

Constituição, direito penal e diferença. Sobre a emergência de uma tutela penal de minorias e vulneráveis sociais pós-constituição de 1988.

Alessandro Freitas de Faria, Florisbal de Souza Del’Olmo

O reconhecimento da entidade familiar homoafetiva e o instituto da adoção

Nº 19 – Novembro/2012

Mayna Marchiori de Moraes, Rozane da Rosa Cachapuz

A Justiça aristotélica e sua observância no Estado Democrático de Direito por meio da utilização da arbitragem

Liana Maria Feix Suski

Morte digna sob a ótica histórica e conceitual

Eduardo Biacchi Gomes, Sólon Cícero Linhares

A relevância econômica dos Direitos Sociais prestacionais e o limite da reserva do possível face o princípio do mínimo existencial

Cristian Willi Hasse, Débora Patricia Seger, Florisbal de Souza Del’Olmo

A sentença arbitral nos contratos públicos: estudo do caso AES X CEEE

Irineu Francisco Barreto Junior, Cristina Barbosa Rodrigues

Governo Eletrônico, Cidadania e Inclusão Digital

Luana Maíra Moura de Almeida

Multiculturalismo: uma visão da doutrina comunitarista em prol do bem comum e do reconhecimento de diferentes identidades

Carlos Aurélio Mota de Souza

A fraternidade como categoria jurídica no Direito Ambiental

Mara Darcanchy

O dano existencial e o Direito Fundamental ao trabalho decente na OIT

Nº 20 – Abril/2013

Larissa Ramina, Emerson Luiz Laurenti

Tráfico Internacional de pessoas e a busca da Dignidade perdida

Cristina Ferraz

Legitimidade da defensoria pública na ação civil pública à luz do acesso à justiça

Aguinaldo Alemar

Consumo e proteção ambiental: a ciência jurídica como elemento criativo nesta relação

Fernando G. D'Alessandro

Reflexiones sobre el régimen de pronto pago de créditos laborales en el derecho concursal argentino

Michele Alessandra Hastreiter, Luís Alexandre Carta Winter

Contratos de empresas estrangeiras com a administração pública para a viabilização de obras de infraestrutura para a copa do mundo de 2014: um estudo de caso sobre o leilão dos aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Brasília.

Marco Aurélio Pieri Zeferino, Juventino de Castro Aguado

Globalização e soberania: a exclusão dos direitos humanos dos estrangeiros pelo estado

Rosane B. Mariano da Rocha Barcellos Terra, Grace Kellen de Freitas Pellegrini

A contribuição da decisão do Supremo Tribunal Federal na Adin 4.277 para o sistema democrático brasileiro e seu papel para a mudança do pensamento cultural

Camila Dabrowski de Araújo Mendonça, Danielle Annoni

A relação entre jurisdições nacionais e internacionais: primazia e complementaridade

Nº 21 – Novembro/2013

Alvaro A. Sánchez Bravo
Crisis urbanística y sostenibilidad ambiental en España

Thaís Guedes Alcoforado de Moraes, Marília Montenegro Pessoa de Mello
Os Direitos Humanos da mulher e a função simbólica do direito penal: uma crítica à criminalização do aborto

Guilherme Camargo Massauí
A solidariedade como princípio jurídico: o exemplo da União Europeia em breves considerações

Eduardo Rodrigues dos Santos, Altamirando Pereira da Rocha, Leopoldo Altamirando de Andrade da Rocha
O princípio do devido processo tributário e a segurança jurídica à luz da Constituição brasileira de 1988

André Leonardo Copetti Santos
Os orixás contemporâneos e a cidade invisível. Potências da cidadania pelo desenvolvimento de uma sensibilidade urbana

Augusto César Leite de Resende
A responsabilidade socioambiental das empresas da construção civil à luz do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável e os seus reflexos nos empreendimentos imobiliários

Fabiano Gonçalves Carlos
Modernidade clássica: alguns pontos de contato entre a razão prática e as ciências sociais

Cynthia Brandalize Fendrich, Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr
A reprodução assistida como direito fundamental e sua prestação pelo estado

Ana Alice De Carli
Água, bem da vida: riqueza a ser respeitada!

Fabiana Marion Spengler, Charlise P. Colet Gimenez
O necessário reconhecimento das formas de tratamento de conflitos como política pública no Brasil

Nº 22 – Abril/2014

Rogério Gesta Leal
Fundamentos interlocutivos da boa Administração Pública: algumas matrizes reflexivas

Eloy Pereira Lemos Junior, Jean Karlo de Souza Fagundes
Um estudo sobre a adoção por pares homoafetivos no Brasil

Everton José Helfer de Borba, Jorge Renato dos Reis
Subsidiariedade, solidariedade e cooperativismo solidário: entre o público e o privado

Luis Fernando Sgrabossa, Gesiela Iensue
O papel dos direitos fundamentais nas democracias representativas majoritárias

Gilberto Sturmer, Rodrigo Coimbra
O contrato de trabalho a tempo parcial como instrumento de política de emprego da comunidade europeia

Adrieli Rezende, Glenda Gonçalves Gondim
Ilícito de perigo e ilícito de lesão: repercussões para o direito de danos

Daniela Oliveira Gonçalves, Élcio Nacur Rezende
Função socioambiental da propriedade: a busca por uma determinação pragmática de aferição de cumprimento

Valerio de Oliveira Mazzuoli
Ganhamos a guerra, não a paz

Leilane Serratine Grubba
Por un tribunal de justicia para unasur: la necesidad de una corte de justicia para América del Sur sobre los paradigmas del tribunal de justicia de la Unión Europea y de la Corte Centroamericana de Justicia

Magno Federici Gomes, Fabiana Molinero Marzano
A proporcionalidade e o caráter indenizatório dos alimentos familiares recíprocos

Nº 23 – Novembro/2015

Diego Santana, Osmar Veronese
Comissões parlamentares de inquérito municipalizadas: um direito das minorias a serviço da democracia

Jane Berwanger
A mudança cultural em torno da profissão de doméstico e a necessidade de política de cidadania específica para uma população vulnerável

Bernardo Schmidt Penna
A aplicabilidade da *surrectio* no direito do trabalho brasileiro

Felipe Chiarello de Souza Pinto, Michelle Asato Junqueira
Educação para o desenvolvimento: objetivo do estado democrático e social de direito

Thalita Livia Israel Ferreira, Fernando César Costa Xavier
O congresso brasileiro e a denúncia unilateral de tratados internacionais

Flávio Henrique Franco Oliveira
Dignidade da pessoa humana como fator de desenvolvimento da personalidade

Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz, Francisco Carlos Duarte
A universalização do serviço público de saneamento básico e a efetividade do direito fundamental à saúde

Valeria Silva Galdino Cardin, Marcela Gorete Rosa Maia Guerra, Andréia Colhado Gallo Grego Santos
Dos reflexos da crise do direito liberal na atualidade quando do exercício da parentalidade responsável

Ivan Pinheiro de Figueiredo, Marília Guimarães Pinheiro, Ângelo dos Santos Soares
Aspectos jurídicos do racismo no ambiente de trabalho

Patrícia Elias Vieira, Marcos Leite Garcia, Liton Lanes Pilau Sobrinho
A governança ambiental global e a economia de mercado sustentável: o devir para o século XXI

Yury Augusto dos Santos Queiroz, Denise Schmitt Siqueira Garcia
Deslocados ambientais: um conceito ainda desconhecido

William Paiva Marques Júnior
Reflexões sobre a Unasul, a integração Sul-Americana e o novo constitucionalismo democrático Latino-aAmericano

Jacson Roberto Cervi, João Pedro Schmidt
Intersecções entre a política nacional de meio ambiente, mudanças climáticas e energia: desafios e oportunidades

Liliana Locatelli, Suelen Carls
Indicações geográficas: o regulamento de uso e as indicações de procedência

Nº 24 – Maio/2015

Irineu Francisco Barreto Junior, Josiane Machado da Silva
Novas tecnologias e relações de trabalho na sociedade da informação: o teletrabalho

Felipe Stribe da Silva, Luiz Ernani Bonesso de Araújo

Da necessidade de pensar a sociobiodiversidade: aproximações conceituais em prol da proteção jurídica da biodiversidade tropical e do conhecimento dos povos tradicionais

Neuro José Zambam, Salete Oro Boff

Direito das culturas e tecnologia: um debate que integra complexidade, tradição, diferenças e mudanças

Maria Vitória Costaldello Ferreira

O controle da vida: estatuto do nascituro, direitos reprodutivos e biopoder

Marco Antonio Laschiavo Leme de Barros, Maíra Martinelli Rizzardi

O Supremo Tribunal Federal e a argumentação consequencialista

Guilherme Massau, André Kabke Bainy

A cidade como lócus privilegiado: da interculturalidade aos direitos humanos

Watson Andrade de Melo Lira, Fabrício Germano Alves

A culpa concorrente do consumidor pela negligência ao chamado no recall de automóveis

Narciso Leandro Xavier Baez, Luiz Henrique Maisonnnet

Os Direitos Humanos fundamentais e o tráfico humano: a dimensão globalizada do tráfico de mulheres para fins de exploração sexual

Raymundo Juliano Feitosa, Hélio Ourém Campos

Constituição, atividade financeira do Estado e federalismo

Maurilo Miranda Sobral Neto, Luciano Oliveira

Inclusão às avessas: um estudo sobre a relação dos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa e as instituições educacionais da região metropolitana do Recife

Luciana Costa Poli, Bruno Ferraz Hazam

Por um constitucionalismo socioambiental: o princípio do buen vivir e o novo constitucionalismo democrático Latino-Americano

Ian Pimentel Gameiro

Direito entre o estado e o estado de direito: revisitando a teoria do direito e do estado de Leon Duguít state

Robison Tramontina, Alexandra Vanessa Klein Perico

A sociedade da informação e o direito fundamental ao trabalho digno do desenvolvedor de programas de computador: análise quanto à titularidade da propriedade intelectual do software elaborado na vigência do contrato de trabalho ou vínculo estatutário

Diego Pereira Machado

O princípio do promotor natural e a consolidação do sistema processual penal acusatório

Nº 25 – Novembro/2015

Ricardo Andrade Saadi, Diogo de Oliveira Machado

A sociedade busca valores: administração de bens apreendidos e confiscados em processos que apuram corrupção

Anizio Pires Gavião Filho, Cristina Stringari Pasqual

Coisa julgada, segurança jurídica e ponderação

Margarida Maria Lacombe Camargo, Henrique Cunha Rangel

A constitucionalidade do sistema de cotas universitárias: um estudo comparativo entre Brasil e Estados Unidos

Camila Dabrowski de Araújo Mendonça, Chiara Antonia Sofia Mafrica Biazzi

A solução de controvérsias na União Europeia: o procedimento por incumprimento

Andréa Regina de Moraes Benedetti, Marta Botti Capellari

Legitimidade democrática da lei de anistia: a (im)possibilidade de um acordo político a partir de Jünger Habermas

Viviane Teixeira Dotto Coitinho, Jair Pereira Coitinho

A garantia política dos serviços públicos em Jürgen Habermas

Sinara Camera, José Luis Bolzan de Moraes

Cooperação internacional e possibilidades de realização do direito humano ao desenvolvimento

Luis Renato Vedovato

A garantia do acesso à justiça no direito internacional dos direitos humanos

Graziela Tavares de Souza Reis

As regras do direito internacional humanitário, os incessantes conflitos armados e a possível solução à luz da fragmentação do direito internacional

André Leonardo Copetti Santos, Douglas Cesar Lucas, Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Os limites do poder penal do estado e a inconstitucionalidade da redução da maioria penal

Andreia Cadore Tolfo, João Batista Monteiro Camargo, Fabiane da Silva Prestes

O estado, a soberania e os direitos humanos

Nº 26 – Abril/2016

Nuria Bellosó Martín

¿Se puede mantener la progresividad y la justiciabilidad de los derechos sociales en tiempos de crisis?

Marcos Leite Garcia

A concepção dos direitos fundamentais de Gregorio Peces-Barba: um estudo preliminar

Lilian Balmant Emerique, Luiz Eduardo Figueira, Glauber Brittes

Direito e políticas públicas: um diálogo necessário

Jane Lúcia Wilhelm Berwanger, Osmar Veronese

A utilização de períodos laborados em diferentes países como defesa da cidadania

Attila Magno e Silva Barbosa, Juliani Veronezi Orbem

Debatendo a delinquência patronal através da “pejotização” como ilícito trabalhista e penal

Tassiana Moura de Oliveira, Marcelo Labanca Corrêa de Araújo

Judicialização da política e ativismo judicial: conceitos e o quadro brasileiro

Igor Silva de Menezes

Brevíssimas anotações sobre a contratação de organizações sociais e cooperativas médicas para terceirização da saúde pública e as implicações no plano do sistema meritocrático dos concursos públicos

Bruno Cavalcanti Angelin Mendes

A jurisdição no Estado constitucional

Deborah Aline Antonucci Moretti, Maria Júlia Segatto e Ciscato

A legitimidade ativa no processo civil coletivo brasileiro

Fernanda Silva Abduch Santos, Mário Luiz Ramidoff

Violência de gênero: uma análise sob o prisma do Direito Penal

Paula Rufino Alves Medina Lopes

Emancipação, liberdade e contemporaneidade: a patologia que tem sofrido a política