

REVISTA IBÉRICA DO DIREITO

Volume 1, Número 1,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt



REVISTA IBÉRICA DO DIREITO

A **Revista Ibérica do Direito** (RID) é a revista jurídica do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos (IBEROJUR), sediado na Cidade do Porto, Portugal. Promove a difusão do conhecimento jurídico Iberoamericano nas variadas vertentes do Direito Público e Direito Privado, valorizando estudos que destacam o direito comparado Iberoamericano ou aqueles originários dos países da América Latina, Espanha e Portugal.



REVISTA IBÉRICA DO DIREITO

ISSN 2184-7487

Vol. 1 | Número 1 | Jan/Jun | 2020



BASES DE DADOS E INDEXADORES



PKP|INDEX



Revista Ibérica do Direito - RID

Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos - IBEROJUR

Vol. 1 | Número 1 | Jan/Jun | 2020

Porto, Portugal

Editor-Chefe: Fábio da Silva Veiga

Editores-Adjuntos: Talita Gomes Cardim, Arthur Alves Ignácio

Semestral | Versão Digital

Projeto Gráfico e Editoração: IberoJur Gestão Universitária Lda.

Disponível em: www.revistaibericadodireito.pt

ISSN 2184-7487

Registada na Biblioteca Nacional de Portugal

CDU: 34(051)(0.034)

A Revista Ibérica do Direito adota a **licença Creative Commons atribuição-não comercial 4.0 Internacional**, exceto onde estiver expresso de outro modo, permitindo-se cópias e reproduções, no todo ou em parte, desde que para fins não comerciais e com identificação de sua fonte.



CORRESPONDÊNCIA

Rua de Avilhó, 214, Custóias, Matosinhos - Portugal

Código Postal: 4460-282

E-mail: rid@revistaibericadodireito.pt

EQUIPA EDITORIAL

EDITOR-CHEFE

Prof. Doutor Fábio da Silva Veiga, Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos, Portugal

EDITORES ADJUNTOS

Talita Gomes Cardim, Instituto Universitário de Lisboa, Portugal

Arthur Alves Ignácio, Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos, Portugal

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Doutor António Francisco de Sousa, Universidade do Porto, Portugal

Prof. Doutor Antonio Tirso Ester Sánchez, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha

Prof. Doutor Augusto Jobim do Amaral, PUCRS, Brasil

Prof. Doutora Catherine Maia, Universidade Lusófona do Porto, Portugal

Prof. Doutora Érica Guerra da Silva, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Prof. Doutor José Julio Fernández Rodríguez, Universidade de Santiago de Compostela, Espanha

Prof. Doutor Lorenzo Vadell Bujosa, Universidad de Salamanca, Espanha

Prof. Doutor Marcos Augusto Perez, Universidade de São Paulo, Brasil

Prof. Doutor Pedro Curvello Saavedra Avzaradel, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Prof. Doutora Vânia Aieta, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

CONSELHO CIENTÍFICO

Prof. Doutora Adriana Valéria Pugliesi, Fundação Getúlio Vargas FGV-São Paulo, Brasil

Prof. Doutor António-Carlos Pereira Menaut, Universidade de Santiago de Compostela, Espanha

Prof. Doutor Angelo Viglianisi Ferraro, Università degli Studi di Reggio Calabria, Itália

Prof. Doutora Beata Stępień Załucka, University of Rzeszów (Poland), Polónia

Prof. Doutora Bruna Capparelli, Alma Matter Università di Bologna, Itália

Prof. Doutora Denise Fincato, PUCRS, Brasil

Prof. Doutora Dora Alves, Universidade Portucalense, Portugal

Prof. Doutor Fernando de Brito Alves, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Brasil

Prof. Doutor Flávio Martins Alves Nunes Júnior, Faculdade Damásio, Brasil

Prof. Doutor Floriano de Azevedo Marques Neto, Universidade de São Paulo, Brasil

Prof. Doutora Francesca Benatti, Università di Padova, Itália

Prof. Doutor Francisco Satiro, Universidade de São Paulo, Brasil

Prof. Doutor Gabriel Martín Rodríguez, Universidad Rey Juan Carlos, Espanha

Prof. Doutor Gianpaolo Poggio Smanio, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil

Prof. Doutor Gilberto Atencio Valladares, Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos, Espanha

Prof. Doutora Irene Patrícia Nohara, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil

Prof. Doutor Jaime Aneiros Pereira, Universidade de Vigo, Espanha

Prof. Doutor João Proença Xavier, Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos, Portugal

Prof. Doutora Laura Miraut Martín, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha

Prof. Doutor Marco Aurélio Gumieri Valério, Universidade de São Paulo, Brasil

Prof. Doutora Maria do Rosário Anjos, Universidade Lusófona do Porto, Portugal

Prof. Doutor Mario Spangenberg, Universidad Católica del Uruguay, Uruguai

Prof. Doutor Pablo Fernández Carballo-Calero, Universidade de Vigo, Espanha

Prof. Doutora Patrícia Anjos Azevedo, Instituto Politécnico do Porto, Portugal

Prof. Doutor Paulo de Brito, Universidade Lusófona do Porto, Portugal

Prof. Doutor Rodrigo Poyanco Bugueño, Universidad Finis Terrae, Chile

Prof. Doutor Rodrigo de Souza Pagani, Universidade de São Paulo, Brasil

Prof. Doutor Salvador Tomás Tomás, Universidad de Murcia, Espanha

Prof. Doutor Samuel Rodríguez Ferrández, Universidad de Murcia, Espanha

Prof. Doutora Sheila Neder Cerezetti, Universidade de São Paulo, Brasil

Prof. Doutor Vicenç Ribas Ferrer, Universidad de Alcalá, Espanha

Prof. Doutor Wagner Menezes, Universidade de São Paulo, Brasil

Prof. Doutor Wilson Engelmann, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

Prof. Doutora Zélia Luíza Pierdoná, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil

Índice

Editorial, Revista Ibérica do Direito, vol. 1, n.1, 2020, jan-jun. 08

Fábio da Silva Veiga

Pluralismo político y derechos de las minorías en la teoría de la democracia de Hans Kelsen 10

José Antonio Sendín Mateos

A discricionariiedade administrativa no Estado de Direito (o seu enquadramento jurídico) 25

António Francisco de Sousa

O regime jurídico do teletrabalho em Portugal 46

Mário Simões Barata

Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos 53

Melina Girardi Fachin

Instituições de justiça na União Europeia: intolerância aos imigrantes 69

Lella Bijos

O acórdão associação sindical de juízes portugueses como antecâmara para a intervenção do TJUE na crise do Estado de Direito na União Europeia 84

Inês Pereira de Sousa

Los jueces constitucionales, la política y la deferencia judicial 95

Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño

Obtaining an enforceable title for uncontested monetary claims: parallels between macedonian and spanish law 119

Tatjana Zoroska Kamilovska

Milka Rakočević

Sviluppo sostenibile: l'evoluzione giuridica di un concetto mai definito 133

Stefania Pedrabissi

Direitos fundamentais e contrato de trabalho intermitente no Brasil: uma leitura propositiva

145

Denise Fincato

Il ruolo dell'autonomia individuale nella sottoscrizione del patto di demansionamento

159

Alessandro Boscati

El interés del trabajador en el ingreso de sus cuotas a la seguridad social en el sistema de protección social italiano

175

Davide Casale

La implementación del dron como nueva herramienta tecnológica en la prevención de catástrofes naturales en el ámbito internacional

202

Patricia González Pulido*

O imposto sobre robôs: uma solução de falsas vantagens e de verdadeiros problemas

212

Rui Miguel Zeferino Ferreira

Editorial, Revista Ibérica do Direito, vol. 1, n.1, 2020, jan-jun.

Fábio da Silva Veiga¹

Os editores da Revista Ibérica do Direito (RID) têm a honra de disponibilizar ao público internacional uma revista de caráter científico cujo principal objetivo é propagação do conhecimento jurídico nas línguas portuguesa e espanhola, e adicionalmente, inglesa, galega e italiana.

A RID é a revista jurídica do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos (IBEROJUR), integrado na APECCJ – Associação de Promoção do Ensino, da Ciência e da Cultura Jurídica (NPC n.º 514289759), sediada na Cidade do Porto, Portugal, organismo de direito privado sem fins lucrativos, que no seu estatuto social prevê a “promoção da ciência, do conhecimento e da cultura jurídica no espaço Iberoamericano”.

Promove, nesse sentido, a difusão do conhecimento jurídico Iberoamericano nas variadas vertentes do Direito Público e Direito Privado, valorizando estudos que destacam o direito comparado Iberoamericano e europeu, com destaque àqueles trabalhos originários dos países da América Latina, Espanha e Portugal, bem como, devido à interdependência do Direito da União Europeia, estende-se aos demais países do Continente europeu, sejam eles membros ou não membros da UE.

A RID recebe, avalia e publica artigos de investigadores, professores e juristas ou cientistas sociais que produzem trabalhos resultantes de suas atividades científicas, primordialmente oriundos da investigação realizada no âmbito de centros de investigação I+D e grupos de investigação reconhecidos, primando pela reflexão transdisciplinar do Direito, elaborada com sentido crítico, demonstrando qualidade técnica e académica em alto rigor. O periódico segue o sistema de fluxo de chamada pública.

Nesta primeira edição da RID, apresenta-se artigos de destacados juristas internacionais, como os trabalhos dos professores italianos Alessandro Boscati, Catedrático de Direito do Trabalho da Universidade de Milão; Davide Casali, professor Titular de Direito do Trabalho da Alma Matter Universidade de Bolonha; e Stefania Pedrabissi, Professora Agregada de Direito Ambiental da Universidade de Parma.

De Portugal, a RID recebeu os trabalhos dos professores: António Francisco de Sousa, Professor “com agregação” de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Porto; Inês Pereira de Sousa, assistente e doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Escola do Porto; Rui

¹ Doutor em Direito Comercial pela Universidade de Vigo, Espanha. Prémio Extraordinário de Tese de Doutoramento pela Universidade de Vigo. Professor de Direito Comercial da Universidade de Almeria, (2020). Professor “venia docendi” na Universidade de Las Palmas de Gran Canaria (2019). Professor colaborador do Máster en Abogacía da Universidade Europeia de Madrid (2016 a 2018). Foi bolsista DPE da Fundação Capes do Ministério da Educação do Brasil entre 2014 e 2018, onde desenvolveu investigação na área de Direito Comercial na Universidade Complutense de Madrid e Universidade de Alcalá. É presidente do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBEROJUR –, Portugal. Contato: fabiojus@gmail.com

Miguel Zeferino Ferreira, Professor-Adjunto do ISVOUGA – Instituto Superior de Entre Douro e Vouga, doutorando em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela (Espanha).

De Espanha, a RID recebeu trabalhos de: Vicente Santana Rivero, Doutor em Direito pela Universidade de Las Palmas de Gran Canaria e Professor Doutor-Convocado da mesma instituição; Patricia González Pulido, professora da área de Direito Administrativo da Universidade de Extremadura, doutoranda em Direito na Universidade de Alcalá e integrante do Grupo de Investigação Fiscalitas & Iuris da Universidade de Extremadura.

Da Macedónia do Norte provêm trabalhos de altíssima relevância a nível internacional: das professoras e investigadoras Tatjana Zoroska Kamilovska, Catedrática de Direito da Faculdade de Direito “Iustinianus Primus” da Ss.Cyril and Methodius University; e Milka Rakočević, professora Assistente da mesma instituição.

Do Brasil, a RID publica os trabalhos de reputados professores de universidades de importante referência: Melina Girardi Fachin, Professora Adjunta dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná; Leila Bijos, doutora em Sociologia do Desenvolvimento pela Universidade de Brasília, Professora Visitante do Centro Europeu de Formação e Investigação dos Direitos Humanos e Democracia da Universidade Karl-Franzens, Universidade de Graz; e Denise Fincato, Professora Pesquisadora do Programa de Pós- Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

Do Chile, a RID acolheu o trabalho do Professor e investigador em Direito Constitucional da Universidade Finis Terrae, Rodrigo Poyanco Bugueño, Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Santiago de Compostela.

Desejamos a todos excelentes leituras.

Porto, junho de 2020

Fábio Veiga

Editor-Chefe da Revista Ibérica do Direito

Pluralismo político y derechos de las minorías en la teoría de la democracia de Hans Kelsen

Political pluralism and minority rights in Hans Kelsen's theory of democracy

José Antonio Sendín Mateos¹

Sumário: Introdução. 1. Uma Caracterização de la Teoría Kelseniana de la Democracia. 1.1. Democracia “formal” o “procedimental”. 1.2. Democracia representativa. 1.3. Democracia deliberativa. 1.4. Democracia liberal. 1.5. Democracia constitucional. 2. El Reconocimiento del Pluralismo Político y la Protección de Los Derechos de las Minorías. Consideración Final. Referências Bibliográficas.

Resumen: Aunque en la teoría de la democracia de Kelsen tienen más peso los elementos procedimentales que el componente sustantivo –que consiste en el reconocimiento de los derechos fundamentales–, él siempre manifestó la necesidad de garantizar una adecuada representación de las minorías y de protegerlas para que puedan influir de forma efectiva en el proceso legislativo. Con ello pretende que el parlamento refleje el pluralismo político de la sociedad y garantizar a las minorías unos derechos políticos fundamentales a fin de evitar la situación que la teoría política liberal ha denominado “tiranía de la mayoría”. A esto hay que añadir que la justicia constitucional proporciona un cauce adicional para la protección de los derechos políticos de las minorías.

Palabras clave: Kelsen, democracia, pluralismo político, derechos políticos de las minorías, justicia constitucional.

Abstract: Even though Kelsen's theory of democracy attaches more importance to procedural elements than the substantive one –which involves the recognition of basic rights–, he always stated the urge to guarantee a suitable representation of minorities and to protect them. So they can influence the legislative process. Kelsen hopes the parliament to reflect the political pluralism of society and minorities to enjoy basic political rights in order to avoid the situation so-called by the liberal political theory “tyranny of the majority”. In addition constitutional justice provides an additional channel to protect minority political rights.

Keywords: Kelsen, democracy, political pluralism, minority political rights, constitutional justice.

¹ Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Salamanca. Doctor por la Universidad de Salamanca.

Recebido em: 18.02.2020
Aprovado em: 25.04.2020

Universidade de Salamanca
Espanha

Volume 1, Número 1,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

Introducción

Gracias a su inapreciable dedicación como jurista práctico, sobre todo en materia de justicia constitucional, la figura de Hans Kelsen ha trascendido su faceta como teórico del derecho, por la que habitualmente se le recuerda. El autor de la Teoría pura del derecho fue además un demócrata convencido, para quien el desarrollo del sistema jurídico había de llevarse a cabo mediante un procedimiento de decisión por mayoría, en el que la voluntad del Estado, que se expresa a través de la legislación, se construye mediante un compromiso entre la mayoría y la minoría parlamentarias. La correcta aplicación de este procedimiento implica la exigencia –que para Kelsen es irrenunciable– de que las minorías gocen de una representación adecuada, de forma que el órgano parlamentario refleje de la forma más fiel posible el pluralismo social y permita a las minorías influir en la determinación del contenido de las normas del sistema.

Ahora bien, el simple hecho de que el pluralismo social y político estén representados no es garantía, por sí solo, de que las minorías presentes en el parlamento reciban un trato adecuado. Como resultado de su adscripción a un ideario liberal-democrático, Kelsen insiste en la necesidad de reconocer ciertos derechos políticos fundamentales, que aseguren la participación de las minorías en la formación de la voluntad colectiva sin padecer la situación que la teoría política liberal denomina “tiranía de la mayoría”. Obviamente, esos derechos suponen un límite al aspecto “procedimental” de la democracia, y a la concepción según la cual la producción legislativa ha de llevarse a cabo aplicando la regla de la mayoría.

En esta investigación he tratado de examinar dos cosas: (i) cuál es la propuesta de Kelsen para asegurar una adecuada representación parlamentaria de las minorías; y (ii) la forma como se plasma en su teoría de la democracia la exigencia de proteger los derechos fundamentales. Esta doble pretensión me llevará en primer lugar a explicar cuáles son los rasgos que caracterizan el punto de vista de Kelsen sobre la democracia.

1. Una Caracterización de la Teoría Kelseniana de la Democracia

La teoría de la democracia de Kelsen no se puede desligar del contexto histórico y político en el que se desarrolló. En el periodo comprendido entre 1920 y 1930, la democracia se concebía comúnmente en términos “formales”, anteponiendo los aspectos puramente procedimentales –pues se contemplaba como un método para generar, con la participación del cuerpo electoral, las normas por las que se rige la sociedad–, a los aspectos sustantivos, y en particular a los contenidos –como los derechos fundamentales– que debe respetar un régimen político para que se pueda considerar democrático. Y como tal, Kelsen entendía una democracia de signo liberal, o lo que en su momento se etiquetaba como “democracia burguesa”.

Los intentos de caracterizar –aunque sea a título aproximativo– la concepción de la democracia de Kelsen han sido escasos e insuficientes, y, en general, se han

limitado a adjetivar su concepción como “formal” y “liberal”, sin detenerse a examinar la forma como se combinan ambos componentes. En esta perspectiva, hay que reconocer a A. Pintore² el mérito de haber intentado “radiografiar” esta teoría y de presentarla como una concepción que, aunque prima facie es “procedimental”, y concibe la democracia como un método de producción normativa, admite a su vez que ese concepto puede enriquecerse con otros contenidos. Esto le lleva a distinguir entre definiciones “mínimas” y definiciones “más que mínimas” de la democracia, esto es, conceptos que se circunscriben al núcleo procedimental de la democracia y conceptos que cualifican ese núcleo con elementos adicionales³. Si damos por buena esa distinción, hemos de concluir que el concepto de Kelsen pertenece al segundo grupo. Es una definición de democracia “más que mínima”, que puede adjetivarse como sigue:

(i) Es una democracia “formal” o “procedimental”, dado que se contempla como un método para la producción del orden jurídico.

(ii) Es también una democracia “representativa” o “indirecta”.

(iii) Atendiendo a la forma como se organiza el proceso legislativo, nos encontramos ante un concepto de democracia “deliberativa”.

(iv) Los condicionantes sustantivos que están implicados en la idea de democracia de Kelsen hacen pensar que su concepción es “liberal”, aunque, como luego veremos, en un sentido particular.

(v) Finalmente, aunque Kelsen no llegó a elaborar sistemáticamente una teoría de la democracia “constitucional”, hay elementos que parecen apuntar en esa dirección.

1.1. Democracia “formal” o “procedimental”

Para Kelsen la democracia es, ante todo, un método para la producción de normas generales que consiste en aplicar en la legislación un procedimiento de decisión por mayoría. Esto implica admitir que todos los participantes en el proceso legislativo gozan de la misma capacidad de influir en la formación de la voluntad colectiva. Este rasgo permite distinguir la democracia “formal” o “burguesa” de la democracia “social” o “proletaria”, que busca obtener no sólo una participación política igual, sino también una participación alícuota en la distribución de los bienes y ventajas sociales⁴.

Kelsen rechaza la democracia social porque en su concepto de democracia la igualdad juega un papel secundario. Más bien la libertad es el valor que la democracia aspira a realizar. Sin embargo, tiene que reconocer que la idea de libertad es difícil de coherencia con la vida social, que implica someterse a normas. Por eso sostiene que para que esa idea sea realizable, ha de experimentar un cambio de significado que la

2 Pintore, A., «Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático», trad. J. A. Pérez Lledó, DOXA, 23 (2000), pp. 127 y ss.

3 *Ibidem*, p. 133.

4 Kelsen, H., «Vom Wesen und Wert der Demokratie» (1. Auflage, 1920), en Jestaedt, M., Lepsius, O. (eds.), *Verteidigung der Demokratie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, p. 30; *Esencia y valor de la democracia*, trad. J. L. Requejo Pagés, KRK Ediciones, Oviedo, 2006, p. 211; «Verteidigung der Demokratie», en Jestaedt, M., Lepsius, O. (eds.), *Verteidigung der Demokratie*, cit., p. 231.

haga compatible con la democracia⁵. Es necesario un tránsito de la libertad natural, que es la libertad “de la anarquía” –que se afirma frente a todo intento de imposición heterónoma de normas–, a la libertad social o política, de la que disfrutaban quienes, aun estando sometidos a las leyes, lo están únicamente bajo su propia voluntad y no bajo una voluntad ajena⁶. Kelsen explica que el proceso de transformación de la idea de la libertad consta de dos pasos: (i) en primer lugar se abandona la libertad natural y se sustituye por un nuevo tipo de libertad: la “libertad de la autodeterminación”, que se alcanza cuando un grupo de individuos, de común acuerdo y mediante una decisión unánime, constituyen una comunidad política: un Estado. Mientras que, (ii) en segundo lugar, en las decisiones que se adopten a continuación, es decir, en el desarrollo posterior del sistema jurídico mediante la legislación, hay que aplicar la regla de la mayoría, pues es la única forma de garantizar, si no la libertad de todos –lo cual sólo sería posible en el caso poco probable de que una decisión obtuviera un asentimiento unánime–, sí al menos la del mayor número posible de individuos.

Con esto Kelsen parece afirmar que en una democracia sólo gozan de libertad quienes forman parte de la mayoría parlamentaria. Aunque luego matiza que esto no condena a quienes están en minoría –puesto que tras unos nuevos comicios pueden convertirse en mayoría y conquistar la libertad política⁷– hay que reconocer que este concepto de libertad es demasiado simple y poco fino, sobre todo si se compara con la concepción rusioniano-kantiana según la cual la ley es la base de la libertad civil no sólo para la mayoría que vota a favor de ella, sino también para quienes votaron en contra, quienes precisamente por eso deben obedecerla⁸. Así pues, la idea de libertad que maneja Kelsen no termina de encajar con el significado que la teoría política tradicional atribuye a dicho concepto.

1.2. Democracia representativa

El modelo de democracia de Kelsen se apoya sobre dos pilares: el parlamento como órgano representativo y los partidos políticos como cauce de la representación.

5 Kelsen, H., «Vom Wesen und Wert der Demokratie», cit., pp. 3 y ss.; *Allgemeine Staatslehre*, Julius Springer, Berlin, 1925, pp. 321 y ss.; «Zur Soziologie der Demokratie», en Klecatsky, H., Marcic, R., Schambeck, H. (eds.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 2. Band, Wien, Europa Verlag, 1968, p. 1730; «Demokratie», en Klecatsky, H., Marcic, R., Schambeck, H. (eds.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, cit., p. 1748; *Esencia y valor de la democracia*, cit., pp. 41 y ss.; «Los fundamentos de la democracia», en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, trad. J. Ruiz Manero, 1ª ed., Debate, Madrid, 1988, p. 230.

6 Kelsen, H., «Vom Wesen und Wert der Demokratie», cit., p. 3; *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 321; *Esencia y valor de la democracia*, cit., pp. 41-42; «Los fundamentos de la democracia», cit., p. 231.

7 Kelsen, H., *Esencia y valor de la democracia*, cit., p. 49; «Los fundamentos de la democracia», en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, trad. J. Ruiz Manero, 1ª ed., Debate, Madrid, 1988, p. 239.

8 Dice Rousseau: «El ciudadano acepta todas las leyes, aun aquellas que han sido aprobadas a pesar suyo, incluso aquellas que le castigan cuando se atreve a violar alguna. La voluntad constante de todos los miembros del Estado es la voluntad general; por ella son ciudadanos y libres. Cuando se propone una ley en una asamblea del pueblo, lo que se le pregunta no es si aprueba la propuesta o si la rechaza, sino si está conforme o no con la voluntad general, que es la suya; cada uno, al dar su voto, da su opinión al respecto, y del cálculo de votos se saca la declaración de la voluntad general. Por tanto, cuando la opinión contraria vence a la mía, eso no demuestra más que yo me había equivocado, y que lo que yo consideraba como voluntad general no lo era. Si mi opinión particular hubiese triunfado, habría hecho algo que no quería; entonces es cuando no hubiese sido libre». Vid. *El contrato social o Principios de derecho político*, Libro IV, Cap. II, trad. M. J. Villaverde, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, p. 107.

Aunque en su opinión la democracia no se puede identificar con el parlamentarismo, no hay duda de que el parlamentarismo es la única vía a través de la cual puede plasmarse la idea de la democracia en las sociedades actuales, pues éstas son demasiado complejas para que sea viable una democracia directa. De ahí que Kelsen subraye la importancia de los partidos políticos como instrumentos para articular la representación, y que señale que el Estado democrático es necesariamente un Estado de partidos⁹, lo que justifica su inserción en los textos constitucionales. No obstante, Kelsen no ignora el desapego creciente del que eran objeto los partidos políticos en la década de 1920. A su juicio, esa desconfianza explicaría los ataques que ha sufrido la democracia por parte de sus detractores.

La visión de Kelsen del parlamento como el órgano de representación del pueblo y el protagonismo que concede a los partidos políticos son los rasgos determinantes de su idea de la democracia representativa, pero no los únicos. A su vez concurren otros elementos que aquí apenas me limito a reseñar:

(1) La teoría de la democracia de Kelsen también se caracteriza por el rechazo del mandato imperativo¹⁰, pues en su opinión en una democracia representativa moderna los diputados no deben estar vinculados por instrucciones provenientes de sus electores. Se sobreentiende, por tanto, que prefiere el mandato representativo.

(2) La defensa de un sistema electoral proporcional con listas cerradas. En 1918 se había introducido en Austria un sistema electoral proporcional. Kelsen era partidario de este sistema, pues permitía integrar políticamente a las minorías y asegurar una representación plural. Más adelante insistiré en esta idea.

(3) El rechazo de una representación profesional. Para Kelsen la propuesta de crear parlamentos integrados por grupos profesiones es una amenaza para la democracia, pues lo que se pretende con ello es suprimir el sistema representativo y sustituir el parlamento por un órgano estamental¹¹ que no representa al pueblo, sino a determinados gremios o grupos profesionales. Cosa distinta es que un parlamento necesite del asesoramiento de expertos para legislar sobre materias que exigen especialización técnica. En estos casos se pueden formar comisiones parlamentarias especializadas, que son coordinadas por el pleno. Lejos de ser un peligro para la democracia, las comisiones contribuyen a reforzarla, pues ayudan a encauzar el proceso de formación de la voluntad estatal en la dirección adecuada¹².

(4) Una propuesta de reforma del parlamentarismo, a fin de potenciar el control de los electores sobre los actos de sus representantes políticos. Para que el control sea eficaz es necesario eliminar o restringir severamente el privilegio de la inmunidad parlamentaria, que para Kelsen es un anacronismo¹³. También propone medidas dirigidas a lograr un mayor acercamiento al ideal de la participación directa, concediendo al pueblo más protagonismo en el desarrollo de las funciones legislativas. Entre estos mecanismos figuran el referéndum legislativo (o constitucional) y la

9 Kelsen, H., *Esencia y valor de la democracia*, cit., p. 73.

10 Kelsen H., «Vom Wesen und Wert der Demokratie», cit., p. 11; «El problema del parlamentarismo», en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, trad. J. Ruiz Manero, 1ª ed., Debate, Madrid, 1988, p. 88; *Esencia y valor de la democracia*, cit., p. 97.

11 Kelsen, H., *Esencia y valor de la democracia*, cit., p. 134.

12 *Ibidem*, pp. 125-126.

13 *Ibidem*, p. 118; *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 355-356; «El problema del parlamentarismo», cit., p. 1.

iniciativa popular¹⁴.

1.3. Democracia deliberativa

Kelsen defiende también una concepción de democracia deliberativa, según la cual el compromiso y el intercambio racional de argumentos constituyen el motor del avance de la técnica legislativa¹⁵. Por “compromiso democrático” Kelsen entiende una transacción en la cual la mayoría y la minoría parlamentarias pactan dejar al margen todo lo que impide llegar a un acuerdo, centrándose únicamente en lo que les une¹⁶. Implica, pues, presuponer que las relaciones entre ambas tienden al equilibrio y a la ponderación de los distintos intereses, evitando los abusos de poder.

La definición kelseniana del compromiso democrático apenas plantea problemas. Es más discutible, sin embargo, la forma como Kelsen entiende que se desarrolla ese proceso, que califica como “dialéctico” o “dialéctico-contradictorio”¹⁷, y que consiste en un intercambio racional de discursos y réplicas, argumentaciones y contraargumentaciones, que se alternan a modo de una sucesión dialéctica de tesis y antítesis, y de la que surge como síntesis la solución de compromiso que redefine el contenido del sistema jurídico.

Esta visión del proceso legislativo ha sido acusada de proporcionar una descripción “idealista” y alejada de la realidad de los procesos fácticos en los que se da forma a la voluntad jurídica del Estado. Se ha recriminado a Kelsen no tener en cuenta que a menudo las negociaciones políticas determinantes esquivan el debate parlamentario y se desarrollan al margen del órgano representativo. Además, en esos encuentros es habitual servirse de engaños y manipulaciones para convencer a los

14 Kelsen, H., *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 356-357; «El problema del parlamentarismo», cit., p. 89; *Esencia y valor de la democracia*, cit., p. 114.

15 En los últimos tiempos la expresión “democracia deliberativa” tiene un contenido más denso que el que ofrece la búsqueda de compromisos y la adopción de decisiones basadas en el intercambio racional de argumentos. Habermas, J., «Tres modelos normativos de democracia», en *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Paidós Básica, Barcelona, Buenos Aires, México, 1999, pp. 238-239, propone un modelo de democracia que se apoya sobre «las condiciones comunicativas bajo las cuales el proceso político tiene para sí la presunción de producir resultados racionales porque se lleva a cabo en toda su extensión de un modo deliberativo». Un componente importante de esta política deliberativa está constituido por «aquellos discursos de autocomprensión en los que los participantes desean aclararse acerca de cómo entenderse a sí mismos en cuanto miembros de una determinada nación, [...] de un municipio o de un Estado, [...] acerca [...] de cómo tratar a los demás, de cómo comportarse con las minorías y con los grupos marginales y, en definitiva, acerca de la clase de sociedad en que quieren vivir». La vía para lograr esa autocomprensión es a través de un deal que consiste en un compromiso entre intereses particulares contrapuestos, donde las negociaciones que se llevan a cabo presuponen «una disposición para cooperar, esto es, la voluntad de lograr –respetando las reglas del juego– resultados que puedan ser aceptables para todas las partes aunque sea por diferentes motivos. No obstante, la formación de compromisos no se lleva a cabo en la forma de un discurso racional que neutralice el poder y excluya la acción estratégica. A pesar de ello, la limpieza y equidad de los compromisos se mide por medio de presupuestos y procedimientos que necesitan por su parte de una justificación racional o normativa, es decir, desde el punto de vista de la justicia». Como enseguida explicaré, la concepción habermasiana difiere de la de Kelsen, para quien el compromiso democrático es resultado de un proceso dialéctico.

16 Kelsen, H., *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 324; «El problema del parlamentarismo», cit., p. 100; «Demokratie», cit., p. 147.

17 Kelsen, H., «El problema del parlamentarismo», cit., p. 100; «Demokratie», cit., p. 1766; *Esencia y valor de la democracia*, cit., p. 227.

adversarios¹⁸, de modo que el resultado de la votación parlamentaria a veces sólo refleja aparentemente el debate desarrollado ante la opinión pública.

La descripción del proceso legislativo que ofrece Kelsen se antoja ingenua e idealista sobre todo si se compara con la explicación de su compatriota J. Schumpeter sobre el funcionamiento real de los regímenes democráticos. En la polémica que mantienen ambos autores, Kelsen rechaza el punto de vista de Schumpeter porque entiende que se aleja del sentido ideal del proceso democrático. En realidad, como apunta Ruiz Manero, Schumpeter nunca pretendió otra cosa, pues sólo estaba interesado en el funcionamiento efectivo de los procesos políticos. Al calificar a la clase política como una “casta profesional” con intereses propios, que no siempre coinciden con los intereses de sus representados, formula un juicio que hoy muy pocos rechazarían, pero que no encaja fácilmente en el modelo de Kelsen¹⁹.

Finalmente, no podemos ignorar que la capacidad de influir en las decisiones de la mayoría, que Kelsen parece atribuir en exclusiva a las minorías parlamentarias, cada vez es ejercida con más eficacia por poderes ajenos al parlamento²⁰. Los lobbies, las asociaciones y plataformas ciudadanas y los grupos sociales de presión despliegan una capacidad de influir sobre las decisiones políticas que muy a menudo supera a la que ejerce la oposición parlamentaria. Pero en todo caso, en la medida en que el proceso legislativo se describe como un intercambio dialéctico de argumentos racionales, esas críticas no desactivan el carácter deliberativo de la concepción de la democracia de Kelsen.

1.4. Democracia liberal

A los rasgos de la concepción de la democracia de Kelsen que he señalado hasta ahora hay que añadir uno determinante, que es consecuencia de su adhesión a un ideario liberal-democrático. W. Mantl ha subrayado que a pesar de las dificultades que se derivan del contexto discursivo de su tiempo y de defender una posición minoritaria favorable a la democracia, Kelsen se mantuvo fiel a un liberalismo cultural y político²¹. No obstante, si se examina su enfoque detenidamente se puede observar algún rasgo característico de una concepción republicana de la democracia.

De acuerdo con la visión de Habermas sobre las diferencias entre un modelo liberal y un modelo republicano de democracia²², el liberalismo se caracteriza por el reconocimiento de derechos políticos subjetivos que confieren la facultad de controlar que el poder se ejerce en interés de los ciudadanos, a fin de que puedan perseguir sus metas dentro de los límites legales. De ahí que desde el liberalismo se defienda que los derechos políticos, que están constitucionalmente protegidos, son inmunes frente

18 Koller, P., «Zu einigen Problemen der Rechtfertigung der Demokratie», en Krawietz, W., Topitsch, E., Koller, P. (eds.), *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*. *Rechtstheorie*, 4, Duncker & Humblot, Berlin, 1982, p. 330.

19 Ruiz Manero, J., «Presentación. Teoría de la democracia y crítica del marxismo en Kelsen», en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, cit., p. 36.

20 Vid. Baume, S., *Hans Kelsen and the case for Democracy*, ECPR Press, Colchester, 2012, p. 60.

21 Mantl, W., «Hans Kelsen und Carl Schmitt», en Krawietz, W., Topitsch, E., Koller P. (eds.), *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, cit., pp. 190-191.

22 Habermas, J., «Tres modelos normativos de democracia», cit., pp. 131 y ss.

a cualquier injerencia de los poderes públicos y en particular del poder legislativo, que encuentra en ellos un límite insuperable y se ve forzado a excluirlos de la discusión parlamentaria. En cambio, en una democracia republicana se fortalecen y magnifican los principios democráticos²³, haciendo que todos los contenidos jurídicos, incluidos los derechos fundamentales, sean disponibles para el poder legislativo.

Este rasgo de la democracia republicana está presente en la teoría de Kelsen, pues para él cualquier contenido jurídico es susceptible de modificarse en el devenir del proceso legislativo. Sin embargo, dada la importancia que concede a los derechos fundamentales como instrumento para evitar el dominio sin restricciones de la mayoría sobre las minorías, y el papel que reserva a la jurisdicción constitucional como mecanismo institucional para la protección de esos derechos, hay argumentos suficientes para caracterizar la concepción de la democracia de Kelsen como liberal, al menos desde el punto de vista político.

Al examinar la versión del liberalismo a la que se adhiere Kelsen se observan dos cosas: (i) que se circunscribe al ámbito político y no al económico; y (ii) que se aleja del individualismo que caracteriza a algunas versiones del liberalismo y defiende la intervención del Estado para satisfacer necesidades apremiantes, lo que parece apuntar en la dirección de la socialdemocracia.

(i) En opinión de Kelsen la democracia es compatible tanto con el capitalismo como con el socialismo, pues entiende que no hay una conexión esencial entre un sistema político y un sistema económico²⁴. Cuestión diferente es determinar si un sistema económico puede funcionar mejor bajo una democracia o una autocracia. Ante este interrogante, Kelsen se muestra prudente y responde que no disponemos de la experiencia histórica suficiente que permita dar una respuesta científicamente fundada.

Kelsen se enfrenta tanto a la teoría económica marxista, según la cual la democracia sólo puede prosperar en una economía socialista²⁵, como a un economista como Hayek, para quien el capitalismo era el único sistema económico capaz de asegurar el principio del “rule of law”, que es primordial para la democracia porque garantiza la libertad. Kelsen, en cambio, vincula este principio no con la libertad, sino con la seguridad jurídica. Replica con acierto que la pretensión del “rule of law” es limitar el poder discrecional de los órganos administrativos y judiciales, garantizando cierto grado de predictibilidad en sus decisiones.

(ii) El liberalismo kelseniano es sui generis en un segundo sentido. García Amado habla de un “liberalismo evolutivo” que se aparta del liberalismo individualista decimonónico y favorece el avance desde una concepción minimalista del Estado a posiciones que hoy llamaríamos socialdemócratas, puesto que tratan de realizar objetivos de justicia y bienestar sociales²⁶. Esta original concepción del liberalismo se hace explícita en un escrito temprano: «Politische Weltanschauung und Erziehung» (1913), donde Kelsen se manifiesta a favor de desarrollar una nueva tendencia liberal que se apoye en una visión del mundo “colectivista” y defienda ampliar las funciones

23 Vid. ibídem, p. 135.

24 Kelsen, H., «Los fundamentos de la democracia», cit., p. 298.

25 Ibídem, p. 299.

26 García Amado, J. A., Hans Kelsen y la norma fundamental, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 198-199.

estatales a fin de satisfacer necesidades apremiantes y garantizar cierto bienestar²⁷. Aunque no especifica cuáles pueden ser esas necesidades, su posición, que es inequívocamente liberal, parece sugerir un cierto distanciamiento de la concepción decimonónica del Estado “gendarme” o Estado “mínimo”.

1.5. Democracia constitucional

Finalmente, en la teoría kelseniana de la democracia hay elementos que, aunque de forma embrionaria y apenas desarrollada, hacen pensar en una concepción de democracia constitucional. No obstante, Kelsen no llegó a integrarlos sistemáticamente en una teoría estructurada, sino que desarrolló por separado una teoría de la democracia y una teoría de la constitución, pero no llegó a elaborar una teoría de la democracia constitucional²⁸. Su modelo de democracia se caracteriza por una tensión entre dos elementos que son difíciles de conciliar: la soberanía popular y los derechos fundamentales, que suponen un límite para aquélla. Aunque Kelsen no ignora esta tensión, no la situó –a diferencia de lo que haría después el constitucionalismo democrático– en el centro de sus reflexiones, y sólo se ocupó de ella de forma concisa y poco satisfactoria²⁹.

Ahora bien, que la visión de Kelsen sobre la democracia sea ajena a la corriente constitucionalista no quiere decir que su teoría no presente rasgos de una concepción de democracia constitucional. Por el contrario, habría que mencionar al menos tres: (i) el reconocimiento del principio de separación de poderes, a pesar de la actitud cambiante de Kelsen hacia el mismo; (ii) en conexión con la tradición liberal, la protección de los derechos políticos de las minorías y la exigencia de evitar situaciones de abuso por parte de la mayoría; y (iii) la creación de una jurisdicción constitucional como medio para la protección de esos derechos a través de un procedimiento de oficio diseñado con ese fin. De momento explicaré sólo el primero de ellos, puesto que los otros dos definen la propuesta de Kelsen para la defensa de los derechos fundamentales, de la que me ocuparé después.

Aunque hoy nadie duda de que el reconocimiento de la separación de poderes es un rasgo de la democracia constitucional, para la teoría política de comienzos del siglo XX el juicio sobre ese principio no era tan positivo, y algunos autores lo miraban con recelo³⁰. Ésta fue también, en un principio, la actitud de Kelsen, que sin embargo terminó apreciando las ventajas que ofrecía la separación de poderes para la democracia. En la primera edición de «Vom Wesen und Wert der Demokratie» (1920) Kelsen rechazaba el supuesto carácter democrático de este principio, porque pensaba que su verdadero propósito no era, como había afirmado Montesquieu, establecer una garantía adicional de la libertad, sino asegurar una parcela de poder al

27 Kelsen, H., «Politische Weltanschauung und Erziehung» en Klecatsky, H., Marcic, R., Schambeck, H. (eds.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, cit., p. 1510.

28 Vid. Pintore, A., «Democracia sin derechos...» cit., p. 135.

29 *Ibidem*, pp. 135-136.

30 Vid., por ejemplo, Hasbach, W., *Die moderne Demokratie: Eine politische Beschreibung*, G. Fischer, Jena, 1912, p. 17.

monarca, que se reservaba el ejercicio de la potestad ejecutiva y evitaba someterse al control del parlamento y del pueblo³¹. Esta interpretación sólo se modificó a partir de la segunda edición de esta obra (1929), donde el juicio de Kelsen es más comedido³². En efecto, ahora admite que el principio de separación de poderes es útil para la democracia, porque impide la concentración del poder y limita la función del gobierno a la ejecución de las leyes, quedando la función legislativa en manos del parlamento³³. La justificación de la separación de poderes por su “utilidad” para la democracia puede parecer insatisfactoria si se contempla desde la óptica del constitucionalismo actual, pero aun así –dado el valor que Kelsen termina concediéndole– aporta un argumento a favor de considerar que su teoría de la democracia alberga una concepción de democracia constitucional.

2. El Reconocimiento del Pluralismo Político y la Protección de Los Derechos de las Minorías

La preocupación de Kelsen por la protección de los derechos de las minorías se pone de manifiesto desde su primera aproximación a la discusión sobre la democracia. Cuando él habla de “minorías” se está refiriendo a aquéllas que tienen presencia en el parlamento, por lo que un primer paso es asegurar su adecuada representación, a fin de que puedan tener una capacidad real y efectiva de influir en el proceso legislativo y de llegar a acuerdos con el grupo mayoritario de la cámara. Con ello se pretende evitar el diktat de la mayoría³⁴.

En 1918, coincidiendo con el comienzo de los trabajos de la Asamblea encargada de elaborar el texto constitucional de la República Austríaca, se introdujo en aquél país un sistema electoral proporcional. Es probable que Kelsen influyera de alguna manera en el proceso, pues poco antes de aprobarse la reforma publicó dos breves artículos titulados «Das Proportionalsystem»³⁵ y «Ein einfaches Proportionalwahlsystem»³⁶. En ellos criticaba el sistema electoral mayoritario que aplicaba la administración imperial³⁷, y proponía un sistema que diera voz en la Asamblea constituyente al mayor número posible de partidos políticos, de forma que el parlamento reflejara fielmente el pluralismo político de la sociedad austríaca.

Para Kelsen el sistema electoral proporcional aporta otras ventajas adicionales. Una de ellas es que su aplicación no provoca que los candidatos de una misma lista se excluyan mutuamente³⁸. Además, para ser elegido no se requiere una mayoría de votos, sino que es suficiente con un mínimo. Kelsen sale al paso de quienes rechazaban este sistema porque propiciaba la formación de grupos parlamentarios

31 Kelsen H., «Vom Wesen und Wert der Demokratie», cit., pp. 15-16.

32 Así opina Olechowski, T., «Von der „Ideologie“ zur „Realität“ der Demokratie», en T. Ehs (ed.), Hans Kelsen: eine politikwissenschaftliche Einführung, Nomos, Baden Baden, 2009, p. 128.

33 Kelsen H., Esencia y valor de la democracia, cit., p. 194.

34 Vid. Lagi, S., El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920). Los orígenes de “De la esencia y valor de la democracia”, Biblioteca nueva, Madrid, 2007, p. 144.

35 Der österreichische Volkswirt (23/11/1918), pp. 115-118.

36 Arbeiter Zeitung, 30. Jahrgang, Nr. 321 (24/11/1918), pp. 2-3.

37 Kelsen H., «Das Proportionalsystem», cit., p. 116.

38 Ibídem, p. 117.

pequeños, lo que dificultaba lograr una mayoría absoluta. Lejos de ver esto como una desventaja, replica que ello sólo significa la necesidad de formar coaliciones de partidos para alcanzar mayorías estables, lo que supone un importante avance para la democracia³⁹.

El reconocimiento del pluralismo político y el acceso de las minorías al parlamento es un primer paso para la protección y garantía de sus derechos. En la teoría de la democracia de Kelsen la necesidad de proteger los derechos de las minorías surge como resultado de combinar ciertos elementos que se derivan de su ideario liberal-democrático con otros que son característicos de una concepción de democracia constitucional. En el verano de 1920 Kelsen fue nombrado miembro de la Subcomisión Constitucional encargada de redactar el texto definitivo de la Constitución de la República Austríaca. En el desarrollo de esta tarea él sugirió introducir una sección especial destinada a la protección de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos⁴⁰, como la libertad de expresión, de opinión, de prensa, de religión y también libertades intelectuales, como el derecho a la libre investigación científica. Aunque todos los ciudadanos deberían poder gozar de esos derechos, Kelsen se centra en la protección de las minorías, y en particular de las que tienen capacidad para influir en los procesos legislativos, tratando de evitar su aplastamiento o, *mutatis mutandis*, la situación que la teoría política liberal tradicional ha denominado “tiranía de la mayoría”⁴¹.

Al insistir en la necesidad de evitar esa situación, Kelsen seguía la senda que había marcado quien fue su maestro, el teórico del derecho y del Estado G. Jellinek, que también fue un ideólogo liberal⁴². En su trabajo *Das Recht der Minoritäten*⁴³, Jellinek se planteaba la conveniencia de establecer límites a la voluntad de la mayoría y de crear las condiciones para evitar que se pisoteen en el parlamento los derechos de las minorías. Y al hacerlo, se consideraba continuador de la tradición liberal inspirada por pensadores como B. Constant, J. S. Mill o A. De Tocqueville. El liberalismo de Kelsen, por su preocupación por la garantía de los derechos fundamentales y la protección de las minorías, también se inserta en esta tradición.

Ahora bien, para profundizar en la comprensión del modelo kelseniano de protección de los derechos fundamentales es preciso referirse, siquiera sea brevemente, a su doctrina sobre el Tribunal Constitucional y su función como órgano garante de los derechos. En la sesión de la Subcomisión Constitucional celebrada el 31 de agosto de 1920, Kelsen se refirió al Tribunal Constitucional como «el objetivo

39 Kelsen H., *Esencia y valor de la democracia*, cit., pp. 155-156; «El problema del parlamentarismo», cit., p. 101. Junto al sistema proporcional, Kelsen es partidario de un sistema de listas cerradas. A su juicio, si los candidatos obtienen su mandato por su pertenencia a un partido, es lógico que lo pierdan cuando dejan de formar parte del mismo. Explica que la Constitución Soviética fue todavía más lejos en esta previsión, pues los miembros de los soviets podían ser sustituidos en cualquier momento por sus electores (*Esencia y valor de la democracia*, cit., pp. 122-123). Esto significó un giro respecto de «*Ein einfaches Proportionalwahlsystem*», donde Kelsen defendía un sistema de listas abiertas que permitiera a los electores expresar su preferencia por determinados candidatos de la lista propuesta, excluyendo a aquellos que no recibieran su aprobación. Vid. «*Ein einfaches Proportionalwahlsystem*», cit., p. 2.

40 Lagi, S., *El pensamiento político de Hans Kelsen...*, cit., p. 198.

41 Kelsen habla del “imperio” (*Herrschaft*) de la mayoría. Vid. Kelsen H., *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 324 y 370; «El problema del parlamentarismo», cit., p. 99; «*Zur Soziologie der Demokratie*», cit., p. 1739.

42 Vid. Lagi, S., *El pensamiento político de Hans Kelsen...*, cit., p. 63.

43 Alfred Hölder, *Wien*, 1898.

defensor de la Constitución»⁴⁴. Como luego escribiría en trabajos dedicados a explicar las atribuciones de este órgano, con ello pretendía expresar dos cosas: que el Tribunal constitucional defiende la Constitución frente a posibles violaciones y que protege los intereses y derechos de los ciudadanos aplicando un procedimiento de oficio. Por “violación” de la Constitución ha de entenderse cualquier acto de un órgano del Estado que, por acción u omisión, contradice la Constitución⁴⁵. En esa situación el órgano infractor se convierte en objeto de un control de constitucionalidad, lo que puede derivar en la anulación de las actuaciones contrarias al rigor constitucional. A esto hay que añadir que el parlamento, al igual que cualquier otro órgano del Estado, podía vulnerar la Constitución, lo que justificaba que el control de constitucionalidad se extendiera a los actos legislativos del parlamento. Sin embargo, en estos casos, cuando el parlamento, como resultado de un proceso legislativo, aprueba una ley cuyo contenido es contrario a la Constitución, el control de constitucionalidad tiene consecuencias extraordinarias, dado que anula esa ley, que es expulsada del sistema jurídico. En este sentido puede decirse que el Tribunal Constitucional ejerce una función legislativa que trasciende el mero control jurídico, aunque, como precisa Kelsen, en un sentido negativo. Por eso se refiere al Tribunal como “legislador negativo”⁴⁶.

Pero lo que más nos interesa desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales, es que la jurisdicción constitucional también se contempla como un medio eficaz para la protección de las minorías frente a los abusos de la mayoría. Kelsen explica que si hay algo que puede interesar a todas las minorías (de clase, nacionales o religiosas) es que sus intereses estén constitucionalmente protegidos. La amenaza de presentar un recurso al Tribunal Constitucional puede ser un útil instrumento en manos de las minorías para impedir que la mayoría viole sus intereses y derechos jurídicamente protegidos⁴⁷. Ahora bien, no satisfecho con el reconocimiento de esta posibilidad procesal, Kelsen va todavía más lejos y pretende potenciar esa protección. En la sesión de la Subcomisión antes referida, sugirió la creación de un procedimiento de oficio que permitiera la “autoactivación” del Tribunal para declarar inconstitucionales leyes y reglamentos cuya aplicación violara derechos fundamentales. Este procedimiento, que fue la contribución más innovadora de Kelsen al desarrollo de la justicia constitucional, pone de relieve su preocupación por la necesidad de garantizar los derechos de las minorías y suministra un argumento definitivo para demostrar que es cierta la afirmación de que su teoría de la democracia atesora rasgos de una concepción de democracia constitucional.

Consideración Final

Kelsen tuvo ocasión de aplicar todo cuanto había defendido en el plano teórico en su práctica como juez de la Corte Constitucional Austríaca. La configuración de este órgano en el texto constitucional de 1920 encontró eco en constituciones

44 Lagi, S., El pensamiento político de Hans Kelsen..., cit., p. 185.

45 Kelsen H., ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, trad. R. J. Brie, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 3-4.

46 *Ibidem*, p. 38.

47 Kelsen H., «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)» en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, cit., p. 152.

europeas e iberoamericanas, lo cual demuestra la inapreciable contribución de Kelsen al desarrollo del modelo de justicia constitucional que más se ha extendido hasta nuestros días.

Un repaso de sus escritos de teoría política revela la enorme importancia que concede a la protección de los derechos fundamentales, pues a su juicio, sin el reconocimiento de libertades como las de expresión, conciencia, prensa o religión, no sería posible el ejercicio regular de la democracia. Su preocupación por este tema, unida al protagonismo que, como consecuencia de su adscripción a un ideario liberal-democrático, tiene para él la idea de la libertad, supone un límite al carácter formal de la democracia, al menos tal como Kelsen entiende ese concepto. Varios autores han creído ver aquí una inconsistencia de la teoría kelseniana⁴⁸, que pone de manifiesto la tensión que existe en su idea de la democracia entre el componente puramente “procedimental” y el componente “liberal”, es decir, entre la forma de la regulación jurídica y los derechos políticos que imponen límites a dicha ordenación. Aunque este rasgo no es exclusivo de su concepción y es atribuible a otros autores – como por ejemplo Schumpeter⁴⁹–, en el caso de Kelsen la tensión tiende a resolverse casi siempre en el sentido de primar el elemento formal sobre los derechos que suponen un límite al poder gubernamental⁵⁰. No obstante, el artículo «Verteidigung der Demokratie» (1932) es una excepción. Al comienzo de este escrito Kelsen se embarca en una apasionada defensa de la Constitución republicana de Weimar, que califica como «la constitución más libre que un pueblo haya producido jamás» y «la constitución más democrática del mundo»⁵¹, pues a su juicio ninguna otra constitución ha logrado realizar, de forma tan satisfactoria, el principio matriz de la única democracia verdadera –la democracia liberal–, a saber: el principio de libertad y de autodeterminación. De esta lectura se desprende la enorme importancia que tiene el principio liberal en la teoría de la democracia de Kelsen. Por eso no se entiende que algunos autores hayan tratado de minusvalorar su significación. Pintore, por ejemplo, opina que la concepción kelseniana de la democracia incorpora el elemento liberal de forma difusa y consagra un modelo de democracia sin derechos⁵², dado que estos, como contenidos concretos del ordenamiento jurídico, están sujetos en su creación a las reglas formales del proceso legislativo. Es verdad que para Kelsen los derechos fundamentales son contenidos disponibles del sistema jurídico. Este dato, unido a sus prejuicios antiyusnaturalistas –que le hacen rechazar una justificación material de los derechos–, hace que la fundamentación que estos obtienen en su modelo sea débil⁵³. Pero como ya he señalado, esto no quiere decir que los derechos fundamentales jueguen un papel secundario en la teoría de la democracia de Kelsen.

48 Vid. Monereo Pérez, J. L., Los fundamentos de la democracia. La teoría jurídico política de Hans Kelsen, El Viejo Topo, 2013.

49 Bachrach, P., Crítica de la teoría elitista de la democracia, Amorrortu, Buenos Aires, 1973, p. 43, explica que, al reducir la democracia a un método político, Schumpeter allana el camino para introducir limitaciones dirigidas a proteger la libertad, la justicia y la dignidad humana.

50 Kelsen H., «Los fundamentos de la democracia», cit., p. 211. Kelsen admite que en la democracia «el elemento procedimental ocupa siempre el primer plano, mientras que el elemento liberal –como contenido particular del ordenamiento social– es de importancia secundaria».

51 Kelsen H., «Verteidigung der Demokratie», cit., p. 229.

52 Pintore, A., «Democracia sin derechos...», cit., pp. 134 y ss.

53 Koller, P., «Zu einigen Problemen...», cit., p. 325.

Más bien son un aspecto medular. Así opina García Amado, quien, por un lado, admite que al estar situado el principio de mayoría en la base misma de la democracia, ésta ha de contemplarse como una cuestión de procedimiento⁵⁴. Pero al mismo tiempo subraya que puesto que para Kelsen la democracia sólo puede operar a partir del reconocimiento de los derechos fundamentales y de la garantía de un sistema de libertades, su concepto a priori “formal” cede terreno ante el empuje del componente liberal. G. Pecora comparte esta opinión, y asegura que si la democracia fuera una simple cuestión de procedimiento, ésta habría de ser independiente de cualquier contenido, incluidos los derechos fundamentales, que podrían eliminarse⁵⁵. De ahí que, en definitiva, la protección de esos derechos sea una cuestión más sustantiva y menos formal de lo que el propio Kelsen está dispuesto a admitir, pues, en su caso, como concluye García Amado, el vínculo que existe entre democracia y liberalismo no es accidental o coyuntural, sino determinante⁵⁶.

Referencias Bibliográficas

Bachrach, P., *Crítica de la teoría elitista de la democracia*, Amorrortu, Buenos Aires, 1973.

Baume, S., *Hans Kelsen and the case for Democracy*, ECPR Press, Colchester, 2012.

GARCÍA AMADO, J. A., *HANS KELSEN Y LA NORMA FUNDAMENTAL*, MARCIAL PONS, MADRID, 1996.

Habermas, J., «Tres modelos normativos de democracia», en *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Paidós Básica, Barcelona, Buenos Aires, México, 1999, pp. 231-246.

JELLINEK, G., *DAS RECHT DER MINORITÄTEN*, ALFRED HÖLDER, WIEN, 1898.

Hasbach, W., *Die moderne Demokratie: Eine politische Beschreibung*, G. Fischer, Jena, 1912.

KELSEN, H., «DAS PROPORTIONALSYSYSTEM», *DER ÖSTERREICHISCHE VOLKSWIRT* (23/11/1918), pp. 115-118.

— «EIN EINFACHES PROPORTIONALWAHLSYSTEM», *ARBEITER ZEITUNG*, 30. JAHRGANG, NR. 321 (24/11/1918), pp. 2-3.

— *ALLGEMEINE STAATSLHRE*, JULIUS SPRINGER, BERLIN, 1925.

— «POLITISCHE WELTANSCHAUUNG UND ERZIEHUNG», EN KLECATSKY, H., MARCIC, R., SCHAMBECK, H. (EDS.), *DIE WIENER RECHTSTHEORETISCHE SCHULE. SCHRIFTEN VON HANS KELSEN, ADOLF MERKL, ALFRED VERDROSS*, 2. BAND, WIEN, EUROPA VERLAG, 1968, pp. 1501-1524.

— «ZUR SOZIOLOGIE DER DEMOKRATIE», EN KLECATSKY, H., MARCIC, R., SCHAMBECK, H. (EDS.), *DIE WIENER RECHTSTHEORETISCHE SCHULE. SCHRIFTEN VON HANS KELSEN, ADOLF MERKL, ALFRED VERDROSS*, 2. BAND, WIEN, EUROPA VERLAG, 1968, pp. 1729-1741.

⁵⁴ García Amado, J. A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, cit., p. 195.

⁵⁵ Pecora, G., *La democrazia di Hans Kelsen. Una analisi critica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, pp. 25-26.

⁵⁶ García Amado, J. A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, cit., p. 196.

- «DEMOKRATIE», EN KLECATSKY, H., MARCIC, R., SCHAMBECK, H. (EDS.), DIE WIENER RECHTSTHEORETISCHE SCHULE. SCHRIFTEN VON HANS KELSEN, ADOLF MERKL, ALFRED VERDROSS, 2. BAND, WIEN, EUROPA VERLAG, 1968, PP. 1743-1776.
- «EL PROBLEMA DEL PARLAMENTARISMO», EN ESCRITOS SOBRE LA DEMOCRACIA Y EL SOCIALISMO, TRAD. J. RUIZ MANERO, 1ª ED., DEBATE, MADRID, 1988, PP. 85-108.
- «LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN (LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL)» EN ESCRITOS SOBRE LA DEMOCRACIA Y EL SOCIALISMO, TRAD. J. RUIZ MANERO, 1ª ED., DEBATE, MADRID, 1988, PP. 109-155.
- «LOS FUNDAMENTOS DE LA DEMOCRACIA», EN ESCRITOS SOBRE LA DEMOCRACIA Y EL SOCIALISMO, TRAD. J. RUIZ MANERO, 1ª ED., DEBATE, MADRID, 1988, PP. 207-344.
- ¿QUIÉN DEBE SER EL DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN?, TRAD. R. J. BRIE, TECNOS, MADRID, 2002.
- «VOM WESEN UND WERT DER DEMOKRATIE» (1. AUFLAGE, 1920), EN JESTAEDT, M., LEPSIUS, O. (EDS.), VERTEIDIGUNG DER DEMOKRATIE, MOHR SIEBECK, TÜBINGEN, 2006, PP. 1-33.
- «VERTEIDIGUNG DER DEMOKRATIE», EN JESTAEDT, M., LEPSIUS, O. (EDS.), VERTEIDIGUNG DER DEMOKRATIE, MOHR SIEBECK, TÜBINGEN, 2006, PP. 229-237.
- ESENCIA Y VALOR DE LA DEMOCRACIA, TRAD. J. L. REQUEJO PAGÉS, KRK EDICIONES, OVIEDO, 2006.
- KOLLER, P., «ZU EINIGEN PROBLEMEN DER RECHTFERTIGUNG DER DEMOKRATIE», EN Krawietz, W., Topitsch, E., Koller, P. (eds.), Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen. Rechtstheorie, 4, Duncker & Humblot, Berlin, 1982, pp. 319-343.
- Lagi, S., El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920). Los orígenes de “De la esencia y valor de la democracia”, Biblioteca nueva, Madrid, 2007.
- MANTL, W., «HANS KELSEN UND CARL SCHMITT», EN Krawietz, W., Topitsch, E., Koller P. (eds.), Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen. Rechtstheorie, 4, Duncker & Humblot, Berlin, 1982, pp. 185-199.
- MONEREO PÉREZ, J. L., LOS FUNDAMENTOS DE LA DEMOCRACIA. LA TEORÍA JURÍDICO POLÍTICA DE HANS KELSEN, EL VIEJO TOPO, 2013.
- Olechowski, T., «Von der „Ideologie“ zur „Realität“ der Demokratie», en T. Ehs (ed.), Hans Kelsen: eine politikwissenschaftliche Einführung, Nomos, Baden Baden, 2009, pp. 113-132.
- PECORA, G., LA DEMOCRAZIA DI HANS KELSEN. UNA ANALISI CRITICA, EDIZIONI SCIENTIFICHE ITALIANE, NAPOLI, 1992.
- Pintore, A., «Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático», trad. J. A. Pérez Lledó, DOXA, 23 (2000), pp. 119-144.
- Rousseau, J. J., El contrato social o Principios de derecho político, trad. M. J. Villaverde, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1995.
- Ruiz Manero, J., «Presentación. Teoría de la democracia y crítica del marxismo en Kelsen», en Escritos sobre la democracia y el socialismo, 1ª ed., Debate, Madrid, 1988, pp. 11-61.

Recebido em: 27.03.2020
Aprovado em: 12.05.2020

Universidade do Porto
Portugal

Volume 1, Número 1,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt

A discricionariedade administrativa no Estado de Direito (o seu enquadramento jurídico)

*Administrative discretion in the rule of law (your legal
framework)*

António Francisco de Sousa¹

Resumo: O tema “discricionariedade administrativa” continua a ser o “calcanhar de Aquiles” do Direito Administrativo, apesar de ter sido historicamente a questão mais polémica e mais abordada pela dogmática jurídico-administrativa, desde os estudos preliminares de BERNATZIK e TEZNER. A grande relevância deste tema resulta do facto de ele ser a válvula de segurança e de garantia de efetivação do Estado de direito, e assim de realização da justiça material e do interesse público. Foram entretanto feitos progressos assinaláveis, mas falta ainda percorrer um longo caminho até que sejam alcançados níveis satisfatórios nos planos da conceção teórica, da aplicação prática e sobretudo do controlo jurisdicional. A discricionariedade continua, pois, a ser um tema atual e de transcendente relevância teórica e prática; continua a ser um desafio, mais que um obstáculo à realização da justiça no caso concreto. Esta reflexão procura ser um contributo válido para a juridificação da discricionariedade administrativa.

Palavras-chave: discricionariedade administrativa; Estado de Direito; justiça.

Abstract: The theme “administrative discretion” remains the “Achilles heel” of Administrative Law, despite being historically the most controversial and most addressed issue by legal-administrative dogmatics, since the preliminary studies by BERNATZIK and TEZNER. The great relevance of this theme results from the fact that it is the safety valve and guarantee of the fulfillment of the rule of law, and thus the realization of material justice and the public interest. Notable progress has been made in the meantime, but there is still a long way to go before satisfactory levels are reached in terms of theoretical design, practical application and, above all, judicial control. Discretion is, therefore, still a current topic and of transcendent theoretical and practical relevance; remains a challenge, more than an obstacle to the realization of justice in the specific case. This reflection seeks to be a valid contribution to the legalization of administrative discretion.

Keywords: administrative discretion; Rule of law; justice.

¹ Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Coordenador da Área Científica “Ordem e Segurança” do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos.

1. Razão de ser da escolha do tema

1.1. Sua relevância e atualidade

O tema “discricionariedade administrativa” continua a ser o “calcanhar de Aquiles” do Direito Administrativo, apesar de ter sido historicamente a questão mais polémica e mais abordada pela dogmática jurídico-administrativa, desde os estudos preliminares de BERNATZIK e TEZNER. A grande relevância deste tema resulta do facto de ele ser a válvula de segurança e de garantia de efetivação do Estado de direito, e assim de realização da justiça material e do interesse público. Foram entretanto feitos progressos assinaláveis, mas falta ainda percorrer um longo caminho até que sejam alcançados níveis satisfatórios nos planos da conceção teórica, da aplicação prática e sobretudo do controlo jurisdicional. A discricionariedade continua, pois, a ser um tema atual e de transcendente relevância teórica e prática; continua a ser um desafio, mais que um obstáculo à realização da justiça no caso concreto. Esta reflexão procura ser um contributo válido para a juridificação da discricionariedade administrativa.

1.2. Ligação do candidato ao tema: trabalho de uma vida

O nosso interesse pelo tema da discricionariedade vem desde o primeiro momento da nossa carreira académica, pois foi com um trabalho de investigação nesta área que nos candidatamos, em junho/julho de 1982, a um lugar de Assistente Estagiário na FDUL, objetivo que foi alcançado após defesa pública do mesmo. No ano seguinte, iniciámos um período de alguns anos de investigação em Freiburg (Alemanha) que incidiu sobre a discricionariedade administrativa e que, sob a orientação de M. BULLINGER, culminou com uma tese intitulada “A discricionariedade administrativa – Origem e evolução histórica no ‘sistema continental europeu’...”, apresentada e discutida publicamente em Freiburg, em dezembro de 1986, e publicada quase integralmente em Portugal, em 1987. Ainda em 1986 publicamos no Brasil um artigo intitulado “Os ‘conceitos legais indeterminados’ no direito administrativo alemão”. Seguiu-se uma dissertação de mestrado em Coimbra, em 1994, intitulada ‘Conceitos indeterminados’ no direito administrativo, sob a orientação do Professor Doutor ROGÉRIO EHRHARDT SOARES. Juntam-se ainda diversos estudos complementares que foram publicados como artigos ou capítulos de livros. São, pois, já 37 anos de estudo e reflexão do tema, numa aprendizagem e evolução contínuas, o que, contudo, não fez desaparecer muitas dúvidas e sobretudo uma consciência clara de que o debate dogmático da discricionariedade administrativa está para ficar ainda por muito tempo.

O móbil que nos impeliu, desde a primeira hora, à causa da discricionariedade e dos conceitos indeterminados esteve na constatação de uma realidade administrativa muito distante do Estado de direito efetivo e no desejo de contribuir para a redução dessa distância. Para isso, aderimos a concepções e conformamos ideias que permitem

chegar ao objetivo traçado de um Estado de direito mais efetivo, orientando-nos pela questionação de WILLI BREDEL: “A quem serve a arte?” (que corresponde a questionar a quem serve um amplo ou restrito conceito de discricionariedade administrativa).

2. Discricionariedade: figura nuclear, mas sem definição legal

O legislador emprega frequentemente o termo discricionariedade, mas não o define. A discricionariedade é assim pressuposta, mas não definida. Embora uma definição legal de discricionariedade administrativa não resolvesse todos os seus problemas, contribuiria certamente para a sua clarificação, pois a não definição legal da discricionariedade administrativa concorre para a sua ambiguidade nos planos dogmático e jurisprudencial. Também por este motivo, a discricionariedade administrativa continua a ser um domínio complexo e repleto de incertezas jurídicas, frequentemente exploradas para a realização de fins contrários à lei e ao interesse público.

O Estado de direito em geral e o legislador português em especial exigem a determinação e a maior clareza e objetividade em todos os domínios da lei, particularmente quando estão em causa, direta ou indiretamente, direitos fundamentais. Por isso, o legislador português deve regular o conteúdo e o exercício da discricionariedade, para que a autoridade administrativa conheça claramente o que pode e deve fazer, o cidadão possa saber inequivocamente onde começam e acabam os seus direitos e deveres, e os tribunais cumpram melhor a sua função de controlo da interpretação e aplicação da lei. Desde logo, o legislador deve estabelecer claramente os critérios e os limites do controlo jurisdicional.

3. Razão de ser da discricionariedade: instrumento de realização da justiça material e do interesse público

O poder discricionário resulta do facto de a generalidade e a abstração da lei não se adequar na perfeição à realização da justiça em situações concretas específicas que exigem a análise e ponderação casuística, nos seus contornos concretos. A decisão geral e abstrata do legislador cede então o lugar à decisão concreta, que analisa e pondera a especificidade do caso concreto, com vista à realização da justiça material e do interesse público. Mas esta “delegação” da lei na Administração tem de ser restringida aos casos de absoluta necessidade, pois ela ocorre sacrificando as virtudes da generalidade e da abstração, que proporcionam segurança jurídica e justiça material e que previnem a desigualdade arbitrária de tratamento.

A discricionariedade não é, assim, um poder estranho ao Estado de direito, mas um instrumento indispensável à realização da justiça material e do interesse público. A discricionariedade tem aqui a sua razão de ser e o seu limite, o seu princípio e o seu fim.

4. Atribuição da discricionariedade

A primeira grande questão que se coloca consiste em saber quando estamos perante um poder discricionário.

4.1. Princípio geral: os poderes da Administração são atribuídos por lei

No Estado de direito, não há Administração sem lei, isto é, a Administração apenas dispõe dos poderes que a lei lhe confere, especialmente no âmbito da chamada Administração de ingerência, sendo que também na Administração de prestação terá de haver uma habilitação legal: as funções e as competências não se presumem, mas são conferidas por lei.

4.2. Exigências reforçadas para a discricionariedade

Correndo o exercício do poder discricionário sério risco de materializar ingerências graves nos direitos e liberdades dos cidadãos e sendo muito difícil, ou mesmo impossível, aos atingidos provar as reais intenções da Administração na determinação do fim da sua atuação, é sensato, lógico e legítimo exigir que a atribuição de um poder que representa tantos perigos seja restringido aos casos em que se verifica a externação clara e inequívoca de uma correspondente vontade na lei de habilitação. Por outras palavras, o poder discricionário significa em princípio menor intensidade do controlo jurisdicional. Isto implica uma importante limitação para o próprio legislador. A atribuição pelo legislador de um poder discricionário significa uma certa exclusão do controlo jurisdicional dos direitos subjetivos, eventualmente fundamentais. Isto obriga ao legislador ter em consideração que, no Estado de direito com separação de poderes, a interpretação final vinculativa da norma e o controle da aplicação da lei estão, por força da Constituição, reservados aos tribunais. Assim, uma “libertação” da aplicação do direito relativamente ao controlo jurisdicional só pode ser feita quando se verifique um fundamento material suficientemente importante face ao princípio da tutela jurisdicional efetiva².

4.3. Proibição de presunção da discricionariedade

Temos, assim, que no Estado de direito, a discricionariedade não se presume e não pode resultar do recurso à analogia. No Estado de direito não há discricionariedade sem lei (sem autorização legal), por indeterminação da lei, para além da lei ou contra a lei. Sendo a discricionariedade produto da vontade claramente expressa (do legislador), não há também discricionariedade resultante de meros conceitos isolados ou de situações complexas de mera cognição, de mero (re)conhecimento, ou de mera

2 Neste sentido, cf. BVerfG, ac. de 22.11.2016, parágrafo 21, in: BVerfGE 143, 216, 225 e seg.).

constatação, onde o legislador não deixou à Administração qualquer possibilidade de alternativa ou escolha.

4.4. Discricionariedade como espaço não controlado pelo tribunal

Alguma doutrina e jurisprudência têm definido a discricionariedade administrativa de forma negativa, reconduzindo-a para o recanto da decisão que o tribunal não controlou. Este entendimento deve, no entanto, ser recusado. “A discricionariedade administrativa não depende do controlo jurisdicional”, mas do legislador, pois só este confere poderes à Administração. “Um conceito negativo de discricionariedade, isto é, discricionariedade como um espaço que o tribunal administrativo não pôde ou não quis controlar, significa a negação da discricionariedade e constitui um perigo para a proteção jurídica dos cidadãos. Um conceito negativo de discricionariedade reflete-se com desvantagem também para a Administração, pois não delimita com exatidão os seus poderes. Até o legislador não saberia, em certos casos, com exatidão, se os poderes que atribui seriam livres ou vinculados”³. “Do forçoso reconhecimento de auto recuo do controlo jurisdicional não se deve concluir que a zona não controlada se transformou por isso em zona discricionária”⁴. “A flexibilidade do self-restraint judicial permite ao tribunal adaptar-se permanentemente às novas situações, aos novos reconhecimentos científicos e às novas técnicas de controlo”⁵. E “o juiz, criterioso e responsável, conhecendo o real significado da função de julgar, fixará a linha ideal do seu controlo de acordo com as circunstâncias envolventes do caso concreto”⁶. Assim, pode e deve haver auto recuo do controlo jurisdicional⁷, mas os poderes, vinculados ou discricionários, recebe-os a Administração da lei e não resultam de um eventual controlo jurisdicional⁸.

3 SOUSA, A. F. de, *A discricionariedade administrativa*, Lisboa 1987, p. 331 e seg.

4 SOUSA, A. F. de, *A discricionariedade administrativa*, Lisboa 1987, p. 332 e seg.

5 SOUSA, A. F., “Conceitos indeterminados” no direito administrativo, Coimbra 1994, p. 238.

6 SOUSA, A. F., “Conceitos indeterminados” no direito administrativo, Coimbra 1994, p. 240.

7 Mesmo havendo auto recuo, o controlo jurisdicional de decisões específicas de exame alarga-se à questão de saber se o examinador respeitou o padrão objetivo de avaliação, isto é, se p. ex. ele classificou como falsa uma observação/resposta tecnicamente correta ou sustentável. As avaliações e as ponderações específicas de exame devem ser compreensíveis e, em particular, elas não devem conter contradições substanciais (controlo que pode ser feito a partir da fundamentação).

8 A jurisprudência administrativa superior alemã dos últimos anos tem-se debruçado sobre a questão da possibilidade de controlo jurisdicional total da avaliação pela Comissão de Controlo de Qualidade do Vinho (Weinprüfungskommission), que tem por missão classificar os vinhos e atribuir um número de qualidade baseado em três fatores de avaliação: o aspeto, o cheiro e o sabor de um vinho. Sobre esta questão, o Tribunal Administrativo Federal concluiu: “Pode ser controlado pelo tribunal de forma limitada, uma vez que a lei concedeu aos membros da Comissão (especialistas na matéria) para esse efeito uma margem não desprezível de apreciação. Isto é válido não apenas quanto ao resultado das avaliações sensoriais, mas também quanto ao procedimento de tomada de decisão”. E continua: “Enquanto os avaliadores não se guiarem por considerações irrelevantes (estranhas) para a avaliação e a avaliação não padecer de erro grave (manifesto, evidente), a decisão não pode ser corrigida pelo tribunal (neste caso, a decisão de não atribuição de um número de controlo de qualidade” (ac. do BVerwG de 16.05.2007, in: NJW 2007, 2790). Segundo a lei alemã, um vinho recebe um número oficial de controlo de qualidade se tiver atingido pelo menos a pontuação de 1,5 na média das avaliações de todos os avaliadores. Esta jurisprudência é inteiramente aceitável, considerando a impossibilidade de um controlo total consistentemente fundado em argumentos lógicos e juridicamente válidos. Este é um daqueles casos em que o tribunal tem autonomia para determinar em concreto até onde pode ir no seu controlo.

4. 5. A cláusula “pode”, o “falso pode” e a vinculação estrita

Tradicionalmente, a dogmática jurídico-administrativa sustentou que para atribuir a discricionariedade o legislador recorre frequentemente às chamadas cláusulas “pode”. Porém, o uso pelo legislador da cláusula ‘pode’ constitui um mero indício (e nada mais que isso) de atribuição de um poder discricionário. Portanto, o emprego, na estatuição da norma jurídica, do termo “pode” não significa ipso facto, sempre e inevitavelmente, a atribuição de um poder discricionário. Pode estar em causa apenas a previsão de uma competência ou uma autorização no âmbito da Administração vinculada. Assim, não obstante o uso na norma jurídica da cláusula “pode”, no caso concreto podemos estar perante um poder vinculado. Em muitos casos isto resulta da própria interpretação da norma jurídica, pois muitas normas contêm em si uma negação da própria afirmação (um “falso pode”).

Apenas um exemplo da lei:

O art.º 92.º, n.º 4, do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (DL n.º 214-G/2015, de 02/10) diz: “O despejo deve executar-se ..., salvo quando houver risco iminente de desmoronamento ou grave perigo para a saúde pública, em que poderá executar-se imediatamente.” Este “poderá” é inequivocamente um deverá, sempre que se verifique a situação de “risco iminente de desmoronamento ou grave perigo para a saúde pública”.

5. Redução da discricionariedade a zero

Em geral, verifica-se uma “redução da discricionariedade a zero” (como tão enfaticamente formulou ALFONS GERN, em 1987)⁹ quando um poder discricionário atribuído pelo legislador se converte, no caso concreto, pela aplicação de normas e princípios vigentes, numa decisão vinculada.

Um caso ilustrativo de redução da discricionariedade a zero resulta do seguinte exemplo: uma pessoa está a afogar-se num rio. A autoridade competente (p. ex. a polícia) pode salvar essa pessoa lançando uma boia, nadando até ela, chamando um salvador-nadador. Só aparentemente há liberdade de escolha entre estes meios. Na realidade, o elevado valor do bem em risco (vida humana) e o elevado risco (perigo iminente de afogamento) obrigam à adoção do meio que em tempo útil se revela mais adequado, mais célere e menos oneroso para atingir o fim em vista que é o salvamento. A escolha converte-se, assim, numa obrigação de, ponderada a situação em concreto e os meios disponíveis, lançar mão do meio mais adequado.

6. Discricionariedade de Estado de direito: discricionariedade juridificada e de justiça material

6.1. Discricionariedade juridificada

⁹ GERN, A., “Die Ermessensreduzierung auf Null”, DVBl. 1987, 1194 e segs.

No Estado de direito só há lugar para uma discricionariedade juridificada, isto é, uma discricionariedade concebida e limitada pelo direito, como produto do direito. A discricionariedade e a apreciação, como também o interesse público, desenvolvem-se nos critérios do direito e nos limites do direito. A solução discricionária tem de ser a solução imposta pela lei e pelo direito; ela deve ser encontrada de acordo com o melhor exercício do poder, a melhor convicção, o melhor conceito de justiça, a maior transparência, clareza e objetividade. A discricionariedade administrativa é, pois, um instrumento não de realização de caprichos ou arbítrios, mas de realização da justiça no caso concreto e do interesse público. O leque das alternativas já dormita na norma e é condicionado determinantemente pela lei de autorização discricionária e pelo direito. Por isso, quando por vezes se diz que na discricionariedade o legislador “não quer saber” da solução que vai ser adotada no caso concreto, isso não poderá ser tomado à letra, pois não pode significar uma solução fora da lei ou indiferente à lei. Bem pelo contrário: o exercício do poder discricionário é ainda realização da lei e do direito. Não existe discricionariedade administrativa na forma de liberdade de escolha arbitrária, mas apenas discricionariedade administrativa na forma de ‘escolha funcional’, que é também “escolha do melhor”, isto é, uma falsa escolha. A discricionariedade é ainda uma questão de juridicidade e não apenas ou sobretudo de política administrativa ou de opinião subjetiva. A lei e o direito impõem a medida mais conveniente; e, se impõem, estamos perante uma questão de juridicidade. É certo que a determinação do que é mais conveniente ou oportuno pode envolver, em maior ou menor medida, o recurso a elementos extrajurídicos, que não podem ser confundidos com os aspetos jurídicos, mas esses elementos têm de ser clara e objetivamente demonstrados (porque têm relevância jurídica)”.

A discricionariedade não é uma forma de desvinculação da Administração à lei e ao direito. Discricionariedade e direito não são realidades antagónicas ou substancialmente distintas, mas consubstanciais, feitas da mesma matéria. A discricionariedade exerce-se pelas vias e nos limites do direito, para realizar o direito, sendo que o interesse público é parte deste. Ela é a via necessária, certa e adequada para a realização do direito no caso concreto. A vontade exercida no exercício da discricionariedade é a vontade da lei e do direito, por intermédio do órgão ou agente da Administração.

6.2. Discricionariedade como poder funcional: vontade subjetiva e vontade funcional

O direito não pode depender da vontade subjetiva, enquanto vontade pessoal do agente administrativo, mas impõe o exercício da vontade funcional, que é a vontade do agente limitada pela lei e pelo direito, no escrupuloso cumprimento dos seus deveres funcionais. É exigida uma vontade objetiva e funcional, capaz de ser claramente entendida por terceiros (especialmente pelo cidadão interessado e pelo tribunal). O direito proíbe que o agente se oriente pela sua vontade estritamente

peçoal, tanto na perspetiva do seu interesse pessoal como na perspetiva da sua 'visão do mundo' estritamente pessoal, mas também por gostos e preferências do foro individual-pessoal. Todo o órgão e agente administrativo está juridicamente vinculado à neutralidade, não só política, religiosa e ideológica, mas também do foro estritamente subjetivo. A vontade funcional vem da lei e tem de se dirigir para o cumprimento da lei, para a realização do interesse público, para o respeito pelos direitos dos cidadãos. A vontade funcional forma-se e exerce-se nos limites impostos pelo cumprimento rigoroso dos deveres funcionais, isto é, dos deveres do desempenho cuidadoso da função, o que implica boa-fé, integridade, bom senso, ponderação e lealdade do órgão ou titular que atua aos fins da lei e do direito. A deslealdade à Constituição, entendida como violação de valores fundamentais da Constituição, revela (e faz prova suficiente) falta de idoneidade para o cargo. Neste caso, a consequência deveria ser, automaticamente, a perda de mandato ou a destituição do cargo.

6.3. Discricionariedade para a realização da justiça material: o verdadeiro ADN da Administração Pública

O verdadeiro ADN da Administração Pública de Estado de direito está na realização da justiça material e, essencialmente por esta e para esta, do interesse público. Para isso, a Administração tem ao seu dispor, antes de mais o princípio da justiça e a equidade.

A equidade é em Portugal fonte de direito (cf. art.º 4.º do Cód. Civil) e critério ou princípio de decisão que exige realização da justiça no caso concreto.

A justiça material proíbe a decisão injusta, mesmo nos casos em que por lacuna da lei, por imperfeição ou incorreção da lei, ou mesmo por determinação expressa da lei tudo aponte para uma decisão injusta: a justiça material tem de imperar sempre; se necessário, mesmo contra legem. O Estado de direito é Estado de justiça efetiva ou material (concretizada, tornada realidade, vivida), sempre e em toda a parte. As leis injustas não são direito, porque direito superior às leis positivas impede a sua vigência.

Em rigor, no caso concreto, o reconhecimento do império da justiça material sobre a justiça formal implica a própria negação da discricionariedade, pois no caso concreto só uma decisão é materialmente justa: aquela que, no respeito pela lei e pelo direito, realiza a justiça material e melhor satisfaz o interesse público.

6.4. Discricionariedade como cultura de justiça material: poder responsável e para servir - mudança de paradigma cultural

A Administração pública tem de abandonar a ideia de poder como privilégio ou regalia, fruto de uma educação que surgiu e se desenvolveu, como observou Karl POPPER, num "sistema cuja base última é a adoração do poder", mas que já não tem cabimento no Estado de direito atual.

No exercício do poder discricionário, a cultura do gozo de privilégios tem de ser substituída, por imposição do Estado de direito, pela cultura do cumprimento do dever, pois este é a verdadeira essência da liberdade: só o cumprimento do dever me liberta. Se a cultura proporciona ao ser humano em geral o “andar direito”, isto é antes de mais válido para o titular de poder discricionário. O direito e o Estado direito desenvolvem-se pela vivência de uma cultura de cumprimento do dever.

O imperativo de realização da justiça material compromete o aplicador da lei no seu todo, o funcionário ou agente de alto a baixo, a pessoa na sua máxima elevação. Pela injustiça, a pessoa afasta-se do mundo, mas liga-se a ele pela justiça. A justiça material é o direito no seu todo, enquanto a lei é apenas parte dele. Não é Estado de direito aquele em que impera a cegueira ou a indiferença (muitas vezes da própria norma positiva) perante a justiça. Não é excelente a Universidade (algumas são-no estatutariamente) que forma juristas indiferentes à justiça. Não é a lei, mas a justiça que molda a sociedade.

7. Discricionariedade: realização do interesse público, respeito pelo direito e princípio da melhor escolha

A relação da discricionariedade com o “interesse público” tem gerado, de há muito, acesa celeuma doutrinária. Tradicionalmente, o interesse público serviu de cláusula de refúgio para decisões arbitrárias e para a recusa de controlo jurisdicional. Foi contra este entendimento errado que se insurgiu P. HÄBERLE na sua obra fundamental *O interesse público como problema jurídico*, de 1970¹⁰. O interesse público é pilar fundamental do Estado de direito e exigência constitucional. Ele é um problema essencialmente jurídico e não um problema extrajurídico ou antijurídico. O interesse público não existe contra o direito, mas surge nele, faz parte dele e existe para ele. No Estado de direito, o interesse público manifesta-se de múltiplas maneiras, conhece diversas dimensões, mas emana do direito, vive e desenvolve-se nele, está limitado por ele e ao serviço dele. Por isso, o primeiro e fundamental interesse público, que condiciona determinadamente todos os outros interesses públicos, reside na observância da lei, antes de mais da Constituição, e do direito.

8. Discricionariedade e figuras afins

8.1. Apreciação/valoração: verificação e declaração de valor

Como Estado de justiça material, o Estado de direito apenas admite a justa apreciação/valoração. Tudo para além disto é inconstitucional e ilegal. A justa apreciação/valoração converte-se, no caso concreto, numa única decisão e, assim, numa vinculação da Administração a essa decisão única. Esta é uma questão que exige um controlo jurisdicional tão intenso quanto possível. O Estado de direito e a

10 HÄBERLE, Peter, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970.

sua tutela jurisdicional efetiva exigem máximos em termos de intensidade de controlo, porque só um controlo tão intenso quanto possível é capaz de assegurar a justiça material. Por isso, o tribunal não pode limitar-se a cumprir mínimos (controlo mínimo).

8.2. Margem de livre apreciação

Na dogmática jurídico-administrativa continua a suscitar celeuma a questão da margem de livre apreciação. Esta é, por vezes, definida positivamente como um poder ou prerrogativa da Administração que não cai sob o controlo jurisdicional e que, por isso, acabaria na prática por equivaler a um poder discricionário, como zona de livre decisão. Recusamos este entendimento por ser inconstitucional. Mas a margem de apreciação também pode ser definida negativamente, como um poder que, sendo por natureza vinculado, o seu controlo jurisdicional deve ser, contudo, em maior ou menor medida, (auto)limitado pelo tribunal, tendo em consideração:

- a) as circunstâncias do caso concreto;
- b) a legitimidade de decisão da Administração; e
- c) a própria natureza da ação de controlo jurisdicional.

Esta formulação negativa da margem de apreciação é a que melhor satisfaz as exigências do Estado de direito. Por isso, é esta a orientação que deve ser seguida. Na margem de apreciação, o que fundamentalmente está em causa é uma questão de maior ou menor intensidade do controlo jurisdicional da apreciação juridicamente vinculada da Administração.

8.3. O caso especial do controlo jurisdicional da avaliação de conhecimento

Vejam os mais especificamente, o caso, para nós paradigmático, da avaliação de conhecimento. Toda a avaliação de conhecimento está sujeita a princípios jurídicos, antes de mais ao princípio da avaliação justa, funcional e responsável. E, em geral, a dignidade humana e os direitos fundamentais são limites à avaliação de conhecimento, tal como também o são os princípios gerais de direito administrativo em geral.

Neste sentido, constitui, por exemplo, um princípio de avaliação com validade geral o de que as respostas corretas e os contributos úteis para a solução (consoante o caso concreto) não devem, em princípio, ser consideradas como estando erradas, pelo que não podem levar ou contribuir para a reprovação ou para uma avaliação mais baixa. Quando, pela especificidade ou natureza da questão sujeita a exame, a correção ou aptidão de soluções não sejam claramente determináveis, isto é, quando a questão é técnico-cientificamente controversa, a margem de avaliação

do examinador é limitada pela margem de resposta do examinando¹¹. Assim, não deve ser considerada errada uma resposta ou solução aceitável (ou sustentável) que seja razoavelmente apoiada em argumentos consistentes. Também não cai na margem de avaliação do avaliador uma avaliação (pontuação) assente num critério técnico-científico pessoal do examinador que para um especialista na matéria tem de ser considerado como insustentável. As avaliações técnico-científicas podem e devem ser controladas intensamente pelos tribunais, no contexto de um controlo, em princípio, total.

8.4. “Liberdade de conformação”: imperativo de justa ponderação (Abwägungsgebot)

As considerações gerais formuladas sobre a discricionariedade e a margem de apreciação também se aplicam com pertinência no domínio da planificação administrativa. Mas este domínio tem uma especificidade individualizadora: o procedimento de planificação (“fixação do plano” – “decisões de planificação”) está associado, pela sua própria natureza, a uma justa (ou “adequada”) ponderação dos múltiplos interesses em conflito, incluindo públicos e privados, à qual é inerente uma chamada “margem de conformação planificadora”, que é conhecida como “discricionariedade de planificação”. A “liberdade de planificação” ou “liberdade de conformação planificadora” está associada ao facto de as normas de planificação não preverem factos subsumíveis, mas imporem fins a atingir, cuja realização se prolonga no tempo (“como um intervalo musical” – Joseph Heinrich Kaiser) e exige, por natureza, liberdade de conformação. “Planificação sem liberdade de conformação

11 Um ac. do OVG Lüneburg, de 2.7.2014 (in: NVwZ-RR 2015, 299 e segs.), é elucidativo a este respeito quando diz, no seu n. m. 40: “Ao controlar as avaliações, deve-se fazer uma distinção entre as avaliações técnicas e avaliações específicas de exame. De acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, a margem de avaliação do direito dos exames limita-se a avaliações específicas de exame, portanto, em princípio, não se alarga a questões técnicas que constituem objeto da avaliação [...]. A avaliação especificamente técnica pelos examinadores está geralmente sujeita a um controlo jurisdicional total. Isto diz respeito acima de tudo à questão de saber se a tarefa objeto de exame foi corretamente avaliada pelo examinador como tecnicamente incorreta, correta ou pelo menos sustentável. Quando a correção ou adequação das respostas/soluções não é inequivocamente determinável dada a especificidade da questão objeto do exame e, pelo contrário, a avaliação deixa espaço para opiniões controversas/diversificadas, o examinando deve gozar de uma adequada margem de resposta [...]”. E prossegue, de forma elucidativa no n. m. 41: “41. Esta avaliação específica de exame compreende, entre outras coisas, o grau de dificuldade da tarefa (p. ex. um tema de desenvolvimento), a forma/capacidade de abordar/apresentar o problema, a boa estruturação da exposição/apresentação, a qualidade da apresentação, a persuasão (poder persuasivo) dos argumentos, a avaliação/ponderação da gravidade dos erros em concreto, a impressão geral do desempenho e, finalmente, o nível médio (padrão) de exigência a seguir como padrão de diferenciação na atribuição de notas [...]. A margem de apreciação dos examinadores nesta avaliação específica do exame baseia-se no facto de as notas dos exames não deverem ser consideradas isoladamente, mas podem ser encontradas no âmbito de um quadro de referência que é influenciado pela experiência e pelas conceções técnico-científicas dos examinadores. Os examinadores devem basear as suas avaliações na experiência que desenvolveram ao longo da sua praxis de exames comparáveis. [...], se, pelo contrário, o procedimento judicial desenvolvesse os seus próprios critérios de avaliação para a classificação específica do exame, os critérios voltariam a ser violados e a igualdade de oportunidades seria questionada por todos os examinandos. [...]” E, num ac. de 7.4.2016, O Tribunal Administrativo Federal conclui no seu n. m. 24: “Os limites funcionais da jurisdição administrativa [...] seriam excedidos se os tribunais administrativos [...] exigissem eles próprios decidir entre posições cientificamente sustentáveis [...]. Não é tarefa dos tribunais administrativos tomar partido sobre questões cientificamente controversas”.

seria em si uma contradição”¹². A lei impõe a prossecução de fins que devem ser alcançados respeitando os critérios de ponderação e os limites gerais do direito. A liberdade de conformação da Administração implica uma limitação do controlo jurisdicional.

8.5. “Liberdade de previsão”: antevisão segundo regras da arte (base: conhecimento técnico e dados da experiência). Princípio da previsão e princípio da precaução (pré-prevenção, por exemplo no caso de risco de causar cancro; imparcialidade, risco de violação)

Também as chamadas decisões de prognose ou decisões de perigo ou de risco se situam na zona de tensão entre a função e a responsabilidade da Administração, por um lado, e o controlo jurisdicional, por outro lado. Tipicamente, as “decisões de prognose” envolvem previsões sobre acontecimentos futuros. Faltando na decisão de prognose os critérios racionais típicos da subsunção, o seu controlo jurisdicional tem de ser recuado, não pleno, mas eventualmente “criativo” (direito judicial – Richterrecht). Do auto recuo do controlo jurisdicional não resulta para a Administração uma “liberdade de previsão” do risco. Em matéria de controlo da prognose, o controlo jurisdicional incide sobre a base da prognose e a validade ou sustentabilidade comprovada dos critérios de previsão, aqui com possibilidade de desenvolvimento jurídico (criação de direito).

9. Atribuição dos mandatos de apreciação, de conformação, de previsão, de boa administração e de “boa gestão”: poder como mandato com vinculação a princípios jurídico-administrativos

Aspeto especialmente relevante neste domínio é o da atribuição da função administrativa como mandato. O Estado de direito e a lei conferem à Administração um mandato, como poder-dever de realização do melhor possível, da melhor escolha, da maior eficiência, economicidade, celeridade, que configura uma verdadeira vinculação a princípios jurídico-administrativos que representam em si ordens imperativas de justa apreciação, de justa conformação, de correta previsão, de boa administração e de boa gestão. Estes mandatos para máximos e para o melhor possível têm natureza jurídica e fortes implicações jurídicas, neles se fazendo exigências concretas de organização e funcionamento, de procedimento e de processo, de tempo (v. g. o presente procedimento de provas) e de espaço, mas também de justiça material, de apreciação, de justa ponderação, de correta previsão, de celeridade, de economicidade. Também aqui impera e predomina o direito, com reflexos diretos para o controlo jurisdicional.

¹² A expressão é do Tribunal Administrativo Federal alemão, in: BVerwGE 34, 301, 304.

10. Procedimento de decisão com justa apreciação/ponderação racional e previsível

O procedimento administrativo é em si mesmo uma forma de legitimação e de limitação do poder administrativo, na medida que em subordina a Administração à observância de princípios e regras jurídico-procedimentais. A orientação fiável e necessária na comunidade jurídica, em sociedade aberta, não se funda num “direito indiscutível” baseado no juízo “autónomo” ou “independente” da consciência de quem decide ou julga. Este juízo não é suficiente para criar certeza de orientação; é necessário subordinar a formação do juízo a princípios e normas, procedimentos e argumentos jurídicos. As decisões têm de ser fundamentadas de maneira aceitável, sensata, razoável, lógica e convincente para terceiros e para a comunidade em geral (“pressão de legitimação”). Assim, as decisões seguem procedimentos racionais previsíveis. A racionalidade do direito favorece a objetivação, o respeito por princípios racionais de conduta. Exige-se uma fundamentação sensata e um distanciamento funcional em relação aos interesses sobre os quais se decide. O direito necessita de garantia de execução, de certeza de realização, de modo a assegurar uma certeza normativa de orientação na comunidade¹³.

O procedimento de decisão com justa apreciação ou ponderação racional e previsível é um procedimento que se opera em três fases: reunião do material a ponderar; pesagem individual e em relação recíproca de cada elemento do material a ponderar; e decisão.

11. Controlo jurisdicional: em geral

11.1. Interlocação entre julgar e administrar: controlo jurisdicional

O bom controlo gera boa administração; o mau controlo gera má administração. Neste sentido, importantíssimo na perspetiva da efetivação do Estado de direito, controlar a Administração é uma forma (indireta) de administrar. Por outras palavras, o bom ou mau funcionamento da Administração em tudo o que tem a ver com a correta interpretação e aplicação da lei e do direito depende em larga medida da ação dos tribunais. Confiar na Administração é bom, mas não é suficiente; controlar a Administração é melhor, e é uma exigência do Estado de direito efetivo.

11.2. Função pedagógico-cultural da sentença (“engenharia” cultural-administrativa): julgar é ainda administrar

À sentença judicial é inerente uma função pedagógica. As sentenças dos tribunais administrativos devem ser “lições de direito” dirigidas à Administração, em todos os seus aspetos. Devem denunciar e censurar, clara e objetivamente, a ilegalidade,

¹³ Ouça-se também a outra parte, para que a decisão seja justa.

especialmente as formas “dissimuladas” de ilegalidade, e apontar os caminhos da legalidade e de realização da justiça material.

12. Controlo jurisdicional: limites jurídicos

No que respeita ao controlo jurisdicional, uma primeira e importante linha de orientação a considerar consiste no facto de a Constituição e, na sua base, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais garantirem aos cidadãos, como direito fundamental, uma tutela jurisdicional efetiva. Por outro lado, o controlo jurisdicional deve ser adequado a assegurar que na prática seja plenamente eficaz a proteção dos direitos e liberdades garantida na Constituição. O cidadão tem direito à plena eficácia da proteção jurisdicional dos seus direitos e liberdades. E deste direito e do dever que a lei impõe aos tribunais resulta que, em princípio, sempre que possível e na medida do possível, o controlo deve ser pleno na perspetiva jurídico-material. Estes princípios sobrepõem-se e excluem toda a discricionariedade ou margem de apreciação que a Administração pretenda invocar sem base legal clara e objetiva; eles são limites à discricionariedade.

12.1. Controlo total da natureza do poder exercido (especialmente: verdadeiro ou falso “pode”): uma questão de interpretação da norma

Antes de mais, é importante proceder ao controlo da natureza – vinculada ou discricionária – do poder exercido, nomeadamente se estamos perante um verdadeiro ou um falso “pode”.

Ainda no controlo da natureza do poder atribuído em concreto, o tribunal deve, desde logo, controlar a eventual redução da discricionariedade a zero.

12.2. Controlo do procedimento (trifásico) do exercício da discricionariedade: reunião do material a ser ponderado; sua pesagem individual e em relação recíproca; decisão

O controlo jurisdicional das decisões tomadas no exercício do poder discricionário (tal como no exercício de poderes de avaliação) alarga-se à reunião do material a ser ponderado; à pesagem individual desse material e em relação recíproca; e à decisão em si mesma. Isto significa que o controlo incide sobre:

- Se os factos foram considerados de maneira completa e precisa.
- se as normas de procedimento e os princípios legais de avaliação foram respeitados;
- Se foram considerados aspetos estranhos.

Mas o tribunal administrativo tem ainda o dever de controlar uma grande diversidade de aspetos jurídicos fundamentais para a defesa da juridicidade, da boa

administração e do interesse público.

Assim, o tribunal deve controlar um eventual “não exercício da discricionariedade”, isto é, se a decisão se baseou no falso pressuposto de que o poder é vinculado, quando efetivamente era discricionário.

Por outro lado, deve ser efetuado o controlo do limite interno, isto é, do fim da lei de habilitação, que durante muitas décadas foi considerado o único controlo possível sob a forma de desvio de poder.

Mas não pode deixar de ser feito o controlo dos múltiplos limites externos (à lei de habilitação), tais como:

O princípio da igualdade e, no seu âmbito, a questão da auto vinculação da Administração, o seu fundamento, os seus pressupostos e os seus efeitos.

O princípio da imparcialidade, cujo controlo jurisdicional, muito nos apraz assinalar, tem registado uma importantíssima evolução positiva nos últimos anos, embora ainda não se tenha chegado à chamada imparcialidade institucional. A ideia mais importante a destacar nesta jurisprudência é a de que, para que se verifique violação da imparcialidade, já é suficiente a verificação do risco de atuação parcial da Administração. O Supremo Tribunal Administrativo é claro quando afirma que “o princípio da imparcialidade impede a criação de situações de risco de imparcialidade, independentemente de se verificar uma efetiva violação da imparcialidade”, sendo que “a demonstração da violação do princípio da imparcialidade não está dependente da prova de concretas atuações parciais”¹⁴.

O princípio da proporcionalidade, nos seus conhecidos subprincípios da aptidão, indispensabilidade e proporcionalidade em sentido estrito.

E ainda diversos outros princípios limitadores da discricionariedade, como o respeito pela dignidade humana e pelos direitos fundamentais em geral, o respeito pelos princípios de valoração que decorrem dos direitos fundamentais (como ordem de valores neles incorporada), o princípio do Estado de direito, o princípio da avaliação justa, funcional e responsável, o princípio da proibição do arbítrio, as diretivas de atuação (p. ex. no direito de planificação), as diretivas ou orientações internas da Administração de aplicação de normas ou de orientação do exercício da discricionariedade (desde que em si mesmas sejam conformes ao direito), o princípio da justiça do sistema, como p. ex. o respeito pela antiguidade, princípio da rotatividade, a igualdade de oportunidades e a proibição de exigir quando não se deu oportunidade, o princípio da imparcialidade do sistema, que exige por exemplo distanciamento (quanto a interesses) entre avaliador e avaliado, o princípio do respeito pelas regras elementares de justiça material na atribuição de prioridade (no procedimento de admissão, p. ex. prioridade para quem ainda não tem nenhuma licença de táxi na praça em relação àqueles que já têm licenças; ou prioridade para quem já espera à mais tempo), o princípio do respeito por valorações de reconhecimento geral, o princípio de adoção de critérios de justiça elementar na atribuição de um local de exposição numa feira, ou na atribuição da lecionação de uma disciplina pretendida por dois ou mais docentes ou em qualquer outro desempenho relevante para a realização profissional,

¹⁴ É nossa convicção que quando esta passagem se refere a “risco de imparcialidade”, terá querido referir-se a “risco de parcialidade”, pelo que estaremos perante um lapso.

o princípio de que a discricionariedade não pode ser um meio para contornar normas legais vinculativas, o princípio da boa fé, a proibição de um venire contra factum proprium, isto é, a Administração não deve, sem fundamento suficientemente forte, entrar em contradição com as suas declarações ou com a sua conduta tradicional, a proibição de fazer depender decisões discricionárias de fatores que com elas não estão relacionados, o princípio da suportabilidade (de ónus ou encargos, p. ex. no domínio do ambiente) da exigência imposta, o princípio da proteção das legítimas expectativas (p. ex. prorrogação de uma licença que sempre foi prorrogada e exercida sem qualquer reparo), o princípio da não simplificação das operações (com o mero objetivo de economizar trabalho ou custas, sem querer saber dos bens sacrificados ou quando estas possam reverter em diminuição das garantias dos particulares), o princípio do respeito pelas regras de jogo, ou do fair play, nos exames (que, p. ex., poderá ser violada por comentários às respostas ou mesmo gestos durante o exame por parte do examinador), o princípio da objetividade da valoração. Também são limites à discricionariedade as normas de probidade ou integridade administrativa, as normas éticas, estéticas, deontológicas ou sociais quando impostas juridicamente como códigos de conduta impostos aos órgãos e funcionários administrativos. Se em abstrato pode haver entre estes princípios alguma sobreposição, no caso concreto eles podem ganhar uma individualidade saliente que os adequa como limites jurídicos válidos para um controlo jurisdicional efetivo. É assim que, em certos sistemas jurídicos, os tribunais administrativos exercem um controlo total de noções vagas valorativas como por exemplo, ordem pública, segurança pública, idoneidade para um cargo público, aptidão de uma publicidade para afetar o desenvolvimento normal de crianças e adolescentes ou o que delimita a pornografia da arte.

13. Grelhas de apoio à decisão

13.1. Vantagens das grelhas de apoio à decisão

Nas últimas décadas, têm sido implementadas grelhas de apoio à decisão, como fundamento e limite de decisões discricionárias e de avaliação e ponderação, como garantia de imparcialidade, de proporcionalidade, de igualdade, de transparência, de objetividade, de autovinculação e de boa administração. O seu uso é recomendável a todos os níveis, desde que não sejam convertidas, de forma ardilosa, em instrumentos de injustiça material.

13.2. Um caso especial de “grelha engenhosa”

Na Administração pública, tem-se tornado frequente o recurso a “grelhas engenhosas” arquitetadas de muitas maneiras, mas, como se impõe, sempre com o intuito de encobrir a ilegalidade, mantendo a aparência de ética, legalidade, boa-fé, imparcialidade, tudo não passando, contudo, de puros exercícios de dissimulação.

Porque estamos no meio académico, e até para não cairmos na tentação de admitir que o mal está sempre nos outros (noutros domínios), escolhemos o caso, semelhante a muitos outros que têm sido apreciados pelos tribunais administrativos, de uma grelha concebida no âmbito de um concurso para professor associado.

A grelha usada é “engenhosa”, porque não passa de uma artimanha, de um ardil ou de um estratagema para violar a lei, embora (mas em vão) procure transmitir a ideia de legalidade e até de escrupulosa preocupação com a legalidade. Para melhor disfarçar os intentos malévolos, a grelha foi usada informalmente, de forma não esquematizada. Mas para denunciar e ilustrar claramente o ardil engendrado, nós próprios esquematizámos os critérios e pontuações, que assim saltam melhor à vista.

O Edital do concurso dizia:

“O concurso destina-se a apreciar o mérito da obra científica dos candidatos e a sua capacidade de investigação, o seu valor pedagógico e a sua capacidade de trabalho institucional. A estes parâmetros corresponde, respetivamente, uma ponderação de 50 %, 30 % e 20 %.”

Na sua reunião de avaliação e ordenação dos candidatos, portanto depois de conhecer os currícula dos candidatos, o júri do concurso deliberou o seguinte, ainda que não de forma esquematizada:

<p>1.º Mérito da obra científica dos candidatos e sua capacidade de investigação (50%)</p> <p>1.1. <u>Mérito científico do curriculum</u> (25%) (5 pontos)</p> <p>Qualidade e inovação das publicações (1 ponto)</p> <p>Outros âmbitos de investigação (1 ponto)</p> <p>Experiência académica e reconhecimento jus-científico (1 ponto)</p> <p>Orientação de dissertações (1 ponto)</p> <p>Participação em júris (1 ponto)</p> <p>1.2. <u>Valor científico do relatório</u> (25%) (5 pontos):</p> <p>Rigor, (1 ponto)</p> <p>Qualidade, (1 ponto)</p> <p>Actualização, (1 ponto)</p> <p>Originalidade, (1 ponto)</p> <p>Fundamentação. (1 ponto)</p>
<p>2.º Valor pedagógico dos candidatos (30%) (6 pontos)</p> <p>Valor pedagógico do curriculum vitae (15%) (3 pontos)</p> <p>Valor pedagógico do relatório (15%) (3 pontos)</p>
<p>3.º Capacidade de trabalho institucional (20%) (4 pontos)</p> <p>Participação e possibilidade de participação na vida institucional da Faculdade.</p>

Ou seja, em síntese, não expressamente assumida (talvez porque o escândalo seria demasiado evidente):

- Curriculum: 8 pontos;
- Relatório: 8 pontos
- Trabalho institucional (sem “querer saber da manifesta desigualdade de oportunidades”): 4 pontos

A equiparação do curriculum (contendo toda a investigação, obras e artigos publicados, bem como a atividade pedagógica) ao relatório (em si, por natureza, bastante limitado, desde logo quanto à possibilidade de inovação), revela uma desproporção manifesta (e chocante) com o claro intuito de “depreciar” o(s) candidato(s) com melhor curriculum, isto é, com mais publicações e mais desempenho pedagógico. O mesmo resulta da multiplicação dos itens em subitens, operada semnexo ou justificação e amplamente sobrepostas¹⁵. Uma grelha destas, aparentemente pouco inofensiva, tem, contudo, para os diretamente prejudicados a força devastadora de anular as garantias constitucionais do Estado de direito.

14. Ventos de esperança

As novas tecnologias aliadas às enormes potencialidades da computação quântica deixam antever um futuro risonho para a juridificação e a efetivação da justiça material na maior parte dos domínios tradicionais da discricionariedade e dos conceitos indeterminados, especialmente sempre que esteja em causa uma atividade – ainda que complexa e exigindo avaliação, ponderação, previsão – de avaliação, graduação e decisão de ‘escolha’ do(s) melhor(es). Estará para breve o surgimento de programas computacionais especialmente concebidos para receber e processar um leque amplo e variado de informação, cada uma com o seu significado e relevância própria. Estes programas, concebidos criteriosamente com a participação de juristas, substituirão em larga medida os procedimentos atualmente em vigor, com muitas vantagens de objetividade, transparência, celeridade e economia de meios humanos e materiais. Um modelo-base será constituído seguramente por sistemas computacionais de grelha dinâmica que, uma vez cuidadosamente concebidas, indicarão com rapidez, transparência e objetividade, qual o júri, qual o desempenho, qual o melhor candidato, qual a sanção, qual a coima, qual a indemnização, se a licença deve ser emitida ou a autorização deve ser retirada, se a obra deve ser embargada, que o edifício em ruína deve ser demolido, etc. Venha e depressa esse mundo admirável da máquina tomar o lugar do Homem! A máquina inspira-me mais confiança quando se trata de decisão objetiva, transparente, imparcial, célere, barata, eficiente. A ‘nova era’ já se iniciou: recentemente (16 e 17 de março de 2019), realizou-se o 1.º Legal Hackathon em Portugal, ao qual se seguirão outras iniciativas, num processo que não terá retorno. O mundo das Startups do direito acaba de nascer!

15. Conclusões

15.1. No Estado de direito, o poder discricionário continua a ser necessário como instrumento para a realização da justiça no caso concreto e do interesse

¹⁵ Também a não contemplação da maior antiguidade e da alegada e demonstrada falta de igualdade de oportunidades constitui uma iniquidade e uma injustiça material.

público. Trata-se fundamentalmente de um mandato de justa ponderação e decisão, considerando as circunstâncias do caso concreto e os ditames da Constituição e da lei. Como poder jurídico, o poder discricionário é essencialmente vinculado. O cumprimento do direito pela via da realização da justiça material não é para a Administração uma possibilidade, uma opção, uma liberdade, uma vontade subjetiva, mas uma obrigação, um imperativo jurídico, sob pena de responsabilidade civil, criminal, funcional e mesmo de perda de idoneidade para o cargo.

15.2. Os poderes de apreciação/avaliação são tipicamente poderes de averiguação e declaração de uma realidade (enquanto valor) existente, estando excluída qualquer discricionariedade como liberdade de escolha. Os poderes de apreciação, de conformação, de previsão, de boa administração e de boa gestão são poderes funcionais de mandato que são produto do direito e estão limitados pelo direito. Estes poderes assentam nas “regras da arte” - que parte da experiência e da ciência - reconhecidas e delimitadas pelo direito. A Administração pública, não sendo Administração Hércules, no sentido de Administração perfeita, próxima da ação divina, está juridicamente vinculada a aproximar-se quanto possível do ideal perfeito, a realizar o máximo e da melhor forma possível (princípio da otimização). Em matéria de decisões de avaliação, o controlo jurisdicional deve ser pleno sempre que no caso concreto exista padrão objetivo de avaliação, o qual toma, no âmbito de respostas a questões técnicas, o lugar da apreciação autónoma do avaliador examinador¹⁶. Na falta deste padrão objetivo, o controlo jurisdicional deve ser recuado¹⁷.

15.3. O controlo jurisdicional é controlo jurídico, que deve alargar-se a tudo o que na decisão é jurídico ou de relevância jurídica, devendo ser flexível, mas no caso concreto tão intenso quanto possível, desde que juridicamente fundado. Não há ‘zonas tabu’, ‘santuários’ onde o direito não penetra, “justiças administrativas”, “discricionariedades impróprias” e “discricionariedades técnicas” a respeitar pelo tribunal. A boa administração, a eficiência, a economicidade, o interesse público, a ética na Administração pública são hoje princípios jurídicos que, por isso mesmo, devem ser objeto de controlo jurisdicional. Na interpretação e aplicação de princípios jurídico-administrativos o juiz deve orientar-se sempre pelo imperativo da otimização. O juiz não é “juiz Hércules” (no sentido de juiz perfeito), mas deve exigir o melhor, na maior medida possível. Ao ser exigente e ao exercer um controlo tão intenso quanto possível, o juiz não usurpa o poder da Administração, mas atua como interlocutor qualificado da função administrativa, função para que também foi constituído e da forma como exerce a sua função resultará o grau da sua legitimação

16 O examinador tem de respeitar o padrão; ele não pode classificar como erradas respostas tecnicamente sustentáveis. Os tribunais administrativos devem controlar se o examinador respeitou este padrão, i. é, se ele não classificou como falsa uma observação/resposta tecnicamente correta ou sustentável (neste sentido, cf. p. ex. o ac. do Tribunal Administrativo alemão de 16.5.2016).

17 O Tribunal Administrativo Federal foi claro a este propósito no seu ac. de 22.09.2016, (in: BVerwGE 156, 148, n. m. 34), quando conclui: “O motivo do reconhecimento de uma prerrogativa de avaliação está no facto de, em regra, no domínio da proteção da natureza, estarem em causa avaliações e ponderações técnicas de especialistas da ciência e da praxis, para as quais ainda não existem padrões de concretização das normas vigentes. A aplicação da lei está, portanto, dependente dos reconhecimentos das ciências e da prática especializadas, as quais, no entanto, não se revelam (sempre) como fontes claras de conhecimento [...]. Nesta situação, os limites funcionais da jurisdição administrativa seriam excedidos, se se pretendesse exigir que o tribunal decidisse entre posições técnico-cientificamente sustentáveis. Não é tarefa dos tribunais administrativos decidir disputas científicas [...]”

no sistema democrático, pois a representação democrática não resulta apenas de um procedimento eleitoral, mas sobretudo de uma união material ao sentir e à vontade da comunidade transposta para o direito. Tanto a Administração como os tribunais legitimam-se pela forma como exercem a função.

15.4. As garantias de procedimento administrativo estão em interconexão com as garantias de processo judicial. A Constituição confere ao processo judicial (desde logo na forma de acesso à justiça) uma clara marca de proteção jurisdicional efetiva. Por conseguinte, a Constituição e a lei fazem uma exigência de conteúdo e alcance (profundidade) ao controlo jurisdicional das decisões administrativas. Esta exigência de conteúdo e profundidade, também se alarga ao controlo jurisdicional da discricionariedade administrativa. A formulação pouco determinada e pouco objetiva do procedimento administrativo (v. g. grelha engenhosa) não serve a este imperativo de Estado de direito. Ao procedimento administrativo devem ser feitas exigências (em última instância pelo tribunal) tanto maiores em sede de objetividade, clareza e transparência, quanto menos os tribunais puderem controlar no caso concreto, quanto ao conteúdo e à profundidade, as decisões administrativas (sejam ou não qualificadas de discricionárias, envolvam ou não avaliações, conformações, prognoses, deveres de boa gestão). Quanto à ponderação do tribunal, não tem fundamento a ideia, muitas vezes sustentada (R. ALEXI), de que a ponderação permite aos juizes imporem os seus pontos de vista políticos e ideológicos, usurpando dessa forma o poder legislativo. Pela argumentação da fundamentação, os tribunais conferem racionalidade às sentenças e provam a legitimidade do seu controlo. A criatividade do tribunal na aplicação de princípios é muito maior do que na aplicação de normas positivas da lei. Ali há mais espaço e necessidade de criação e desenvolvimento de um direito jurisdicional. Se a legitimação do controlo do tribunal decorre do modo como ele exerce a sua função, então isto implica controlo pela crítica da atuação da Administração pública. A fundamentação racional das sentenças é o lastro da legitimação da função jurisdicional. No Estado de direito, a legitimidade da jurisdição decorre da sua compreensão e aceitação como “representação do direito”, no quadro de um sistema de justiça efetiva. Mais do que usurpador de funções (legislativas e administrativas), o tribunal é interlocutor qualificado do legislador e da Administração. À exigência de racionalização e de fundamentação argumentativa racional, associa-se uma exigência de correção do raciocínio jurídico.

15.5. Como critério de controlo jurisdicional continua a valer o princípio segundo o qual quanto maior for o risco e o grau de intensidade de ingerência num direito (especialmente no direito fundamental) e quanto mais relevante for o bem jurídico atingido (vida humana, direito de personalidade, etc.), tanto mais intenso deverá ser o controlo jurisdicional¹⁸ e a exigência de objetividade e de plausibilidade da fundamentação. O núcleo essencial dos direitos fundamentais marca o limite da sua suscetibilidade de restrição e a base da sua harmonização em concordância prática.

18 O Supremo Tribunal Administrativo de Munique deu um exemplo neste domínio ao exercer um controlo total no seu ac. de 23.3.2011 (in: NJW 2011, 2678, 2681, caso “Quero uma cara famosa”), em que concluiu: “Não há margem de avaliação da Comissão para a Proteção dos Jovens nos Media (KJM- Jugendmedienschutz) quanto à questão de saber se é provável que as ofertas publicitárias sejam aptas a afetar o normal desenvolvimento de crianças e adolescentes.”

Esta harmonização, por ponderação, é a única forma de não eliminar alguns direitos fundamentais em detrimento de outros.

15.6. É urgente uma mudança cultural da Administração pública portuguesa no sentido da assimilação do poder administrativo como poder funcional, como cumprimento do dever, como responsabilidade. Quem não administra para servir, não serve para administrar. Por outro lado, a justiça material faz-se pela conquista diária de pessoas nela empenhadas. Por isso, as Faculdades de Direito devem transmitir não só saber e conhecimento jurídicos, mas também formar o carácter dos futuros juristas quanto aos valores fundamentais do direito, como compromisso com a verdade, com a justiça material, com a responsabilidade cívica, perante a sociedade e perante a natureza (meio ambiente), juristas que se libertem pelo cumprimento do dever, juristas de alto a baixo, juristas de corpo inteiro e de andar direito. As Faculdades de Direito devem contribuir para a realização de uma sociedade justa formando adequadamente os seus alunos na dupla dimensão: enquanto técnicos do direito (advogados, juízes, consultores, investigadores, professores) e enquanto juristas íntegros e dispostos a lutar permanentemente pela justiça material.

15.7. O controlo jurisdicional deve ser juridicamente pedagógico para a Administração (e para os tribunais inferiores), fazendo exigências de mudança de atitude e de paradigma, contribuindo para uma cultura da Administração de observância da lei e do direito, de cumprimento do dever funcional (a “verdadeira liberdade”), de total transparência, isenção e imparcialidade. Pela via de um controlo intenso e pedagógico, orientado pelos novos paradigmas jurídico-culturais, julgar é ainda administrar. Ao exigir a justiça material, sempre e em toda a parte, o Estado de direito colocou o tribunal administrativo como último responsável pela interlocução entre legislar, administrar e controlar: controlando, o tribunal corrige a lei e integra as suas lacunas, corrige a Administração e faz imperar a justiça material.

As ideias aqui sustentadas e as propostas feitas não excluem a dúvida permanente e a provisoriedade que caracteriza a ciência jurídica. Estando ciente da possibilidade de errar, procurei mesmo assim que esta reflexão trouxesse algo de novo, pudesse ser um contributo válido para a melhoria do sistema atual com vista a um Estado de direito mais efetivo e a uma sociedade mais justa. Prefiri o risco de errar à acomodação às teses tradicionais e comumente aceites, mas que não se têm revelado como soluções credíveis, lógicas, sensatas e sobretudo capazes de materializar a necessária justiça no caso concreto.

O meu muito obrigado pelo tempo que tomei ao leitor!

Bibliografia

GERN, A., “Die Ermessensreduzierung auf Null”, DVBl. 1987

HÄBERLE, Peter, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970

SOUSA, A. F. de, A discricionariedade administrativa, Lisboa 1987

SOUSA, A. F., “Conceitos indeterminados” no direito administrativo, Coimbra 1994

Recebido em: 10.02.2020
Aprovado em: 04.05.2020

Instituto Politécnico de Leiria
Portugal

Volume 1, Número 1,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt

O regime jurídico do teletrabalho em Portugal

The legal regime of teleworking in Portugal

Mário Simões Barata¹

Sumário: Resumo; 1. Introdução; 2. Noção e modalidades; 3. Vantagens e Desvantagens; 4. Regime; 5. Conclusão; Bibliografia.

Resumo: Atualmente, ir para o trabalho pode não significar uma deslocação à unidade produtiva ou ao escritório do empregador. A prestação de trabalho pode desenvolver-se fora da empresa e com recurso às tecnologias de informação e de comunicação. Esta nova modalidade de trabalho que ocorre na área dos serviços e da produção intelectual é multifacetada e comporta benefícios e desvantagens para o trabalhador e para o empregador, bem como para a sociedade geral. Apesar de algumas críticas relativamente à redação de alguns preceitos, a legislação laboral portuguesa soube acompanhar e regular o fenómeno do teletrabalho.

Palavras chave: teletrabalho; tecnologias da informação; modalidades de trabalho.

Summary: Currently, going to work may not mean a trip to the production unit or the employer's office. The provision of work can be developed outside the company and using information and communication technologies. This new type of work that takes place in the area of services and intellectual production is multifaceted and entails benefits and disadvantages for the worker and the employer, as well as for the general society. Despite some criticism stemming from the wording of some precepts, Portuguese labour legislation has been able to monitor and regulate the phenomenon of teleworking.

Keywords: telework; information technologies; working arrangements.

¹ Doutor em Direito. Professor Adjunto do Instituto Politécnico de Leiria. Investigador do Instituto Jurídico da Portucalense (IJP). E-mail: mario.barata@ipleiria.pt

1. Introdução

As sociedades pós-industriais marcadas por um forte progresso científico e tecnológico tem impactado uma das dimensões mais significativas da vida humana: o trabalho. Presentemente, ir para o trabalho pode não significar uma deslocação à unidade produtiva ou ao escritório do empregador. Por outras palavras, a prestação de trabalho pode desenvolver-se fora da empresa e com recurso às tecnologias de informação e de comunicação. Esta nova modalidade de trabalho que ocorre na área dos serviços e da produção intelectual é multifacetada e comporta benefícios e desvantagens para o trabalhador e para o empregador, bem como para a sociedade geral.² Perante esta realidade, o legislador viu-se forçado a disciplinar o teletrabalho. Em concreto, o regime jurídico do contrato de trabalho subordinado à distância (i.e., o teletrabalho) encontra-se vertido nos artigos 165º e seguintes do Código do Trabalho (CT). Contudo, a doutrina suscita várias questões conexas com este contrato de trabalho especial. Assim, este estudo visa analisar, de uma forma sucinta, o teletrabalho em Portugal.

2. Noção e modalidades

A doutrina recorta vários tipos de contratos de trabalho. Nesse sentido, Maria do Rosário Palma Ramalho defende que existem três tipos de contratos: contrato de trabalho comum; contratos de trabalho especiais; contratos de trabalho sujeitos a regras específicas. Em concreto, o contrato de teletrabalho subordinado é um contrato de trabalho especial, dada a sua especificidade.³

O legislador define o teletrabalho como “a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e comunicação” no Artigo 165º do CT. Esta noção comporta, de acordo com João Leal Amado, os dois elementos que caracterizam o teletrabalho: o elemento geográfico (i.e., o trabalho realizado à distância) e o elemento tecnológico (i.e., com recurso a tecnologias de informação e de comunicação).⁴

Diferentemente, António Monteiro Fernandes dá destaque às características da subordinação e da distância quando analisa a noção de teletrabalho. Assim, ao contrário do contrato de trabalho comum onde o empregador e trabalhador partilham o mesmo espaço, i.e., a relação laboral é presencial, o teletrabalho subordinado “organiza-se de modo que o empregador ou a chefia tem, em cada momento (de um horário de trabalho), a possibilidade de transmitir instruções, acompanhar diretamente a sua execução e realizar eventuais ações corretivas, sem que se acham na presença um do outro”.⁵

Contudo, a noção oferecida pelo legislador é alvo de críticas na doutrina. Nesse

2 O Professor João Leal Amado oferece os exemplos da banca, dos seguros, do jornalismo, da contabilidade, do marketing e da tradução como áreas onde o fenómeno do teletrabalho está em expansão. Ver AMADO, J. L. - Contrato de Trabalho: Noções Básicas, p. 121.

3 RAMALHO, M. R. P. - Tratado de Direito do Trabalho: Parte II – Situações Laborais Individuais, p. 105 e ss.

4 AMADO, Contrato de Trabalho, p. 121.

5 FERNANDES, A. M. - Contrato de Trabalho, p. 210.

sentido, Monteiro Fernandes considera que a expressão “tecnologias de informação e de comunicação” é débil e vaga. O autor sustenta que o significado do enunciado aponta para os domínios da informática e da eletrónica e afirma que estas “existem há muito, com distintas características e diferentes graus de sofisticação. A expressão não é, pois, inteiramente esclarecedora”.⁶

O teletrabalho apresenta de acordo João Leal Amado um “carácter multifacetado, assumindo diversas modalidades”.⁷ Nesse sentido, se atendermos ao critério geográfico, ou seja, o local onde o teletrabalho se desenvolve, estamos perante o chamado teletrabalho no domicílio e fora do mesmo. O primeiro representa a modalidade mais frequente de teletrabalho. No entanto, existe o chamado teletrabalho prestado num telecentro (i.e., uma estrutura partilhada por diversos trabalhadores sem relação entre si e ligados a diversas empresas). Para além deste, há o teletrabalho móvel ou nómada que é prestado através de instrumentos portáteis (por exemplo: smartphones e tablets) em qualquer lugar. Se considerarmos o critério comunicativo, ou seja, o tipo de ligação entre a entidade patronal e o trabalhador, a doutrina distingue entre o teletrabalho “on-line” e o teletrabalho “offline”. Todavia, aquele que interessa mais é, na opinião de Leal Amado, o teletrabalho “on-line” e em ambos os sentidos, dado a conexão permanente e a possibilidade de existir um diálogo entre o computador periférico do trabalhador e o computador central do empregador.⁸

3. Vantagens e desvantagens

A doutrina regista várias vantagens e desvantagens conexas com o teletrabalho consoante a perspetiva do trabalhador, do empregador ou da sociedade em geral.⁹

Em primeiro lugar, o teletrabalho elimina a despesa das deslocações para a (e da) empresa; diminui o “stress” laboral e proporciona um melhor aproveitamento do tempo; e facilita o acesso ao emprego por parte de pessoas com deficiência. Contudo, o teletrabalho comporta algumas desvantagens na perspetiva do trabalhador. Nesse sentido, a doutrina aponta para um maior isolamento de quem presta o trabalho; alguma diluição das fronteiras entre a vida profissional e a vida privada; e menor controlo em situações de ultrapassagem dos limites legais no que diz respeito ao tempo de trabalho.

Em segundo lugar, há vantagens e desvantagens do teletrabalho para a empresa ou o empregador. Assim, Ana Lambelho e Luisa Andias Gonçalves apontam para a redução de custos operacionais associados à deslocalização da atividade. A redução de custos estende-se também ao espaço necessário para acolher o trabalhador na empresa. Todavia, a prestação de trabalho no regime de teletrabalho implica um “menor controlo sobre a atividade do trabalhador”.¹⁰

6 Idem, p. 210.

7 AMADO, Contrato de Trabalho, p. 121.

8 Ver, AMADO, Contrato de Trabalho, p. 121 e 122.

9 A propósito desta questão ver AMADO, Contrato de Trabalho, p. 120 e 121; LAMBELHO, A.; GONÇALVES, L. A. - Direito do Trabalho: Da Teoria À Prática, p. 135; MELO, M. A. - Teletrabalho: um estudo comparado entre Portugal e Brasil sobre a transformação das relações de trabalho, p. 15 e ss.

10 LAMBELHO; GONÇALVES, Direito do Trabalho, p. 135.

Por último, os benefícios e os inconvenientes do teletrabalho poderão ser considerados na ótica da sociedade. Assim, a doutrina aponta para uma maior qualidade de vida, na medida em que haverá menos congestionamentos de trânsito, redução da poluição, e um menor consumo de energia. Para além destas vantagens associadas ao menor número de deslocações, os autores referem a possibilidade de requalificar determinadas zonas urbanas e uma diminuição da procura de terrenos com vista à construção de unidades fabris ou de escritórios.¹¹

4. Regime

O regime jurídico do teletrabalho trata as seguintes matérias: sujeito do contrato de trabalho; forma; instrumentos de trabalho; direitos individuais; privacidade; direitos coletivos.

Sujeito do contrato de trabalho: o trabalhador

O artigo 166º do CT visa responder à seguinte pergunta: quem pode trabalhar em regime de teletrabalho? A qualidade de teletrabalhador pode ser assumida por um trabalhador que já pertence à empresa (trabalhador interno) ou por um trabalhador especificamente recrutado para esse efeito (trabalhador externo). Contudo, o legislador tratou diferentemente estas hipóteses. Assim, o trabalhador externo pode exercer a sua atividade – teletrabalho originário - por um período determinado ou indeterminado. O contrato poderá ser igualmente modificado no sentido de o trabalhador passar a exercer a sua atividade de acordo com o regime dos demais trabalhadores da empresa (i.e., a lei permite a transição do trabalho externo para o trabalho interno). No entanto, o legislador foi mais cauteloso com os trabalhadores internos que passam a exercer a sua atividade em regime de teletrabalho. Por outras palavras, um trabalhador interno poderá passar a exercer a sua atividade no regime de trabalho externo. Esta modificação laboral só pode durar três anos e está dependente de um acordo entre a entidade empregadora e o teletrabalhador.¹² Contudo, a lei recortou uma hipótese onde não é necessário acordo. Trata-se da situação de trabalhador vítima de violência doméstica.¹³ Neste caso, o trabalhador tem o “direito potestativo à mudança para o regime de teletrabalho, caso este seja compatível com a atividade desempenhada”.¹⁴

Outra particularidade associada a esta hipótese – teletrabalho superveniente – prende-se com a denúncia. De acordo com o nº 2 do artigo 167º do CT qualquer das partes pode denunciar o contrato de teletrabalho durante os primeiros trinta dias da sua execução.

Forma

O contrato de trabalho em regime de teletrabalho está sujeito a forma escrita

11 Ver, AMADO, Contrato de Trabalho, p. 122.

12 Ver o nº 1 do Artigo 167º do Código do Trabalho.

13 Ver o nº 2 do Artigo 166º do Código do Trabalho.

14 LAMBELHO; GONÇALVES, Direito do Trabalho, p. 136.

nos termos do nº 5 do Artigo 166º do CT. Tal constitui uma exceção à regra da consensualidade vertida no artigo 110º daquele Código. Contudo, a lei esclarece que a forma escrita é exigida apenas para prova da estipulação do regime de teletrabalho”.¹⁵ Assim, a doutrina afirma que estamos perante uma formalidade ad probationem.¹⁶

A lei regula ainda o conteúdo do contrato quando identifica os elementos que deverão constar do contrato. De acordo com as alíneas a) a f) do nº 5 do artigo 166º do CT o contrato deve conter: “identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes”; indicação da atividade a prestar pelo trabalhador, com menção expressa do regime de teletrabalho, e correspondente retribuição”, “indicação do período normal de trabalho”; “se o período previsto para a prestação de trabalho em regime de teletrabalho for inferior à duração previsível do contrato, a atividade a exercer após o termo daquele período”; “propriedade dos instrumentos de trabalho bem como o responsável pela respetiva instalação e manutenção e pelo pagamento das inerentes despesas de consumo e de utilização”; e a “identificação do estabelecimento ou departamento da empresa em cuja dependência fica o trabalhador, bem como quem deve contactar no âmbito da prestação de trabalho”.

Instrumentos de trabalho

O dever de custódia é, de acordo com António Monteiro Fernandes, um dos deveres acessórios do trabalhador. Tal dever resulta do facto de que os instrumentos de trabalho não serem propriedade do trabalhador, mas adstritos pelo empregador. Contudo, tal pode não ser a realidade no teletrabalho. Esta situação levou à previsão de regras sobre a propriedade dos instrumentos de teletrabalho. Assim, na falta de estipulação no contrato a lei presume que os instrumentos de trabalho respeitantes à tecnologia de informação e de comunicação pertencem ao empregador. Ao empregador cabe igualmente a instalação, manutenção e pagamento das inerentes despesas de acordo com a parte final do nº 1 do artigo 168º do CT.

O legislador disciplinou igualmente o uso desses instrumentos, na medida em que estabelece que “salvo acordo em contrário, o trabalhador não pode dar os instrumentos de trabalho disponibilizados pelo empregador uso diverso do inerente ao cumprimento da sua prestação de trabalho”.¹⁷

Direitos individuais

No plano das relações individuais de trabalho, o legislador entendeu afirmar um princípio fundamental: igualdade de tratamento. Assim, nos termos do nº 1 do Artigo 169º do CT o “trabalhador em regime de teletrabalho tem os mesmos direitos e deveres dos demais trabalhadores”. Assim, o teletrabalhador tem direito à formação e promoção ou carreira profissional bem como limites do período normal de trabalho e outras condições de trabalho. Para além destas, o legislador afirma que o teletrabalhador tem direito à segurança e saúde no trabalho, bem como à reparação de danos emergentes de acidente ou doença profissional.

¹⁵ Ver o nº 7 do Artigo 166º do Código de Trabalho.

¹⁶ Ver LAMBELHO; GONÇALVES, Direito do Trabalho, p. 136.

¹⁷ Ver o nº 3 do artigo 168º do Código do Trabalho.

No quadro do desenvolvimento dos deveres acessórios do empregador, o legislador prestou particular atenção ao dever de formação no âmbito do teletrabalho. Assim, o n.º 2 do mesmo preceito impõe um dever à entidade empregadora de proporcionar, em caso de necessidade, uma “formação adequada sobre a utilização de tecnologias de informação e de comunicação inerentes ao exercício da respetiva atividade”.

Por fim, o empregador deve evitar o isolamento do trabalhador.¹⁸ Para tanto o legislador impôs ao mesmo, nas palavras de João Leal Amado, um “dever secundário específico” quando prevê contactos regulares com a empresa e com os demais trabalhadores.¹⁹

Privacidade

A questão da privacidade no teletrabalho assume uma relevância especial dado que o trabalhador, na maior parte dos casos desta modalidade de trabalho, desempenha funções em casa. Consequentemente, o legislador entendeu introduzir algumas regras específicas.²⁰ Desta forma, o empregador tem que respeitar a privacidade do teletrabalhador, os tempos de descanso e de repouso da família. Nesse sentido, o empregador pode visitar o teletrabalhador em casa. Contudo, tais visitas, destinadas ao controlo da atividade laboral e à verificação dos instrumentos de trabalho, só podem ser efetuadas entre as 9 e as 19 horas.

Outra questão associada ao exercício de funções no domicílio prende-se com a obrigação da entidade patronal em proporcionar boas condições de trabalho. A doutrina crítica a redação do preceito. Deste modo, António Monteiro Fernandes afirma “que este enunciado legal causa alguma perplexidade. Se o local de trabalho está, por definição, fora da esfera do domínio do empregador, entende-se mal que este deva cuidar do ambiente físico de trabalho. Já quanto às condições psíquicas de trabalho parece poder encontrar-se utilidade no preceito, tendo em conta as características do teletrabalho e as formas de pressão psicológica que ele pode comportar”.²¹

Direitos coletivos

Por fim, o legislador não esqueceu a dimensão coletiva do trabalho.²² Assim, o trabalhador tem o direito de se candidatar às estruturas de representação coletiva; o direito de utilizar as tecnologias de informação e de comunicação para o exercício de direitos coletivos, nomeadamente o direito de reunião e o direito de receber informação por parte das estruturas representativas dos trabalhadores (i.e., os sindicatos).

5. Conclusão

Em suma, o contrato de teletrabalho subordinado é um contrato de trabalho

18 Ver o n.º 3 do Artigo 169.º do Código do Trabalho.

19 AMADO, Contrato de Trabalho, p. 123.

20 Ver o Artigo 170.º do Código do Trabalho.

21 FERNANDES, Direito do Trabalho, p. 211, n. 67.

22 Ver o Artigo 171.º do Código do Trabalho.

especial, em virtude da sua especificidade. O legislador sujeitou-o a forma escrita e regula com pormenor os sujeitos que podem celebrar o mesmo. Para além destas questões conexas com a forma e o teletrabalho originário, bem como superveniente, as normas que regulam o teletrabalho disciplinam os direitos individuais, a propriedade dos instrumentos de trabalho, a privacidade e os direitos coletivos. Apesar de algumas críticas relativamente à redação de alguns preceitos, a legislação laboral portuguesa soube acompanhar e regular o fenómeno do teletrabalho.

Bibliografia

AMADO, João Leal – Contrato de Trabalho: Noções Básicas. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6736-0

FERNANDES, António M. - Direito do Trabalho, 18ª edição. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6999-9

LAMBELHO, Ana; GONÇALVES, Luísa Andias – Direito do Trabalho: Da Teoria à Prática. Lisboa: Rei dos Livros, 2017. ISBN 978-989-8823-48-9

MELO, Marcella Alves de – Teletrabalho: um estudo comparado entre Portugal e Brasil sobre a transformação das relações de trabalho [texto policopiado]. Porto: [s. n.], 2018. Dissertação de mestrado.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – Tratado de Direito do Trabalho: Parte II – Situações Laborais Individuais, 6ª edição. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6814-5.

Recebido em: 29.01.2020
Aprovado em: 27.03.2020

Universidade Federal do Paraná
Brasil

Volume 1, Número 1,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt

Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos

Multilevel constitutionalism: dialogues and (m) human rights

Melina Girardi Fachin¹

Sumário: I. À guisa de introdução: Premissas da Reflexão. II. Onde: A Emergência de um Novo Espaço Jurídico. III. Como: Múltiplos sentidos dos diálogos & pluralismo. IV. Quem: os sujeitos encarnados dos diálogos. Conclusões: diálogos constantes. Bibliografia.

Resumo: A concepção contemporânea de direitos humanos inaugurou uma nova esfera da responsabilidade que deixou de ser tema exclusivo da soberania estatal-constitucional. Este novo cenário demanda um alargamento da visão tradicional, segundo a qual apenas Estados guardam responsabilidades por direitos e somente para com seus cidadãos. Nesta nova esfera de espacialidade, destaca-se a importância da interface e dos diálogos dos diferentes planos protetivos para a realização dos direitos humanos lastreada na co-existência tensa e produtiva dessas diversas ordens paralelas e interlocutoras que dialogam em torno da força expansiva da dignidade humana. O intento desse conflito produtivo é expandir e engrandecer a proteção dos direitos humanos, a partir de uma lógica plural, complexa, impura e miscigenada a fim de proporcionar a coexistência complementar que interage sempre em benefício dos sujeitos protegidos e de seus direitos. Assim, a partir de pesquisa bibliográfica, pretendo, delinear, em uma primeira parte do artigo, onde os diálogos ocorrem – ou seja, afirmar a geografia deste novo espaço jurídico multinível conformado. Após, refletir sobre o como, ou seja, qual a metodologia empregada nestes diálogos e os múltiplos sentidos que os diálogos podem assumir. Para, ao final, enfocar quem são os sujeitos que dialogam.

Palavras-chave: Direitos humanos; Diálogos; Multinível.

Abstract: The contemporary conception of human rights inaugurated a new sphere of responsibility that ceased to be the exclusive subject of state-constitutional sovereignty. This new scenario calls for a widening of the traditional view that only States have responsibilities for rights and only for their citizens. In this new sphere of spatiality, the importance of the interface and dialogues of the different protection plans for the realization of human rights is highlighted, based on the tense and productive coexistence of these various parallel and interlocutorial orders that dialogue around the expansive force of human dignity. The intent of this productive conflict is to expand and enhance the protection of human rights from a pluralistic, complex, impure and mixed-gender perspective in order to provide the complementary coexistence that always interacts for the benefit of the protected subjects and their rights. Thus, upon a bibliographical survey, I intend to delineate, in a first part of the article, where the dialogues take place - that is, to affirm the geography of this new juridical legal space conformed. After that, reflect on how, the methodology used in these dialogues and also the multiple meanings that the dialogues can assume. In the end, to focus on who are the subjects that dialogue.

Keywords: Human Rights; Dialogues; Multilevel.

¹ Professora Adjunta dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

I. À guisa de introdução: Premissas da Reflexão

O presente artigo parte da ótica dos direitos humanos tomados como processos acesos e concretos para a busca dos novos espaços constitucionais contemporâneos (daí a ordem pública) e seus movimentos (daí os diálogos) que resgatem promessa² constitucional de proteção.

Com esse norte, as seguintes premissas balizam a reflexão que aqui se descortina:

A concepção contemporânea da proteção dos direitos humanos inaugurou uma nova esfera da responsabilidade quanto à sua implementação: estes deixaram de ser tema exclusivo da soberania estatal-constitucional³. Como consequência, isso impactou o modo de pensar e conceber não só os direitos, mas também o direito constitucional como um todo: este novo cenário demanda um alargamento da visão tradicional, segundo a qual apenas os Estados guardam responsabilidades por direitos e somente para com seus cidadãos.

Nessa nova esfera de espacialidade, destaca-se a importância da interface e dos diálogos dos diferentes planos protetivos para a realização dos direitos humanos – o que demanda a relação entre os constitucionalismos e destes com o direito internacional dos direitos humanos. Emerge, dessa forma, um novo espaço/ direito público – lastreado na co-existência tensa e produtiva dessas diversas ordens paralelas e interlocutoras – que devem dialogar em torno da força expansiva da dignidade humana⁴.

No mote dos diálogos, o intento desse conflito produtivo é expandir e engrandecer a proteção dos direitos humanos, a partir de uma lógica plural, complexa, impura e miscigenada⁵. Cada sistema corrobora com sua concepção de proteção a fim de proporcionar a coexistência complementar que interage sempre em benefício dos sujeitos protegidos e de seus direitos.

Com base nessas premissas, floresce o direito constitucional multinível, marcado

² Eis a promessa arendtiana no âmbito da relação (política) entre os homens: “[...] Não porque acreditamos [religiosamente] em milagres, mas porque os homens, enquanto puderem agir, são aptos a realizar o improvável e o imprevisível, e realizam-no continuamente, quer saibam disso, quer não”. ARENDT, Hannah. *A Promessa da Política*. Rio de Janeiro: Difel, 2008. p. 122.

³ Richard Falk leciona sobre essa nova percepção da soberania: “Under present circumstances sovereignty calls for a more balanced, complex view of this foundational idea of the contemporary state that continues to provide the ideological underpinning of world order. The spread of support for human rights and the emergency of a norm of democratic entitlement {lend} credence to the view that the state is itself the subject of obligations as well as entitled to rights, and that these obligations may be implemented both by a politics of resistance on the part of citizens and by a process of humanitarian intervention by the international community. This conditioning of sovereignty is further evolved in relation to the capacity of a state to carry out governmental functions. When the state fails to provide governance, other political actors are needed to protect a vulnerable citizenry [...]”. In: FALK, Richard. *Sovereignty and Human Dignity: the search of reconciliation*. In: STEINER, Henry J; ALSTON, Philip. *International Human Rights in Context*. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2000. p.582.

⁴ Convém destacar que mesmo o constitucionalismo norteamericano que não possui expressa a cláusula da dignidade humana, mas dela passa a se valer, em palavras da autora: “It is important to note the degree of transnational influence within U.S. constitutionalism, broadly understood as including decisions in state, territorial or commonwealth courts.” In: JACKSON, Vicky. *Constitutional Dialogue and Human Dignity: States and Transnational Constitutional Discourse*. Georgetown Law Faculty Publications. 65 Mont. L. Rev. 15-40 (2004).

⁵ Expressões da teoria crítica dos direitos humanos, ver: SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

pelo direito comparado e pelas trocas constitucionais que são essencialmente permeadas pelos diálogos entre sistemas jurídicos diversos.

É certo que não há nenhuma novidade em entoar diálogos já que este tema tem sido recorrente no discurso do direito constitucional contemporâneo. A possibilidade de desenvolver práticas dialógicas é atraente, dentre outras razões porque: (i) “apela a uma resolução civilizada e respeitosa de conflitos, em momentos marcados por antagonismos políticos”⁶ e, (ii) afasta modelos impositivos e verticais, sendo, ao menos em abstrato, mais próximo de uma concepção deliberativa de democracia⁷.

Assim sendo, calcada nas premissas acima delineadas, o intuito do presente artigo é conformar uma base teórica que dê conta da expansão e emancipação constitucional que se propõe com o projeto multinível do constitucionalismo a partir dos direitos humanos.

Pretende-se, assim, a partir do recurso e levantamento bibliográfico, delinear, em uma primeira parte do artigo, onde o diálogo ocorrer – ou seja, afirmar a geografia deste novo espaço jurídico multível conformado pelos diálogos. Após, refletir sobre o como, ou seja, qual a metodologia empregada nestes diálogos e os múltiplos sentidos que os diálogos podem assumir. Para, ao final, focar quem são os sujeitos que dialogam.

II. Onde: A Emergência de um Novo Espaço Jurídico

O novo cenário que se forma da catarse do direito constitucional com o direito internacional dos direitos humanos demanda um alargamento da visão publicista tradicional: ainda que ao Estado caiba a responsabilidade primária, destaca-se a importância da dos diálogos dos diferentes planos protetivos para a plena realização dos direitos humanos.⁸

Aproximam-se, assim, as noções de direitos humanos e direitos fundamentais⁹;

⁶ GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: _____. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>.
7 Id.

⁸ “As iniciativas no plano internacional não podem se dissociar da adoção e do aperfeiçoamento das medidas nacionais de implementação, porquanto destas últimas – estamos convencidos – depende em grande parte a evolução da própria proteção internacional dos direitos humanos. A responsabilidade primária pela observância dos direitos humanos recai nos Estados, e os próprios tratados de direitos humanos atribuem importantes funções de proteção aos órgãos dos Estados. Ao ratificarem tais tratados, os Estados Partes contraem a obrigação geral de adequar seu ordenamento jurídico interno à normativa internacional de proteção, a par das obrigações específicas relativas a cada um dos direitos protegidos. No presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno se mostram, assim, em constante interação. É a própria proteção internacional que requer medidas nacionais de implementação dos tratados de direitos humanos, assim como o fortalecimento das instituições nacionais vinculadas à vigência plena dos direitos humanos e do Estado de Direito. De tudo isto se pode depreender a premência da consolidação de obrigações erga omnes de proteção, consoante uma concepção necessariamente integral dos direitos humanos.” TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos no limiar do século XXI. Revista Brasileira de Política Internacional, Brasília, v.40, n.1, jan./jun. 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S00343291997000100007.

⁹ FACHIN, Melina Girardi; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. De fora, de cima e de baixo – todos os sentidos da dignidade no discurso dos direitos. In: Revista Brasileira de Direitos Fundamentais. v. 2, n. 2 (2016). Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/1629>.

achegam-se, assim, o direito constitucional e o direito internacional. Ambos se ressignificam dentro de um discurso transnacional que se forma em torno da mitigação do sofrimento humano¹⁰.

Não há assim mais – se é que um dia houve – um único locus constitucional, mas uma “mútua consideração, reconhecimento e cooperação para o fim de se atender objetivos constitucionais comuns”¹¹. Este novo espaço é uma “rede complexa e diversamente integrada por instituições e sistemas jurídicos, articulada em distintos níveis normativos”¹².

Esta nova espacialidade pública articula-se em torno do princípio pro persona, “pautada pela força expansiva do princípio da dignidade humana e dos direitos humanos, conferindo prevalência ao human centered approach”¹³, ou seja colocando o humano – concreto, e localizado – no centro do palco. Afastando-se do sujeito abstratado da modernidade jurídica, aqui são enfocadas as vítimas, os seres de carne e osso – encarnados – que vivem a fome, o medo, o ódio, o preconceito, a violência, a subjugação que são, muitas vezes, o anverso do discurso dos direitos.

A convivência entre as diversas ordens que conversam nesta espacialidade pública renovada nem sempre é concorde. Coexistência não se traduz em consenso e concordância. O conflito produzido nessa aproximação tem resultado criativo e dessa catarse emerge uma pluralidade interna e internacional.

Na relação entre essas camadas ressignificam-se as estruturas internas e internacionais de proteção¹⁴. Avulta, assim, o pluralismo como moldura deste novo espaço¹⁵: Pluralismo que no plano interno não reconhece apenas a autoridade estatal¹⁶ na delimitação de sentidos da constituição. E, no plano internacional, superando-se as velhas discussões entre monismo e dualismo, que hoje parecem fazer pouco ou nenhum sentido¹⁷, pretende conceber diversas ordens sem hierarquia, integradas

¹⁰ In: JACKSON, Vicky. Constitutional Dialogue and Human Dignity: States and Transnational Constitutional Discourse. Ibid.

¹¹ CALIXTO, Angela Jank; CARVALHO, Luciani Coimbra. Pluralismo Jurídico: uma nova perspectiva a respeito das relações entre os sistemas jurídicos internacional e interno. Disponível em: https://cidhsite.files.wordpress.com/2017/05/ar_gt7_4.pdf. p. 19.

¹² FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia. Teoría de la democracia. V. 2. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 475.

¹³ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, São Paulo, n.19, p.72, jan./jun. 2012.

¹⁴ “La emergente pluralidad de poderes públicos [...] ha generado como consecuencia dos clases de relaciones. De un lado, las relaciones entre los sistemas nacionales y los ordenamientos ‘superiores’, sean éstos de carácter supranacional o internacional (global). De otro, las relaciones que se dan entre los diferentes sistemas legales de ámbito global a nivel horizontal, por otra parte cada vez más numerosos. En realidad, a esas dos clases de relaciones habría que añadir una tercera, que consistiría en la mezcla de ciertos elementos de la una y de la otra.” CASSESE, Sabino. Los Tribunales ante la Construcción de un Sistema Jurídico Global. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2010. p.15.

¹⁵ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FIGUEIREDO, Marcelo (coord). Constitucionalismo Multinível e Pluralismo Jurídico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

¹⁶ Consoante registra Sabino Cassese: “El diálogo entre ordenamientos jurídicos diferentes, situados, por ejemplo, en niveles nacionales o supranacionales distintos, supone en otras palabras un encuentro entre tradiciones jurídicas diversas e identidades propias. De ahí siguen algunas cuestiones problemáticas. La primera sería la ‘diversidad sostenible’, esto es, el límite de tolerancia y adaptación mutua. Otra se refiere a la constitución de un ‘núcleo común’ de principios, derivables de cada una de las tradiciones legales en liza. Una tercera cuestión consistiría en el reconocimiento de un mínimo común de principios superiores (como el jus cogens en el Derecho Internacional)”. Ibid. p.18.

¹⁷ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. (Org.). Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos. Belo horizonte: Forum, 2012.

numa coexistência de reforço mútuo formando um ordenamento plural e múltiplo.

Neste novo espaço não há mais que se definir hierarquias – ao revés, é imprescindível a superação do discurso de prevalência de uma ordem sobre a outra. Forma-se, assim, uma rede, de vários planos, localizados em diversos níveis, que se alimentam e limitam reciprocamente.¹⁸ Daí a expressão multinível.

Para que a conversação transconstitucional ocorra é necessário método e não autoridade, ensina Marcelo Neves¹⁹. É, portanto, antidialógico pensar em prevalências e focar grande parte do discurso teórico sobre hierarquias, como se faz tradicionalmente.

III. Como: Múltiplos sentidos dos diálogos & pluralismo

Tão importante quanto o diálogo releva pensar a metodologia pela qual essas conversas canalizarão neste sistema de níveis múltiplos e entrelaçados. O método é discussão igualmente importante que o mérito já que refreia os argumentos de autoridade e de “última palavra”²⁰.

Todavia, não se pode permitir que o próprio método aqui converta-se em autoridade posto que redutor de complexidade e excludente de multiplicidades. Os métodos são as “pontes de transição”²¹ que implicam em um redesenho institucional e normativo em um nível supra entrelaçado.

Tendo esse norte metodológico em consideração, bastante importante delimitar o que se está querendo dizer por diálogos, já que muitas vezes o discurso dialógico é trazido como medida de justificação de posturas não dialógicas.²²

Diálogo, no seio desta reflexão, no âmbito dos direitos, rima com compreensão e reconhecimento da diversidade, destacando a necessidade de tolerância e respeito no exercício comunicativo. A dimensão dialógica deve ser, assim, aqui ser compreendida como exercício de alteridade e cooperação em que os sujeitos refletem entre si.

Só, assim, é possível tomar como premissa a complexidade e propiciando uma verdadeira troca em que os diferentes sistemas tenham a contribuir dentro desse novo espaço.

Importa, portanto, aproximar o sentido dialógico dos processos democráticos deliberativos. Só que nestes diálogos os envolvidos não participam em posição de

¹⁸ ALVARADO, Paola Andrea Acosta. Del dialogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional. Tese de Doutorado em Direito e Relações internacionais. Universidade Complutense de Madrid, 2015. Disponível em: <http://eprints.ucm.es/28119/1/T35645.pdf>.

¹⁹ “pluralidade de ordens jurídicas em um sistema mundial de níveis múltiplos, caracterizado por hierarquias entrelaçadas”. NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: WMF Martins, 2009. p. 269-270

²⁰ MENDES, Conrado Hübner. Controle de Constitucionalidade e Democracia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

²¹ NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo: além de colisões. Lua Nova [online]. 2014, n.93, pp.201- 232.

²² “la metáfora del diálogo invocada para justificar algunas de las decisiones constitucionales más controvertidas en los años recientes”. ROACH, Kent. Dialogic Judicial Review and its Critics. Supreme Court Law Review v. 23, 2004. 49-104. Citado por: GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. Ibid. p. 23.

igualdade²³. Na periferia do mundo, do poder, e do direito os locais de fala são muito distintos; mas o diálogo pode ser mediador dessas tensões e diferenças.

Diálogo amplia a inclusão; abrange o outro, o excluído; possui um sentido educativo e civilizatório na medida que confronta posicionamentos distintos. A confrontação de ideias permite, além do exercício de alteridade²⁴ -já que “todos somos obrigados a confrontar aqueles que pensam de forma diferente e a discutir com eles, em vez de simplesmente negar ou esquivar os pontos de vista dogmáticamente”²⁵ – o robustecimento dos temas e posições a fim de propiciar que prevaleça aquela que melhor se sustenta.

Quando, portanto, os diálogos são trazidos não se quer ver reproduzido projeto (neo)colonizante – ao revés, quer-se voz e vez aos constitucionalismos locais para interagirem com os sistemas internacionais a fim de articularem suas demandas de modo a privilegiar a expansão e emancipação do humano. São as narrativas construtivas a partir de baixo²⁶, da periferia do constitucionalismo global, as vozes do sul do mundo que tem dado cor, gênero, idade e tantos outros matizes a estas conversações.

O que aqui se articula não coincide, portanto, com constitucionalismo global enunciado por parte da doutrina²⁷ porque estes rompem com a ótima dialógica, desde cima; aniquilando a multiplicidade. Não é a mera limitação do poder constituinte estatal pelos princípios internacionais e a configuração de um único Poder Constituinte internacional, mas sim, a pluralidade de conversações e funções constitucionais que se abrem neste espaço.

O que se está aqui a tratar é uma verdadeira via de mão dupla que não opere de

23 “A ideia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma gênese lógica de direitos, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-originário.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1. p.158.

24 “[A] presença do outro me impede de ser totalmente eu mesmo. A relação não surge de identidades plenas, mas da impossibilidade da constituição das mesmas”. LACLAU, Ernesto & MOUFFE, Chantal. *Hegemony and socialist strategy: towards a radical democratic politics*. Londres: Verso, 1985. p. 125.

25 GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos* Ibid.

26 GARAVITO, César A. Rodríguez. Prólogo. In: RAJAGOPAL, Balakrishnan. *El Derecho Internacional desde Abajo: el desarrollo, los movimientos sociales y la Resistencia del Tercer Mundo*. Colección En Clave del Sur. Bogotá: ILSA, 2005.

27 “Os direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. O constitucionalismo global compreende não apenas o clássico paradigma das relações horizontais entre Estados, mas o novo paradigma centrado nas relações Estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. Por isso, o Poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do jus cogens internacional). O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002. p.1217.

cima para baixo²⁸ – o que implica em um redenho institucional-constitucional que dê conta deste cenário multinível e pluralista. Neste sentido que nos aponta Gargarella já que as formas mais clássicas de estrutura de poder – sistema de freios e contrapesos e sua ênfase numa revisão judicial, em que o judiciário dá a “última palavra”²⁹ – não harmonizam com este sistema de diálogo multinível.

Pensar os diálogos implica em pensar o próprio sentido de constituição e o direito constitucional vez que demandam esse esforço de (des)construção. A prioridade normativa não se configura a partir do pertencimento das normas, mas da sua “capacidade de truncar a aplicação de outra como resultado de um exercício dialético contextual”³⁰.

Por apego à pluralidade e dilaticidade que o próprio tema demanda, os diálogos vêm sempre no plural. Não há apenas um único sentido que dê conta de traduzir toda sua complexidade. Virgílio Afonso da Silva³¹ afirma que esta integração jurídica pode se dar por dois tipos de canais, os legais e os argumentativos. Os primeiros, normativos, dependem de instituições e poderes comuns; já os segundos, argumentativos, são ductos informais, desinstitucionalizados, que se estruturam a partir de realidades – e problemas – semelhantes.

Tradicionalmente, dá-se bastante ênfase ao modelo legal de integração e de diálogo. A premissa aqui exposta é que modelo argumentativo não pode ser ignorado – ao revés. Ainda que teoricamente mais tímido, não é menos efetivo exemplar de “diálogo constitucional transnacional”³². Condiz com este modelo o que Burgorgue-Larsen³³ denomina de diálogos concertados. Nestes, para a autora, há um sistema jurídico definido e um conjunto de obrigações processuais específicas as quais advêm do sistema internacional e passam a obrigar os sistemas a conversarem³⁴. Há, assim, verticalidade que obriga ou, quando menos, propõe o diálogo.

Já no âmbito da integração argumentativa surgem, os diálogos desconcertados, também na expressão da supracitada doutrina francesa, que resultam da abertura espontânea por parte dos sujeitos ao mundo da justiça à globalidade internacional³⁵. Dessa forma, há um diálogo independente do âmbito em que os interlocutores estão inseridos, seja ele nacional ou internacional.

Tradicionalmente, sobre a influência deste modelo legal e normativo de diálogos,

28 BOGDANDY, Armin Von; VENZKE, Ingo. ¿En nombre de quién? una teoría de Derecho público sobre la actividad judicial internacional. Bogotá: Universidad de Externado, 2016.

29 “El sistema de frenos y contrapesos queda entonces asociado a una concepción, finalmente, negativa de la democracia, que procura evitar la comisión de ciertos males (las mutuas opresiones), antes que asegurar la concreción de otros resultados posibles, beneficiosos para el bienestar general.” GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos Ibid.

30 ALVARADO, Paola Acosta. Ibid. p. 194.

31 SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 515-530.

32 NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: Breves Considerações com Especial Referência à Experiência Latino-Americana. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 255-284.

33 Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). Estudos avançados de direitos humanos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 253.

34 Ibid. p. 234.

35 Id.

o enfoque constitucional tem como tema a recepção das normas internacionais em matéria de direitos humanos e a internalização das decisões internacionais que tem relação direta com o chamado controle de convencionalidade³⁶. Em que pese reconhecermos sua importância, não nos parece que deva ser este o enfoque central do constitucionalismo multinível.

Os sentidos dos diálogos aqui tomados são, portanto, mais amplos; marcados pelas trocas e integração argumentativa livre entre os intérpretes e aplicadores do direito, pautados nos compartilhamentos constitucionais, assumindo contornos mais abertos e, portanto, mais democráticos porque não dependem apenas de um espaço estatal-institucional.

Não se restringem apenas ao campo normativo e também ao âmbito jurisprudencial. Portanto, não se trata apenas de um diálogo entre juízes ou Cortes como aponta parte da doutrina e grande parte da produção teórica neste sentido.³⁷ Também, mas não só.

O diálogo entre ordenamentos jurídicos que compartilhem uma realidade material semelhante é produtivo e pode, ao mesmo tempo, (i) aprender com a prática estrangeira; (ii) aprimorá-la e complementá-la em prol do fortalecimento dos direitos na região. De realidades conexas decorrem problemas semelhantes e respostas correlatas.

A fim de exemplificar, pode-se colacionar razões de *amicus curiae* apresentadas pelo Núcleo de Constitucionalismo e Democracia da Universidade Federal do Paraná, ao Supremo Tribunal Federal, no contexto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543. Neste caso questionam-se as normas do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária que restringem a doação de sangue por homens que fazem sexo por outros homens.

Com base na premissa de um constitucionalismo aberto, dialógico e plural que se pauta pelo diálogo entre Cortes e pelos empréstimos constitucionais a fim de colocar os sujeitos e suas necessidades concretas no centro dos interesses jurídicos tutelados é que o referido *amicus curiae* estruturou-se. Partindo desta premissa, trouxe à guisa recente decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Tadeucci and McCall vs Italy* que contemplou a necessidade de direitos fundamentais serem garantidos à toda a população, sem exceções, em situação análoga. Reiterando a necessária compreensão do caso a partir da não discriminação, o exemplo demonstra a importância de dialogar com a decisão da Corte Europeia a impossibilidade de as políticas nacionais fazerem um recorte da proteção de direitos e das liberdades para apenas uma parcela da população.

Rompe-se, assim, na lição de Marcelo Neves, com o constitucionalismo

³⁶ Por todos, cf. MAZUZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

³⁷ GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. Os juízes na mundialização: a nova revolução do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

provinciano ou mesmo uma espécie de colonialismo dialógico jurisdicional.³⁸ Há, assim, uma frutífera abertura da cena constitucionanal estatal ao ambiente interamericano de proteção de direitos humanos, Não como algo exógeno, mas como um elemento apropriado como dele constitutivo. Não se trata de uma instância recursal ou de reforma dos judiciários internos, mas sim da premissa que o direito interno e o direito internacional confluem na proteção do ser humano.

Nesse influxo é que se propõe uma hermenêutica cosmopolita³⁹, aberta, cruzada e comparada que potencializa tensões e ambivalências que, ao invés de nocivas, devem ser vistas como catalizadoras de proteção. Esta compreensão cosmopolita aponta para uma “abertura recíproca dos horizontes de sentido de uma pluralidade de vozes”⁴⁰.

Abre-se a força expansiva e catalisadora dos direitos humanos que privilegia o fortalecimento de um constitucionalismo pluralista recíproco a partir de uma lógica plural, complexa, impura e miscigenada⁴¹. São justamente os direitos humanos, aqui apreendidos como processos abertos⁴² que despontam nesse cenário. Eis a razão pela qual o resultado desses diálogos é sempre temporário e renovável. Forma-se assim, no dizer, de Ruti Teitel uma “constituição não escrita dinâmica da humanidade”⁴³ cujos autores são os sujeitos encarnados que a compõe.

IV. Quem: os sujeitos encarnados dos diálogos

A combinação entre baixa densidade democrática, desigualdade social e pobreza caracterizam a América Latina.⁴⁴ Se temos problemas comuns, as soluções adotadas na região podem impactar positivamente em outras experiências nacionais. Dialogar, torna-se, portanto, fundamental. É esta variação que está na base do ius

38 “o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, pelo provimento parcial da ADPF 101/2006, proibindo, em geral, a importação de pneus recauchutados, mas admitindo algumas exceções para a importação de pneus remoldados com base em normas do Mercosul e garantindo a coisa julgada. Dessa maneira, a controvérsia foi sanada do ponto de vista do direito interno. Nada obstante, a situação aponta para dificuldades prementes de afastar um constitucionalismo provinciano no caso brasileiro. Ao mesmo tempo, evidencia a grande dificuldade de se conseguir um nível de solução satisfatório para todas as ordens envolvidas”. NEVES, Marcelo. In: Revista de Informação Legislativa. Ano 51 Número 201 jan./mar. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p193.pdf

39 «Contrariamente à técnica de interpretação consensual que se baseou apenas sobre o ‘consenso europeu’ e que muito frequentemente em realidade serviu mais para conter a evolução do direito, a interpretação ‘cosmopolita’, ‘aberta’, ‘cruzada’ ou ainda ‘comparada’ é uma aceleradora da proteção que possui, como conseqüente inescapável, sua quota de ambivalência”. In: BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Des droits invoqués aux droits protégés. Les petites affiches, Paris, n.31, p.8, 2011.

40 BECK, Ulrich. Sociedade de Risco mundial: em busca de uma segurança perdida. Lisboa: Edições 70, 2015.

41 SANCHEZ RUBIO. Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos: de emancipações, libertações e dominações. Ibid.

42 FLORES, Joaquín Herrera. A (re)invenção dos direitos humanos. Florianópolis: Boiteux, 2009.

43 “the law of humanity – a framework that spans the law of the war, international human rights law, and international criminal justice – reshapes the discourse of international relations”. TEITEL, Ruth. Humanity’s Law. Oxford: Oxford University Press, 2011. p.4.

44 KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 60.

commune latino-americano⁴⁵.

Impende esclarecer que este paradigma não é estático e informado por instrumentos vivos que se auto impactam. São os sujeitos que se locomovem nessa nova espacialidade pautada pela lógica emancipatória dos direitos humanos que permitem este alargamento, razão pela qual se torna importante delinear os sujeitos dessas trocas constitucionais.

Essa visão ampla dos sentidos dos diálogos acaba por impactar de modo maximizador no círculo dos intérpretes que compõe este novo espaço plurímo e multinível.

O Poder Judiciário é geralmente o protagonista dessas reflexões. Isto justifica-se na perspectiva estatocêntrica do direito internacional e nas obrigações assumidas pelos estados neste âmbito (art. 1o CADH) e, no plano interno, por um modelo ativo e expansivo de jurisdição constitucional. Mais uma vez cumpre caracterizar que este diálogo com o sistema interamericano não é apenas um diálogo de jurisdições; mas sim câmbios e mutações constitucionais amplos.

Um bom exemplo do que se afirma é a promulgação da Lei Maria da Penha, lei 11.340/2206. Aqui estabeleceu-se um diálogo entre o órgão legislativo pátrio e um órgão político internacional. O nome dado à lei é um emblema dos frutos colhidos da luta internacional dos direitos humanos das mulheres e seu impacto nos sistemas internos.

O referido diploma legislativo resultou de recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos após análise de petição encaminhada por Maria da Penha Maia Fernandes e diversas organizações não governamentais de proteção às mulheres. Assim, após mobilização intensa dos movimentos feministas, o Poder Legislativo, finalmente, com base no precedente do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, a Lei Maria da Penha.

Destarte, crítica importante que pode ser associada aos mecanismos dialógicos refere-se ao pequeno espaço que estes reservam para uma participação protagonista da cidadania. O enfoque é geralmente excessivo na legislatura e sua relação com os hiperpresidencialismos (internacionalização dos tratados e sua hierarquia) e nos processos de tomada de decisão que são muito marcados pela presença de poderes judiciais hiperativos (controle de convencionalidade).⁴⁶

Essas discussões são deveras importantes já que o poder Judiciário, por sua vez, ainda não tem exercido de forma adequada o mencionado controle de

45 BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). Estudos avançados em direitos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público. São Paulo: Campus, 2012.

46“Over the past few years the world has witnessed an astonishingly rapid transition to what may be called juristocracy. Around the globe, in more than eighty countries and in several supranational entities, constitutional reform has transferred an unprecedented amount of power from representative institutions to judiciaries. The countries that have hosted this expansion of judicial power stretch from the Eastern Bloc to Canada, from Latin America to South Africa, and from Britain to Israel. Most of these countries have recently adopted constitution or constitutional revision that contains a bill of rights and establishes some form of active judicial review”. HIRSCHL, Ran. Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 2004. p. 1.

convencionalidade⁴⁷. Todavia, parece-nos que o enfoque exclusivo no Poder judiciário não é o adequado para levar adiante os temas dos diálogos em matéria de direitos humanos, isto porque:

Uma objeção ao enfoque judicial como protagonista dessa conversação é que tratar-se-ia de um diálogo entre elites⁴⁸: é fato que os juízes – em especial aqueles das Cortes Superiores e das Instâncias internacionais – tendem a ser selecionados entre os setores mais ricos da sociedade, enquanto muitos dos indivíduos envolvidos em litígios provêm de setores sociais mais baixos. A combinação dessas diferenças de poder e status tende a criar dificuldades muito fortes ao diálogo nessa esfera. Prova disto é que as elites transferem voluntariamente poder ao Judiciário quando ameaçadas na sua hegemonia- hegemonic preservation thesis de Hirschl.⁴⁹

A segunda oposição ao foco juricêntrico é que reforça a ideia de última palavra e muitas vezes interrompe – ou mesmo retrocede – em importantes debates sociais. São os retrocessos que se formam a partir da irrupção de uma decisão dentro de um espaço politicamente controverso ou não maduro.⁵⁰ Conforme afixam Post e Siegel este enfoque não aprecia o papel essencial que o engajamento público desempenha na construção e legitimação das instituições e práticas das decisões.⁵¹ Incluir os sujeitos que não apenas serão afetados pela decisão, mas que vivem os dramas que desaguarão a partir das provisões constitucionais faz com que o engajamento popular seja não apenas legítimo, mas fundamental porque contribui ao fortalecimento do princípio democrático.⁵²

Os caminhos das discussões sobre aborto no Supremo Tribunal Federal são espelhos disso. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, em voto baseado nas informações colhidas durante quatro dias de audiência pública realizada, o Ministro Relator concluiu que a imposição estatal da manutenção de gravidez de feto anencefálico vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional. Na ADPF 442 em trâmite “a complexidade da controvérsia constitucional, bem

47 A teoria do controle de convencionalidade advém da jurisprudência internacional. A Corte Interamericana de Direitos Humanos lida com essa ordem de ideias, no entanto, não assim as intitulando, todavia, consoante expõe Eduardo Ferrer Mac-Gregor, é a partir de 2006, com o julgamento do caso precedente *Almonacid Aureliano v. Chile*, que essa vertente avulta de modo mais expresso na jurisprudência interamericana. Nas palavras do autor, o controle de convencionalidade “consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [...]. Se trata de un estándar ‘mínimo’ creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH [...]”. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano*. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>>.

48 “these elites are strategic decision makers who attempt to maintain or enhance their dominant positions”. HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 2004.

49 Id.

50 KLARMAN, Michael. *Courts, Social Change, and Political Backlash*. In: **Hart Lecture** at Georgetown Law Center, March 31, 2011 – Speaker’s Notes. Disponível on-line: <http://tinyurl.com/bz4cwqk>.

51 POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe rage: democratic constitutionalism and the backlash*. *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, v. 42, n. 2, p. 373-433, 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968>.

52 KOZICKI, Katya. *Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF no 153*. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Org.). *O Direito Achado na Rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. Brasília: UnB, 2015. v. 7. p. 192-194. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/15-12-15-direito-achado-na-rua-vol-7_web-versao-10mb-1.pdf>. p. 194.

como o papel de construtor da razão pública que legitima a atuação da jurisdição constitucional na tutela de direitos fundamentais, justifica a convocação de audiência pública como técnica processual necessária”, assinalou a Ministra Relatora.

Todavia, essa ampliação de sujeitos depende necessariamente da ampliação do próprio sentido do diálogo acima exposto. Enfocar nos âmbitos não institucionalizados, desconcertados do debate permite desviar, ao menos em parte, do problema com medidas dialógicas, ainda que inovadoras, todavia, ainda dentro de um desenho institucional inadequado. Neste sentido convém destacar o drama das audiências públicas que, em pese seu intuito na ampliação do controle democrático do controle de constitucionalidade, pouco tem permeado as decisões tomadas.⁵³

Novos diálogos dentro dos mesmos canais institucionais, movidos pelas engrenagens da velha maquinaria constitucional⁵⁴, frustram, muitas vezes, seus efeitos emancipatórios inicialmente pretendidos, devido aos aspectos intactos do sistema.

Conclusões: diálogos constantes

Falar em diálogo não é mais nenhuma novidade. É uma condição que o atual estado da arte do direito constitucional e do direito internacional dos direitos humanos nos colocam. Resta saber como vamos preencher de sentido a atitude de dialogar.

Tendo trilhado o caminho que me propus, apontam as seguintes conclusões no intuito de pintar esta paisagem:

O diálogo é uma estação forte do direito constitucional contemporâneo;

Os sentidos dos diálogos e de quem dialoga já esboçam metodologia que tem o desafio de dar conta desta multiplicidade em que os direitos humanos, a soberania popular e a segurança do cidadão – marcos essenciais no âmbito interno e internacional são revisitados;

Esses diálogos abrem espaços em um ambiente multinível, marcado, a um só tempo pela constitucionalização, internacionalização e humanização, em torno de uma constituição radicalmente centrada nos direitos humanos e na prevenção do sofrimento humano, descentralizada do foco juricêntrico e entoada.

O fortalecimento de um discurso coeso, porém plural, vem a somar na proteção (i) do sistema internacional, de um lado; (ii) dos sistemas nacionais de outro já que estes se retroalimentam em prol do princípio *pro persona*. Um discurso unívoco é muito mais robusto e fornece segurança majorada à proteção dos direitos humanos.

⁵³ GODOY, Miguel Gualano. As audiências públicas e os amici curiae influenciam as decisões dos ministros do supremo tribunal federal? E por que isso deve(ria) importar? In: Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 60, n. 3, set./dez. 2015, p. 137-159.

⁵⁴ “Notablemente, sin embargo, debe apuntarse que la Constitución mantuvo un sistema presidencialista poderoso, muy en sintonía con las reformas introducidas por la dictadura en el Poder Ejecutivo. Este fuerte presidencialismo era quizás una reacción al “trauma” de la Constitución de 1946 que, en la opinión de muchos, había creado un presidente demasiado débil. Esto es decir, la nueva Constitución democrática se diferenció significativamente de la anterior en relación con la organización de los derechos, pero mantuvo en lo esencial la organización de poderes establecida por la dictadura en la Constitución de 1967”. GARGARELLA, Roberto. La Sala de Máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz Editores, 2014, p. 270.

O tema dos diálogos é igualmente relevante porque, ao mesmo lado que auxilia no tema de maximização da proteção dos direitos, permite e aponta para revisão do próprio conceito de Constituição, a partir deste redesenho do direito constitucional e do próprio poder constituinte promovido a partir do diálogo constitucional multinível, com isso, os próprios arranjos institucionais que estão na base do discurso constitucional são colocados à reflexão.

Novos diálogos dentro dos mesmos canais institucionais de poder frustram, muitas vezes, seus efeitos emancipatórios inicialmente pretendidos, devido aos aspectos intactos do sistema. Mas isso, por si só, não deve eliminar o impulso ao diálogo, ao revés. É apenas dialogando que os arranjos institucionais adquirem inputs e outputs que permitam sua conformação.

Nas palavras de Drummond, diálogos são pontos de partida e de chegada desta reflexão:

Há tantos diálogos (...)
Escolhe teu diálogo e tua melhor palavra
ou teu melhor silêncio.
Mesmo no silêncio
e com o silêncio dialogamos.⁵⁵

Bibliografia

ALVARADO, Paola Andrea Acosta. Del dialogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional. Tese de Doutorado em Direito e Relações internacionais. Universidade Complutense de Madrid, 2015. Disponível em: <http://eprints.ucm.es/28119/1/T35645.pdf>.

ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). Estudos avançados de direitos humanos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 253.

ARENDDT, Hannah. A Promessa da Política. Rio de Janeiro: Difel, 2008. p. 122.

BECK, Ulrich. Sociedade de Risco mundial: em busca de uma segurança perdida. Lisboa: Edições 70, 2015.

BOGDANDY, Armin Von; VENZKE, Ingo. ¿En nombre de quién? una teoría de Derecho público sobre la actividad judicial internacional. Bogotá: Universidad de Externado, 2016.

BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 255-284

BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). Estudos avançados em direitos humanos: democracia e integração jurídica:

⁵⁵ ANDRADE, Carlos Drummond de. Discurso de primavera e algumas sombras. São Paulo: Círculo do Livro, 1994. p.110.

emergência de um novo direito público. São Paulo: Campus, 2012.

. BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Des droits invoqués aux droits protégés. Les petites affiches, Paris, n.31, p.8, 2011.

CALIXTO, Angela Jank; CARVALHO, Luciani Coimbra. Pluralismo Jurídico: uma nova perspectiva a respeito das relações entre os sistemas jurídicos internacional e interno. Disponível em: https://cidhsite.files.wordpress.com/2017/05/ar_gt7_4.pdf. p. 19.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002. p.1217.

CASSESE, Sabino. Los Tribunales ante la Construcción de un Sistema Jurídico Global. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2010. p.15.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FIGUEIREDO, Marcelo (coord). Constitucionalismo Multinível e Pluralismo Jurídico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FACHIN, Melina Girardi; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. De fora, de cima e de baixo – todos os sentidos da dignidade no discurso dos direitos. In: Revista Brasileira de Direitos Fundamentais. v. 2, n. 2 (2016). Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/1629>.

FALK, Richard. Sovereignty and Human Dignity: the search of reconciliation. In: STEINER, Henry J; ALSTON, Philip. International Human Rights in Context. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2000. p.582.

FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia. Teoría de la democracia. V. 2. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 475.

FLORES, Joaquín Herrera. A (re)invenção dos direitos humanos. Florianópolis: Boiteux, 2009.

GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. Os juízes na mundialização: a nova revolução do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

GARAVITO, César A. Rodríguez. Prólogo. In: RAJAGOPAL, Balakrishnan. El Derecho Internacional desde Abajo: el desarrollo, los movimientos sociales y la Resistencia del Tercer Mundo. Colección En Clave del Sur. Bogotá: ILSA, 2005.

GARGARELLA, Roberto. La Sala de Máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz Editores, 2014, p. 270.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: _____. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>.

GODOY, Miguel Gualano. As audiências públicas e os amici curiae influenciam as decisões dos ministros do supremo tribunal federal? E por que isso deve(ria) importar? In: Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 60, n. 3, set./dez. 2015, p. 137-159.

HABERMAS, Jurgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro:

Tempo Brasileiro, 1997. v.1. p.158.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 2004. p. 1.

JACKSON, Vicky. *Constitutional Dialogue and Human Dignity: States and Transnational Constitutional Discourse*. Georgetown Law Faculty Publications. 65 Mont. L. Rev. 15-40 (2004).

KLARMAN, Michael. *Courts, Social Change, and Political Backlash*. In: Hart Lecture at Georgetown Law Center, March 31, 2011 – Speaker’s Notes. Disponível on-line: <http://tinyurl.com/bz4cwqk>.

KOZICKI, Katya. *Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF no 153*. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Org.). *O Direito Achado na Rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. Brasília: UnB, 2015. v. 7. p. 192-194. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/15-12-15-direito-achado-na-rua-vol-7_web-versao-10mb-1.pdf>. p. 194.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 60.

LACLAU, Ernesto & MOUFFE, Chantal. *Hegemony and socialist strategy: towards a radical democratic politics*. Londres: Verso, 1985. p. 125.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano*. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>>.

MAZUZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013;

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins, 2009. p. 269-270

NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo: além de colisões. *Lua Nova* [online]. 2014, n.93, pp.201- 232.

NEVES, Marcelo. In: *Revista de Informação Legislativa*. Ano 51 Número 201 jan./mar. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p193.pdf

POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe rage: democratic constitutionalism and the backlash*. *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, v. 42, n. 2, p. 373-433, 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968>.

SANCHEZ RUBIO. *Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Ibid.

TEITEL, Ruth. *Humanity's Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p.4.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos no limiar do século XXI. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v.40, n.1, jan./jun. 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S00343291997000100007.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. (Org.). *Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos*. Belo horizonte: Forum, 2012

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, São Paulo, n.19, p.72, jan./jun. 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROACH, Kent. Dialogic Judicial Review and its Critics. *Supreme Court Law Review* v. 23, 2004. 49-104. Citado por: GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. *Ibid.* p. 23.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 515-530.

Recebido em: 14.04.2020
Aprovado em: 25.05.2020

Universidade de Brasília
Brasil

Volume 1, Número 1,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt

Instituições de justiça na União Europeia: intolerância aos imigrantes

*Institutions of justice in the European Union: intolerance to
immigrants*

Leila Bijos¹

Sumário: Introdução. 1. Legitimidade Democrática. 2. Recrudescimento da Xenofobia e da Intolerância. 3. Desrespeito ao Non-Refoulement. Conclusões. Referências.

Resumo: O fenômeno da globalização trouxe amplo acesso aos mais diversos produtos industrializados pelos cidadãos de todos os países do mundo, assim como a efetivação da liberdade, igualdade e fraternidade, que pressupõem os direitos humanos no intuito de construir um caminho que descortina um percurso do homem na busca de um espaço público, com direitos políticos e jurídicos.

Palavras-chave: imigrantes; globalização; União Europeia;

Abstract: The phenomenon of globalization has brought ample access to the most diverse industrialized products by citizens from all countries of the world, as well as the realization of freedom, equality and fraternity, which presuppose human rights in order to build a path that reveals the path of man in search for a public space, with political and legal rights.

Keywords: immigrants; globalization; European Union;

¹ Doutora em Sociologia do Desenvolvimento, Universidade de Brasília, Professora Visitante do Centro Europeu de Formação e Investigação dos Direitos Humanos e Democracia da Universidade Karl-Franzens, Universidade de Graz, Áustria

Introdução

O fenômeno da globalização trouxe amplo acesso aos mais diversos produtos industrializados pelos cidadãos de todos os países do mundo, assim como a efetivação da liberdade, igualdade e fraternidade, que pressupõem os direitos humanos no intuito de construir um caminho que descortina um percurso do homem na busca de um espaço público, com direitos políticos e jurídicos.

A liberalização do comércio mundial abriu espaço para uma competição mais acirrada entre as empresas, eliminando as menos competitivas, fortalecendo e expandindo o mercado da disputa, o que redundou em crises sucessivas enfrentadas pelas economias das Américas, da Ásia e da Europa Ocidental. Para os países mais desenvolvidos, tornou-se indispensável uma revisão do modelo de desenvolvimento sustentável, com redução drástica dos direitos essenciais dos cidadãos.

Em decorrência da perda dos direitos sociais, aliada aos conflitos e desastres na Síria, no Afeganistão, Angola, Congo, Somália, Sudão, Haiti, e Venezuela, dentre outros países, num contexto de regimes totalitários, de grupos terroristas como o Estado Islâmico e Boko Haram na Nigéria, que produziram um fenômeno global de pessoas deslocadas.

O deslocamento de estrangeiros fragilizados, indocumentados, produziu um movimento migratório significativo em direção a países europeus, em busca de sobrevivência. O cenário abalou as estruturas da União Europeia, que não estava preparada para acolher mais de 60 milhões de pessoas num período de 12 anos, de 2005 a 2017, e desafia as Nações Unidas para solucionar a crise mundial, com propostas de diálogo, que não são aceitas por todos os países, como a Grã-Bretanha, que se recusa a acolher essa massa de migrantes.

1. Legitimidade Democrática

A crise mundial que se instalou no século XXI com milhões de refugiados, deslocados ambientais e indocumentados, trouxe um cenário desalentador, para os chefes de Estado, e para os organismos internacionais, como o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR).

Do ponto de vista histórico, em 1946, logo na sequência da Segunda Guerra Mundial, a recém-criada Organização das Nações Unidas (ONU) editou alguns princípios que deveriam reger as relações dos Estados com os refugiados: (1) O problema dos refugiados tem alcance e caráter internacional; (2) Não se deve obrigar o regresso ao país de origem aos refugiados que expressarem objeções válidas ao retorno; (3) Um órgão internacional deveria ocupar-se do futuro dos refugiados e pessoas deslocadas; e (4) A tarefa principal consistiria em estimular o pronto retorno dos refugiados a seus países e ajudá-los por todos os meios possíveis (BARRETO, 2003, p. 203).

Em 1951, três anos depois de editada a Declaração Universal dos Direitos

do Homem, foi aprovado o primeiro instrumento solene da ONU sobre a questão, a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, que, no dizer de Piovesan (2009, p. 123-124), “constitui a carta magna que define esse caráter universal a condição de refugiado, dispondo sobre seus direitos e deveres”. Malgrado alguns dos aspectos desse tratado serem alvo de críticas nesta proposta, não se pode deixar de reconhecer que ele foi um importante avanço. Trata-se do primeiro tratado a versar sobre a condição genérica do refugiado, delimitando seus direitos e seus deveres, ao passo que os anteriores tratavam de grupos específicos de refugiados, como russos, armênios e alemães, sendo editados posteriormente ao surgimento das massas de deslocados (RAMOS, 2011, p. 25). A partir das premissas da convenção é que o sistema global de proteção aos direitos humanos tem determinado o ordenamento jurídico dos refugiados em todo o globo.

É nesse sentido que a proposta em apreço objetiva trazer uma importante contribuição para o melhor entendimento da dimensão socioeconômica e das dificuldades enfrentadas pelos imigrantes que cruzam a fronteira da Turquia, Alemanha, França, Itália, a pé ou em barcos frágeis que, muitas vezes, os conduzem à morte. O trabalho promete lançar novas luzes na elaboração de novos mecanismos das cortes internacionais, visando à proteção aos indivíduos que cruzam as fronteiras dos países; normas que venham a não somente potencializar um importante canal de fortalecimento dos laços de humanidade entre os povos, mas também, propiciar aos deslocados, o respeito e a dignidade que, como seres humanos fomentarão a cooperação e desenvolvimento mútuo dos países, numa plataforma de direitos humanos.

O foco principal de nosso interesse é funda-se nos direitos humanos e na garantia dos direitos fundamentais, ressaltando-se a reflexão sobre o crescimento dos movimentos populistas na União Europeia, que espelha um processo europeu que avançou sem um diálogo aberto com a sociedade. Evidencia-se uma ausência de comunicação, um distanciamento entre o direito legislado e a forma como ele se processa fora dos códigos, sem se adequar ao tempo, e ao povo aos quais se aplica, conforme suas necessidades.

Ressalte-se uma “crise dogmática jurídica”, “crise de legitimidade”, “crise do judiciário”, e percebe-se num contexto de Confederação Helvética, que não há uma lógica formal na análise do direito, com inovações e operações efetivas, mas um paradigma de direitos fundamentais, em que não são discutidos os direitos sociais (LUHMANN, 2016). O contexto atual configura uma intolerância em relação aos imigrantes que se deslocam em massa em direção à Turquia, com destino à Alemanha, redundando na solicitação da Grã-Bretanha para a saída da União Europeia - BrExit, já que os britânicos se recusam a recebê-los em seu território. Investiga-se, ademais, a crise da economia global, a teoria do consenso através da qual os seres humanos vão balizar suas opiniões, e complementar seus objetivos, mesmo diante de distinções psicológicas entre os homens. Pondera-se a respeito do entrelaçamento de expectativas que se mesclam em ordem jurídica e práticas sociais.

O mais importante é uma nova criação de mecanismos que beneficiem o ser humano, e na análise de Luhmann (2016) ele se diferencia da reprodução autopoética. A

pergunta que se faz é como se pode diferenciar a sociedade na qual isso se passa, uma vez que não existe uma teoria da sociedade que determine essa conceituação. Adentra-se na tese filosófica da unidade do valor e, em estratégias inovadoras e operações efetivas, para a resolução de muitos problemas com a expectativa do desenvolvimento de políticas inclusivas, que diminuam o racismo institucional. O neoliberalismo está mudando a alma dos indivíduos, e os imigrantes são vistos como inimigos dos trabalhadores, porque roubam o emprego dos cidadãos nativos (LUHMANN, 2016, p. 29).

A partir de uma reforma trabalhista, na década de 1980, o sistema social se desagregou, na Inglaterra, com a Primeira-Ministra Margaret Thatcher, e nos Estados Unidos da América, com Ronald Reagan. A “Dama de Ferro”, como ficou conhecida, efetivou uma série de medidas e mudanças como a privatização de estatais e a redução da influência dos até então poderosos sindicatos britânicos. Os direitos sociais percorreram um longo caminho para o seu reconhecimento institucional, o que ocorreu no início do Século XX, mas trata-se de uma classe normativa que ainda exige condições jurídicas, sociais e financeiras solidificadas, para se concretizarem plenamente, conforme destacam Godoy, Calsing e Santos (2017, p. 287).

A crise mundial dos imigrantes e refugiados que se instalou no Século XXI trouxe cenário desalentador, cuja solução, além do mundo da política, postula novas relações interestatais e econômicas, e necessariamente passam pelo direito internacional dos direitos humanos.

Não obstante os avanços alcançados no passado, com as levas de imigrantes cruzando as fronteiras, há embates violentos nas instituições de justiça na União Europeia, o crescimento da xenofobia e da intolerância, que contrastam com o crítico cenário de proteção conferida pela Declaração dos Direitos Humanos. Adentra-se em matrizes teóricas, postuladas por Hannah Arendt em sua obra *Origens do Totalitarismo* (1990), com críticas à cidadania, e propõem-se novos marcos teóricos, para ultrapassar o problema do deslocamento da função do Estado, a interpretação dos preceitos (BRITO; MOREIRA PINTO, 2015, p. 91) e das perspectivas de que sua correta aplicação seja um instrumento para o incremento da vida dos deslocados e refutados pela sociedade.

Faz-se um paralelo entre liberdade e soberania, e verifica-se que são excludentes por não se imiscuírem na pluralidade das relações humanas, em que o homem se vê enredado num processo de vitimização mais do que de agente do que fez. Embora a essência da ação seja a liberdade é aí que se sente menos livre, uma vez atado à responsabilidade de seu ato, o que nos impele a demonstrar a importância da dimensão política como plataforma de liberdade, enquanto incapacidade do homem para confiar em si mesmo e para ter fé absoluta em si próprio; pluralidade e realidade, enquanto incapacidade de permanecer como senhores únicos do que fazem. Como gerir a própria vida se esta se encontra atada à soberania do Estado, e o imperativo da soberania promove a desigualdade e o desequilíbrio do espaço social? (ARENDR, 2010).

Ao se analisar o conceito jurídico de homem, na medida em que a Declaração Universal dos Direitos do Homem o afirmou como fonte da lei, tornando-a inalienável,

irredutível e indivisível, colocando-a no patamar de único soberano em questões legais, verifica-se “um homem abstrato que não existia em parte alguma”; o povo e não o indivíduo representa a imagem do homem (ARENDDT, 2011, p. 325).

Hannah Arendt postula a perda da cidadania nacional, que implica na inacessibilidade do direito humano, decorrente dos displaced persons, apátridas europeus do pós-guerra. No mesmo diapasão situa-se a crítica de Karl Marx (1991) à generalidade e abstração do homem moderno, [...] o homem é considerado um ser genérico, ele é o membro imaginário de uma soberania imaginária, acha-se despojado de sua vida individual real e dotado de uma generalidade irreal (MARX, 1991, p. 25). Luhmann (2007, 14) pontua a crescente generalização do indivíduo, análise corroborada por Talcott Parsons (1991) que viu a solução, de forma semelhante a Durkheim (1997), em um consenso de valores que relaciona a crescente diferenciação com uma generalização igualmente crescente. John Rawls (2002), por sua vez, foi impelido a postular um “véu de ignorância” para a situação de partida na qual se fundam os princípios de justiça, o que impede os indivíduos de conhecerem sua posição e seus interesses.

Gravita-se em torno do acesso ao status político-jurídico que possibilitará a fruição legal, um conceito de um direito a ter direitos, no sentido de que todas as expectativas políticas do homem, desde a antiguidade grega, entendida como polis, concretiza-se na participação social (ARENDDT, 2011, p. 330). Verifica-se, no entanto, o aniquilamento da cidadania, com a perda do lar. A autora alega que “o homem pode perder todos os chamados Direitos do Homem sem perder a sua qualidade essencial de homem, sua dignidade humana. Só a perda da própria comunidade é o que o expulsa da humanidade” (ARENDDT, 2011, p. 331).

Os deslocados contemporâneos são compelidos pelas crises mundiais, perdem os direitos nacionais, e se transformam nos “sem lugar”, isto é, aqueles que não gozam de um pertencimento a um lugar concreto e, concomitantemente, à sociedade. Na verdade, eles não se enquadram nas definições previstas na Convenção de Genebra e no Protocolo de 1967, definições estas consideradas ultrapassadas por teóricos modernos (BIJOS, 2015, p. 120-121).

A realidade vivida na época destes acordos feitos em prol dos refugiados se modificou e hoje presencia-se um mundo que sofre com calamidades naturais e novos problemas de estrutura. A Convenção de Genebra apenas atende a refugiados por motivos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e oriundos da Europa. O Protocolo de 1967 simplesmente complementou a Convenção, acabando com a reserva geográfica e temporal, fora isso, manteve a definição de refugiado intacta. Em 1969 a Organização da Unidade Africana (OUA), traz a Convenção Relativa aos Aspectos dos Refugiados Africanos, que vai um pouco além dos conceitos já estabelecidos anteriormente, ampliando o significado de refugiados. De acordo com a Convenção:

O termo refugiado aplica-se também a qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutra lugar fora do seu país de origem ou

de nacionalidade (OUA, 1969).

Ao se analisar a Convenção Relativa aos Aspectos dos Refugiados Africanos, o conceito de refugiado, a agressão, ocupação externa, dominação estrangeira, é preciso debruçar-nos sobre as modalidades de conflitos na África:

On analyzing conflict in Africa, it is necessary to understand that there is a range of intra- to inter-state conflicts, which affect the socio-economic development of the continent. African countries have been involved in active civil war for some decades, and between the 1960s until the mid of 1990s mass violence has afflicted every nation, even those which got their independence experiencing personal injuries, physical and mental disorders, deaths, followed by the destruction of tribes, families' bonds, wealth and infrastructure (BIJOS, Foreword in BISWARO, 2013).

O cenário geral mostra que aproximadamente oitenta mudanças governamentais ocorreram nos 48 países da África Subsaariana, e muitos destes diferentes países tiveram conflitos fatais envolvendo situações no Burundi, na República Democrática do Congo (DRC), Libéria, Ruanda, Serra Leoa, Somália e Sudão, dentre outros, além de um grande número de refugiados.

A Declaração de Cartagena também trouxe uma ampliação do termo refugiado, mas vale lembrar que esta não possui poder jurídico, pois é apenas uma declaração e não um tratado e, neste caso, mesmo que seja desrespeitada por um Estado isto não configuraria em ilícito internacional.

Autores como Morton e Laczko, Boncour (2008), reconhecem os “refugiados ambientais”, ou “displaced persons”, que são indivíduos que cruzam as fronteiras de seu país, por temor de ameaça às suas vidas ou integridades, em razão de secas, inundações, terremotos e outras catástrofes ambientais, sejam de origem natural ou decorrente da ação humana. Os displaced persons tornaram-se “o refugio da terra, pois nem o país de origem nem qualquer outro os aceitam, passando os refugiados a dever suas vidas não ao direito, mas à caridade. Daí a impossibilidade destes desprivilegiados recorrerem aos direitos humanos (LAFER apud ARENDT, 1999, p. 149).

Essa situação deu início à ruptura, pois trouxe seríssimas consequências jurídicas num contexto que veio a se caracterizar pela mudança do padrão de normalidade do sistema interestatal até então vigente. Constata-se uma suposta caridade que o Estado pode (não significa que o faz) proporcionar a pessoa não levando em consideração a sua situação como tal. Ou seja, não será pela via da legalidade que ocorrerá o reconhecimento da pessoa, mas pela benevolência do Estado. Há uma falta de reconhecimento do Estado em relação ao sujeito, uma vez excluído, tornar-se-á indiferente, transparente (ARENDT, 2011, p. 334).

São reflexões teóricas a partir de problemas concretos da agenda política contemporânea, as guerras, revoluções, disputas internacionais, a falência das instituições de justiça, a xenofobia, o ápice da intolerância com a crise migratória internacional. Há um abismo entre a possibilidade teórica e a incapacidade prática da cidadania integral, na aceitação do outro, que Castoriadis (2010, p. 124) com

argúcia discorre em A instituição imaginária da sociedade, em que aponta a presença imaginária do homem, entendido no seu sentido “a característica essencial do discurso do Outro [...] é sua relação com o imaginário. É que, dominado por esse discurso, o sujeito se torna algo que não é e para ele os outros e o mundo inteiro sofrem uma deformação correspondente”. Na verdade, o sujeito não se diz, mas é dito por alguém, existe, pois, como parte do mundo de um outro (certamente, por sua vez, travestido). Assiste-se à desconstrução do que fora por nós, construído anteriormente. O homem, partícipe da coluna de direitos é plasmado da invisibilidade quando guarda somente sua humanidade; escapa às categorias de inclusão e legitimação, pois o que define não é ele, mas o que está fora e deveria ser instância meramente de reconhecimento: o Estado (BRITO; MOREIRA PINTO, 2015, p. 102).

O sujeito “é portador de direitos e deveres, uma personificação das normas”, na acepção de Costa Douzinas (2009, p. 240), na obra *O fim dos Direitos Humanos*, que tem um capítulo destinado a tratar do sujeito de direito, onde o autor defende que a pessoa se diferencia do sujeito na medida em que este é fruto da lei. Mellegari (2012) aporta que os direitos humanos se desencontram da pessoa que o inspira, pois ambos se veem frustrados na sua expectativa, uma vez que as políticas estão baseadas em verdades ideológicas, e não na praticidade de soluções dos problemas da coletividade.

A eclosão das massas de deslocados mostra um ser humano essencialmente solitário, pois não se sente contemplado na sua singularidade de pessoa ali inserida, como ensina Douzinas (2009), conferindo ao líder a possibilidade de supressão da solidão por meio da permissão no governo de sua vida – uma legitimação ideológica, ou seja, na medida em que se convence da ideia do líder, convencer-se-á da própria ideia. Hannah Arendt (2011) versa sobre a democracia moderna que se converteu na manipulação da maioria pela minoria; tendo a expressão mais significativa nos regimes totalitários.

Os regimes totalitários não foram suprimidos durante as várias “transformações” do Estado, nem se inseriram verdadeiramente nas “Metas de Desenvolvimento do Milênio”. Áreas afetadas pelo conflito e violência, como a Síria, o Sudão, a Venezuela, e países como Honduras, que perderam a trilha do desenvolvimento, ficaram para trás, em comparação com países pacíficos e estáveis. Os indicadores de desenvolvimento humano são os piores em áreas de conflito. As dificuldades para se alcançar este utópico desenvolvimento se tornam mais difíceis devido à contínua onda de violenta insegurança, divisões politizadas e militarização. As pessoas que vivem nessas áreas consideram como a redução dos níveis de violência e conflito, como uma solução importante para que suas vidas possam ter melhores índices de desenvolvimento, e que eles possam permanecer na sua terra natal, em vez de procurar outras áreas seguras para viver com suas famílias.

A inclusão da violência e paz nas últimas metas de desenvolvimento seguem uma onda de pensamento que teve início na década de 1990, mas que não previu a eclosão de grupos terroristas como o Estado Islâmico, o Boko Haram, que rejeitam a política dos países democráticos. Nesse sentido, a violência grassa não apenas

os países pobres, mas também muitos estados em regimes de transição, como a África do Sul, a Nigéria e o Paquistão. Afeta também países ricos como os Estados Unidos da América, o Brasil e Israel. A capacidade de cada sociedade enfrentar os impactos da violência e transformar-se em bastião da paz depende da existência de instituições democráticas legítimas.

2.Recrudescimento da Xenofobia e da Intolerância

A partir da expansão das novas tecnologias e da inovação, a sociedade civil conscientiza-se de seus direitos, e esse direito tem adquirido proporções incomensuráveis, o que ocasiona por diversas vezes conflitos que transbordam o limite territorial do Estado. A falta de um sistema universal de normas dificulta a resolução pacífica dos conflitos, pois cada estado e seus nacionais possuem aspectos culturais e ideológicos diversos, gerando conflitos, inclusive armados, a fim de defender suas ideologias. Verifica-se que há um recrudescimento da xenofobia e da intolerância, que se evidenciaram nos choques culturais e ideológicos, se fizeram sentir em Paris em 2015, em decorrência de ataques terroristas simultâneos, em 13/11/2015. Após o ataque de 11 de setembro de 2001, às Torres Gêmeas nos Estados Unidos, os países democráticos perderam a confiança em seus sistemas de segurança, o inimigo ronda os aeroportos, as ruas das cidades, e infiltra-se nos bairros de classe média, como cidadão pacífico (BIJOS; CAMPOS, 2015, p. 86-87).

Em 07/01/2015, Paris foi palco de atentado terrorista liderado por islamistas, ao jornal semanal francês Charlie Hebdo que tem por histórico sátiras antirreligiosas e esquerdista. O atentado ao Charlie Hebdo trouxe à baila questões como o direito à liberdade de expressão, liberdade de imprensa, bem como o respeito à cultura e a liberdade de credo. Apesar das críticas à filosofia editorial do jornal, que abertamente critica os líderes religiosos islâmicos, ninguém poderia imaginar que outros ataques a Paris seriam planejados, com o massacre ocorrido na noite de 13 de novembro de 2015, em seis locais simultâneos, com 129 pessoas mortas, e mais de 352 feridas em estado grave. Seguiram-se ataques terroristas a Bélgica, Alemanha, Inglaterra, o que aumenta a não-aceitação dos deslocados, que apresenta conflitos marcados por divergências culturais, conforme analisado por Samuel Huntington (1993) em sua obra *O Choque de Civilizações*. Bauman, em seu último livro “Estranhos à Nossa Porta” (2017), retrata a grande tragédia da “crise migratória”. O autor reflete sobre as condicionantes psicológicas que abrem um flanco para o ódio, o medo e a rejeição das populações europeias quanto aos migrantes econômicos e refugiados de guerras, assim como aborda diversos ângulos das agruras e violações (físicas e psicológicas) a que estão sujeitas as populações migrantes no solo europeu “estranho”. A crescente globalização das interações entre pessoas de diferentes civilizações e o amplo fluxo migratório intensificam o consenso e a consciência das diferenças entre as civilizações e comunidades (BAUMANN, 2017, p. 8-9).

Os processos de modernização econômica e mudança social têm afetado identidades locais de longa data, separando pessoas e enfraquecendo os Estados

Nacionais como fonte de identidade. As características culturais e as diferenças são menos mutáveis e mais complicadas de serem resolvidas do que divergências políticas e econômicas. Ao ponderarmos sobre estas questões nos debruçamos sobre as diferenças nos patamares de desenvolvimento. A Comunidade Europeia repousa sobre o fundamento comum da cultura europeia e do cristianismo ocidental. A sociedade civil precisa reconhecer que sua diversidade vai além do multiculturalismo e passa pelo interculturalismo, o que coloca essa sociedade como integrante das decisões estruturais do país com a emergência de novos espaços e a preservação desses grupos, e não somente o reconhecimento do diferente, mas a integração da diversidade. Paes e Massa enfatizam que “seria uma sociedade civil plural e democrática pautada no multiculturalismo e interculturalismo” (PAES; MAZZA, 2015, p. 15).

A partir dessas reflexões, adentra-se na construção do instituto do refúgio, de uma análise crítica da definição terminológica trazida pela Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluindo-se por sua insuficiência no contexto do Século XXI e pela necessidade de uma releitura modernizadora de seus valores.

4. Desrespeito ao Non-Refoulement

O princípio do non-refoulement, sua construção histórica, aplicação coercitiva e argumentação sobre seu enquadramento como jus cogens (SILVA, 2015, p. 130; CRIDDLE, Evan J.; FOX-DECENT, 2009), merece uma análise sucinta, balizada no princípio liberal, político, religioso que surgiu no pós-guerra, e pormenores da crise humanitária do início do Século XXI. Ressaltem-se, no entanto, a fragilidade existencial e a precariedade das condições sociais humanas nos tempos globalizados, insuflada pela competição pelo mercado de trabalho e melhores condições de vida, que criam uma profunda incerteza e medo nas sociedades invadidas pelos “estranhos”, que batem a “nossa porta” e a quem se torna mais fácil culpar por todos os males gerados pela conjuntura política e econômica da globalização (BAUMAN, 2017, p. 14). Rejeita-se, o “outro”, como uma conveniência inconsciente, e mesmo um “hábito” nas sociedades dominadas pelo pensamento hegemônico (quase todas), passa-se a culpar os mensageiros pelo conteúdo odioso da mensagem de que são portadores – nesse caso, aquilo a que Bauman chama de “enigmáticas, inescrutáveis, assustadoras e corretamente abominadas forças globais que suspeitamos (com boas razões) serem responsáveis pelo perturbador e humilhante sentido de incerteza existencial que devasta e destrói nossa confiança” (BAUMAN, 2017, p. 21).

O conceito originário de refugiado foi delimitado pelo artigo 1º da Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados, que o definiu como toda pessoa que “tendo um temor bem fundado de ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país” (TRINDADE, 2000, p. 36).

A análise dos problemas estruturais da sociedade perpassa pela criação do

Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados e a entrada em vigor da Convenção de 1951 e de seu Protocolo de 1967, de situações que originaram os grandes fluxos de refugiados ao longo das décadas, das complexas relações internacionais surgidas em consequência do final da Segunda Guerra Mundial. Os movimentos de libertação nacional, o ressurgimento de formas extremas de nacionalismo, de partidos políticos de extrema direita, o separatismo étnico, o aumento dos conflitos armados internos, o racismo, o desmoronamento de grandes blocos ideológicos, e o surgimento de novos grupos econômicos de influência contribuíram para uma instabilidade na qual situações de violação de direitos humanos encontraram campo fértil (LEÃO, 2003, p. 5), inclusive com o surgimento de grupos fundamentalistas.

Os esforços dedicados à integração e harmonização da União Europeia ruíram desastrosamente em face de objetivos supranacionais, de medidas políticas que afetaram os países vizinhos, como a Síria, o Iraque e o grupo étnico curdo. A definição de direitos humanos hoje é insuficiente para conferir a proteção originariamente concebida, pois, se aplicada sem temperamentos, deixará de lado grupos vulneráveis quanto o descrito, a exemplo dos deslocados ambientais e econômicos, os que deixam seus lares para se abrigarem de conflitos armados.

A identificação das causas dos movimentos irregulares de pessoas que originam os fluxos significativos em busca de proteção internacional é de importância fundamental para a prevenção destas situações. Para que a aplicação do refúgio possa ser eficaz, essencial a plena aplicação do princípio do non-refoulement, que, nos moldes do artigo 33 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, veda os Estados compromissários a expulsarem ou rechaçarem pessoa que pede refúgio, por qualquer motivo, para local em que sua vida, integridade ou liberdade correm risco (GOODWIN-GILL, 1996, p. 42). Dito de outro modo, obsta que os Estados estimulem ou incrementem os riscos que ensejaram o refugiado a sair de seu lar, inclusive não podendo vedar a entrada de um pretendente ao refúgio quando isso implicar no retorno do estrangeiro a um Estado em que sua dignidade não esteja garantida (LAUTERPACHT; BETHEHEM, 2003, p. 115).

Após a virada do milênio, o mundo desenvolvido assistiu passivamente à súbita ampliação do número de pessoas que cruzam as fronteiras como imigrantes ou que buscam refúgio. Conflitos e desastres na Síria, Afeganistão, Somália, Haiti, Sudão e Colômbia impulsionaram o total de deslocados para a casa dos 60 milhões, maior patamar contabilizado desde a Segunda Guerra Mundial (COLLIER, 2015 apud BAUMAN, 2017, p. 13). Ao mesmo tempo, sucessivas foram as crises enfrentadas pelas economias das Américas, da Ásia e da Europa Ocidental, que tornou indispensável aos Estados repensarem seu papel no desenvolvimento social, inclusive levando-o a reduzirem os direitos essenciais de seus próprios nacionais.

No contexto da proteção jurisdicional para a salvaguarda dos direitos humanos, o grande dilema é a possibilidade de os Estados não honrarem seus compromissos internacionais de outorga de refúgio sem viabilizar o bem-estar daqueles que já estão em seus territórios.

A partir de 2014, a encruzilhada foi ampliada com o crescente quantitativo de sírios que buscavam entrar no continente europeu por seu Leste, bem dos que

partiam do Norte da África, tentando atingir a Itália a bordo de precárias embarcações que cruzam o Mar Mediterrâneo (OLIVEIRA, 2017, p. 35).

O cenário internacional recente com o rechaço aos imigrantes nos Estados Unidos, e na União Europeia representa uma séria afronta às normas do direito internacional em geral e, sobretudo, aos tratados do direito internacional dos direitos humanos, do direito internacional humanitário, e do direito internacional dos refugiados que, juntos conformam as três vertentes da proteção internacional da pessoa humana. Enfim, a visão política europeia está conseguindo fragilizar o que talvez tenha sido o legado civilizatório mais importante do século XX: o direito internacional e os direitos humanos (LEÃO, 2003, p. 86).

O resultado do desencontro terminou por encadear o previsível descumprimento do princípio do non-refoulement (HATHAWAY, 2005, p. 300). Os dados disponibilizados durante o primeiro semestre do 2016, mostram que a Anistia Internacional muitas vezes denunciou que a Turquia, porta leste de entrada no continente europeu, tem diariamente deportado mais de cem sírios - gestantes e crianças, inclusive - de volta para seu país em guerra; o Líbano e a Jordânia têm feito o mesmo. Igualmente, que a Grécia, cotidianamente e sem motivos razoáveis, está deportando imigrantes de volta para a Turquia, que, num segundo momento, os retorna para a Síria. Agravando o lastimável cenário, a Itália devolveu para a Líbia muitos dos que chegaram a seu território via mar, alocando-os em centros de detenção que não assegurava a implementação dos Direitos Humanos mais corriqueiros.

A problemática força questionar se porventura pode ser legítimo ao Estado recusar aplicação ao princípio do non-refoulement e, em caso positivo, em qual medida e sob quais justificativas isso seria adequado. Igualmente, impõe o desenvolvimento de mecanismos hábeis a distribuir o ônus de receber refugiados entre todos os Estados amantes da paz.

Conclusões

Como análises conclusivas, verifica-se a insipiência de políticas públicas e tratados internacionais que realmente coíbam a prática de abusos e a prevenção da xenofobia e rejeição às vítimas de perseguições políticas, abusos físicos e sexuais, trabalho escravo, e tráfico de pessoas. Insta trabalhar com possíveis caminhos de solução, ancorados nas instituições de justiça internacionais, e na diplomacia multilateral. Na verdade, as instâncias jurídicas e o direito internacional são amplamente vistos pelo seu fracasso ao lidar com os problemas internacionais mais urgentes. As mazelas regionais, acentuadas pelas iniquidades humanas, que avassalam os continentes, debilitam o ser humano, afetam a cidadania, e provocam o aniquilamento dos direitos humanos. Homens e mulheres privados de nacionalidade perdem sua capacidade jurídica.

Ao deslocar-se de sua terra natal, fugindo de perseguições políticas, fome, miséria e catástrofes ambientais, o cidadão perde seu espaço político, sua dignidade, sujeitando-se às intempéries, incertezas e insegurança.

Os dilemas do partir e cruzar as fronteiras de outros países, apresentam as agruras dos caminhos e a força hercúlea de quem deseja que uma porta se abra para descortinar o novo, o inusitado e o progresso de um viver tranquilo e reconfortante, mas o que se percebe é que os fluxos migratórios se revestem de cunho racista, fundamentados nos argumentos biológicos do homem negro africano, ou asiático de pele amarela.

É nesse contexto cruel que se assenta a análise das migrações acelerada pela globalização contemporânea. Há uma ligação entre a movimentação dos indivíduos no planeta e as condições econômicas oferecidas por cada região do globo. O desejo do indivíduo de melhorar de vida torna-se ação na medida em que outras localidades oferecem, ou parecem oferecer maiores condições para que o indivíduo alcance a “felicidade”. A pobreza implica privação das capacidades do ser humano e limitação das liberdades, pois concentra-se em privações que são intrinsecamente importantes, e existem outras influências sobre a privação de capacidades além do baixo nível da renda, como os abusos físicos, morais e sexuais.

O liberalismo exacerbado no pós-Segunda Guerra Mundial, objetivava ajudar o Estado, estimular a produção e a economia do sistema capitalista. Com nuances positivas de um lado, como inovações tecnológicas, massificação do conhecimento; em contrapartida, o estilo moderno, é competitivo, próprio da economia internacional, e excludente.

A globalização, enquanto expansão econômica e liberação do sistema político-financeiro de sua responsabilidade social, não une a humanidade. Pelo contrário, acentua a divisão, a segregação e a exclusão. A globalização dos transportes e das telecomunicações, associada à disparidade entre a riqueza dos países, possibilitou um aumento da mobilidade humana e, conseqüentemente, um incremento no número de pessoas que se colocam em situação de risco em relação à entrada irregular em países do Norte, à permanência além do permitido no visto de entrada, ao tráfico de drogas e de pessoas.

A rejeição aos imigrantes pelas autoridades públicas nos EUA e Europa espelha a impossibilidade de acesso ao trabalho e renda, perpetua o ciclo de vulnerabilidade, o que impulsiona o trânsito por vários países, a luta pela sobrevivência e a submissão de pessoas a condições subumanas de trabalho.

Referências

ANDRADE, Jorge Bronzeado. Estranhos à Nossa Porta. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. *Análise Social* 224, LII (3º), 2017, p. 724-727.

ARENDT, Hannah. A condição humana. 11. ed. Rio de Janeiro: Método, 2010.

_____. Origens do totalitarismo (trad. de Roberto Raposo). São Paulo: Cia das Letras, 2011.

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. A política de refúgio no Brasil contemporâneo.

São Paulo: Renovar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. Estranhos à nossa porta. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BIJOS, Leila (Coord.). Relações Internacionais: a difícil integração de um mundo em crise. São Paulo: PoloBooks, 2016.

_____. Deslocamentos forçados por questões ambientais: haitianos no Brasil. In: Paes, J.E.S. Terceiro setor e tributação. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 111-135. 7 v. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BIJOS, Leila; CAMPOS, Flávia de Sá. Conflitos Internacionais: Terrorismo Islâmicos. Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor - REPATS, Brasília, v. 2, nº 2, p.86-114, Jul-Dez,2015.Disponívelem: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS>.

_____. Religião: Elo de Sustentação do Imigrante, In: FREITAS, Marta Helena de; PAIVA, Geraldo José de; MORAES, Célia (orgs.). Psicologia da Religião no Mundo Ocidental Contemporâneo: Desafios da interdisciplinaridade, Volume II, Brasília: Universa, 2013, pp. 275-312

_____. Foreword in BISWARO, Joram Mukuma. The Role of Regional Integration in Conflict Prevention, Management, and Resolution in Africa: the case of African Union (AU). Brasília: FUNAG, 2013.

_____. Discriminação Étnica-Racial: “Nikkeis” Brasileiros no Japão. Brasília: Editora Universa, 2009.

BRITO, Franclim Jorge Sobral de; MOREIRA PINTO, João Batista. A Construção Axiológica dos Direitos Humanos como Plataforma Plural, Socioambiental e Emancipatória. In: TAVARES NETO, José Querino; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges (Org.) I Encontro de Internacionalização do CONPEDI: Atores do desenvolvimento econômico, político e social diante do Direito do século XXI. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015, p. 89-123.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTORIADIS, Cornelius. A instituição imaginária da sociedade. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

COLLIER, Paul. Exodus: How Migration is Changing Our World. Oxford: Oxford University Press, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos - 2014: migração, refúgio e apátridas. Brasília: CNJ, 2016.

CRIDDLE, Evan J.; FOX-DECENT, Evan. A fiduciary theory of jus cogens. Yale Journal of International Law, v. 34, p. 1, 2009.

DURKHEIM, Emile. The Division of Labor in Society. (Trans. W. D. Halls, intro. Lewis A. Coser). New York: Free Press, 1997.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do estado nacional. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FICORILLI, Giorgia. Il principio di non-refoulement. 2010. 194 f. Dissertação (Doutorado em ordem internacional e direitos humanos) - Universita Degli Studi di Roma, 2010.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; CALSING, Renata de Assis; SANTOS, Júlio Edstron S. A Construção dos Direitos Sociais: efetivação, desafios e perspectiva no Brasil Atual. REPATS, Brasília, v. 4, n. 1, p. 286-323, Jan-jun. 2017.

GOODWIN-GILL, Guy S. The refugee in international law. 2. ed. Oxford: Oxford University, 1996.

HATHAWAY, James C. The rights of refugees under international law. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

HUNTINGTON, Samuel. O Choque de Civilizações e a Recomposição da Ordem Mundial (Tradução de M.H.C. Côrtes). Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

JUBILUT, Liliana Lyra. O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Método, 2007.

KOH, Harold Hongju. The “Haiti Paradigm” in United States human rights policy (1994). Faculty Scholarship Series. Paper 2092. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2092>. Acesso em 13 de abril de 2018.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LAUTERPACHT, Sir Elihu; BETHLEHEM, Daniel. The scope and content of the principle of non-refoulement: opinion. In: UN High Commissioner for Refugees (UNHCR). Global Consultations on International Protection/Second Track, 20 June 2001. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/3b3702b15.html>>. Acesso em 13 de abril de 2018.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. As Três Vertentes da Proteção Internacional da Pessoa Humana: Uma Reflexão a Partir do Mercosul. In: Proteção Internacional da Pessoa Humana, Revista Universitas/Relações Internacionais, Vol. I, nº 2 – Janeiro a Julho de 2003 – Série Nacional, Brasília: UniCEUB, 2003, p. 85-108.

LUHMANN, Niklas. O Direito da Sociedade (Trad. Saulo Krieger, Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon). São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MARX, Karl. A questão judaica. 2ª edição. São Paulo: Moraes, 1991.

MELLEGARI, Iara Lúcia Santos. Direitos Humanos e Cidadania. Curitiba: Juruá, 2012.

MORTON, Andrew; BONCOUR, Philippe; LACZKO, Frank. Human Security Policy Challenges. Climate Changes and Displacement, FMR31, 2008, Disponível em: www.fmreview.org/FMRpdfs/FMR31/05-07.pdf, acesso 26/11/2017.

OLIVEIRA, Henrique Gentil. Princípio do Non-Refoulement e a Crise Contemporânea de Refugiados. Brasília: Universidade Católica de Brasília (Dissertação de Mestrado em Direito), 2017.

OUA. Convention de l’OUA Regissant les Aspects propres aux problèmes de réfugiés

en Afrique, 1001 U.N.T.S entré en vigueur 1974. University of Minnesota: Human Rights Library. Disponível em: <http://hrlibrary.umn.edu/instree/french/v1crsf.htm>, acesso em 27/11/2017.

PAES, José Eduardo Sabo; MAZZA, Willame Parente. A Sociedade Civil e a Sustentação do Estado Social: Da Crise do Estado Fiscal ao Constitucionalismo Latino-Americano. In: Paes, J.E.S. Terceiro setor e tributação. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1-22. 7 v. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PARSONS, Talcott. The Social System (Preface to the new edition of Brian S. Turner), 2nd edition. London: Routledge & Kegan Paul Ltd., 1991.

PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Temas de direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. Asilo e refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas. In: 60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro, 2011.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SILVA, Joana de Angelis Galdino. O direito à não devolução e o reconhecimento do non-refoulement como norma jus cogens. (Dissertação, Mestrado em Direito). Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2015.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A New World Order, Princeton: Princeton University Press, 2004.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; SANTIAGO, Jaime Ruiz de. La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del Siglo XXI. San José, Costa Rica: Gossestra Internacional, 2001.

Recebido em: 08.03.2020
Aprovado em: 12.05.2020

Universidade Católica Portuguesa
Portugal

Volume 1, Número 1,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt

O acórdão associação sindical de juízes portugueses como antecâmara para a intervenção do TJUE na crise do Estado de Direito na União Europeia

The trade union association of portuguese judges as an antechamber for the TJUE intervention in the crisis of the rule of law in the European Union

Inês Pereira de Sousa¹

Sumário: I.O Estado de Direito na União Europeia; II.O renovador caso Associação Sindical de Juízes Portugueses. III. Da influência do caso Associação Sindical de Juízes Portugueses na fiscalização da reforma judicial polaca. IV. Do diálogo entre o princípio da confiança mútua e a independência judicial. V. Breves nótulas sobre a interpretação jurisprudencial do artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, do TUE. Considerações finais. Referências.

Resumo: A independência judicial desempenha um papel incontestável no respeito pelo Estado de direito, tal como demonstrou à jurisprudência Associação Sindical de Juízes Portugueses, que a elevou a obrigação de direito originário, a observar por todos os órgãos jurisdicionais nacionais que possam vir a aplicar ou interpretar o direito da União Europeia, uma vez que, à luz do artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, do Tratado da União Europeia, se integram no sistema de vias de recurso nacionais que assegura uma tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelas normas da União. No atual contexto europeu marcado por reformas aos sistemas judiciais nacionais que têm colocado em causa os princípios da independência dos tribunais e da confiança mútua, tem-se disseminado a ideia de crise do Estado de Direito, que clama uma intervenção europeia. O caso dos juízes portugueses surgiu como uma oportunidade para o Tribunal de Justiça da União Europeia se pronunciar pela defesa da rule of law, assumindo-se, desta forma, como uma antecâmara para a sua intervenção a respeito das alterações legislativas em matéria de organização judiciária nacional, que estariam, em princípio, arredadas da sua alçada, e incentivando, assim, a iniciativa da Comissão Europeia, tal como se verificou relativamente à Polónia e como poderá vir a acontecer em casos de idêntica violação da princípio da independência.

Palavras-chave: Estado de direito; União Europeia; reformas do sistema judicial; independência judicial; confiança mútua.

Abstract: Judicial independence plays an indisputable role regarding rule of law, as demonstrated by European Court of Justice in judgment Associação Sindical de Juízes Portugueses, which declared it as primary law obligation that needs to be respected by all national courts which may apply or interpret European Union law since, in the light of the second subparagraph of Article 19(1) of the Treaty on European Union, they form part of the system of national remedies to ensure effective judicial protection in the fields covered by EU law. The current European context is highlighted by legislative reforms of national judicial system, which undermine the principles of judicial independence and mutual trust, and raise the rule of law crisis' idea, claiming for an European Union intervention. Therefore, the Portuguese judges' case was an opportunity for the European Court of Justice to protect the rule of law. This case-law emerged as an antechamber for its interventions on national legislation regarding judicial organization, which was an internal matter, and it encourages the European Commission initiative, as occurred recently in the Polish case and could be repeated in similar cases of judicial independence breach.

Keywords: rule of law; European Union; reforms of judicial system; judicial independence; mutual trust.

¹ Assistente e Doutoranda na Faculdade de Direito, Investigadora do Centro de Estudos e Investigação em Direito Universidade Católica Portuguesa, Porto. isousa@porto.ucp.pt.

I. O Estado de Direito na União Europeia

Em 1986, o Tribunal de Justiça (TJ) declarou que a atual União Europeia (UE) constituía, à data, uma “comunidade de direito”, esclarecendo-se que “nem o Estados-membros, nem as suas instituições estão isentas da fiscalização da conformidade dos seus atos com a carta constitucional de base que é o Tratado”². O Acórdão Os Verdes introduziu, expressamente, o conceito de rule of law no ordenamento jurídico da UE, reconhecendo a existência de uma regra de direito que preside à ordenação dos poderes, ao equilíbrio institucional e que permite aos indivíduos fazer valer os seus direitos, e, por isso, se defende que, a partir desse momento, “a União vive com uma constituição”.³

Infere-se, deste modo, a importância do Estado de direito como elemento constitutivo de uma maior integração política. Consagrado no artigo 2.º do TUE, este integra o leque de valores em que se funda a União, sustenta o procedimento previsto no artigo 7.º do TUE,⁴ figura como requisito para adesão de novos Estado à União (artigo 49.º do TUE), e exigência inerente ao segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 19.º do TUE, introduzido com o Tratado de Lisboa (TL). O princípio do Estado de direito impõe, ainda, a garantia de uma tutela jurisdicional efetiva, consagrada no artigo 47.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, particularmente, do acesso à justiça, exigência essencial⁵ da democracia. Neste sentido, foi prevista a obrigação, naquela norma do TUE, de os Estados-Membros estabelecer as vias de recurso necessárias para assegurar aquela protecção judicial nos domínios abrangidos pelo direito da União, reforçando-se aquilo que já decorria do dever de cooperação leal, previsto no artigo 4.º, n.º 3 do TUE.

Na verdade, no momento da adesão à União, os Estados-Membros vincularam-se a assegurar o princípio do primado e a efetividade deste direito, cujo funcionamento depende de uma arquitetura descentralizada que coloca os órgãos dos nacionais como seus aplicadores e garantes. Por conseguinte, a salvaguarda da rule of law dependerá do esforço quer das instituições quer dos Estados-Membros. Aquela disposição, contida no artigo 19.º evidenciou esta obrigação, sem deixar transparecer qualquer nota inovadora. Destarte, não parecia expectável a possibilidade de ser colocada à disposição da fiscalização da independência dos tribunais nacionais, como sucedeu no caso Associação Sindical dos Juízes Portugueses (ASJP).⁶ As alterações legislativas que afetaram a classe judiciária permitiram, por conseguinte, que, em tempos de crise do Estado de direito,⁷ o TJ, apoiado no cumprimento do

² Acórdão de 23 de abril de 1986, Os Verdes, 294/83, EU:C:1986:166, n.º 23.

³ Ramos, Rui Moura (2004). A reforma institucional e a Constituição Europeia. In Instituto Europeu da Faculdade de Direito de Lisboa, British Council, Goethe-Institut Lissabon, Institut Franco-Portugais, Uma Constituição para a Europa - Colóquio Internacional de Lisboa, Maio de 2003, Almedina, p.119.

⁴ Sobre este procedimento, vide Coli, Martina (2018). Article 7 TEU: From a Dormant Provision to an Active Enforcement Tool?. Perspectives on Federalism 10(3), 272-303.

⁵ Lenaerts, Koen (2009). Le Traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l’Union. Cahiers de Droit Européen 45(5-6), 709.

⁶ Acórdão de 27-02-2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:117.

⁷ Vide Michelot, Martin (2018). How Can Europe Repair Breaches of the Rule of Law?, Jacques Delors Institute, Policy Paper n.º 221.

princípio da independência judicial, inaugurasse uma nova era que apela à iniciativa da Comissão e prepara a intervenção na reforma de outros sistemas judiciais.⁸

II. O renovador caso Associação Sindical de Juizes Portugueses

Já considerado como um nova referência na construção da União de direito,⁹ o Acórdão ASJP, tem subjacente a adoção de medidas de eliminação do défice orçamental excessivo de Portugal, entre as quais figurou a previsão, na Lei n.º 75/2014, de 12 de setembro, de uma redução salarial transitória dos titulares de cargos e de pessoas no exercício de funções no setor público, o que, afetou os juizes do Tribunal de Contas. A ASJP, em sua representação, instaurou, no Supremo Tribunal Administrativo, uma ação administrativa especial destinada à anulação dos atos administrativos de processamento do vencimento adotados em virtude dessa lei, com fundamento na violação do princípio da independência judicial, decorrente da Constituição da República Portuguesa e dos citados artigos 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, do TUE e 47.º da Carta, no decurso da qual, foram remetidas, a título prejudicial, dúvidas quanto à interpretação daquelas normas para o TJ.

Perante as circunstâncias, o TJ desenvolveu um inesperado raciocínio, ancorado, sobretudo, na obrigação de os Estados acautelarem que os órgãos, que integram o seu sistema de vias de recurso, satisfazem as exigências de uma tutela efetiva. Apelando à noção de órgão jurisdicional nacional na aceção do direito comunitário, o TJ recordou que a independência, “inerente à missão de julgar”¹⁰, constitui um dos elementos a ter em consideração, e, como fator determinante, analisou se a medida nacional, adotada no contexto de redução do défice orçamental excessivo de um programa de assistência financeira, colocava em causa a inamovibilidade dos membros da instância nacional, tendo concluído que aquela tinha carácter limitado, transitório e geral, destinando-se “a diferentes titulares de cargos públicos e pessoas que exercem funções no setor público, entre os quais representantes dos poderes legislativo, executivo e judicial”, e por isso, não lesava a independência daquela instância.¹¹

Apesar do laconismo do TJ, desta jurisprudência é possível identificar argutas considerações. O Tribunal não só evita o debate sobre a integração das medidas de austeridade no domínio do direito da União,¹² como contornou a questão da aplicação da Carta, voltando a tónica para a aplicação do artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, do TUE e a recondução do Tribunal de Contas à noção de órgão jurisdicional nacional que integra o sistema jurisdicional europeu.

⁸ Cfr. Ovádek, Michal (2018). Has the CJEU just Reconfigured the EU Constitutional Order?, *Verfassungsblog*. Disponível

⁹ *Ibid.*; e Silveira, Alessandra, Pedro Froufe, Sophie Perez, Joana Abreu (2018). União de direito para além do direito da União – as garantias de independência judicial no acórdão Associação Sindical dos Juizes Portugueses. *Jugar Online*.

¹⁰ Acórdão Associação Sindical dos Juizes Portugueses, cit., n.º 43.

¹¹ *Ibid.*, n.ºs 45-51.

¹² Ao contrário do que aconteceu no Acórdão de 13-06-2017, Florescu, C-256/14, EU:C:2017:448.

Num discurso surpreendente, o Tribunal criou uma “nova esfera”¹³ jurídica da UE, quando afirmou, “quanto ao âmbito de aplicação *ratione materiae*, (..), que essa disposição [do TUE] visa os «domínios abrangidos pelo direito da União», independentemente da situação em que os Estados-Membros apliquem esse direito, na aceção do artigo 51.º, n.º 1, da Carta.”¹⁴ Assim, declarou que a noção de ‘domínios abrangidos pelo direito da União’ não só é autónoma, como a entendeu de forma mais ampla¹⁵ do que previsão, no artigo 51.º, n.º 1 da Carta, de que esta se destina “aos Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União”. Consequentemente, não é necessário verificar se Portugal estaria a aplicar normas da União, bastando que o Tribunal de Contas constitua uma via de recurso que assegure a tutela jurisdicional efetiva ‘domínios abrangidos pelo direito da União, e, se assim for, tem que apresentar as exigências necessárias para cumprir o dever decorrente do artigo 19.º, n.º 1 do TUE.

A propósito do carácter inovador do Acórdão, será importante evidenciar que o TJ não tinha, necessariamente, que adotar esta posição, já que a questão sub judice poderia ser analisada com fundamento na Carta, na medida em que a norma nacional, por ter sido adotada na sequência de normas da União, integrar-se-ia no âmbito de aplicação daquele diploma.¹⁶ Não obstante, o TJ decidiu não se pronunciar sobre este enquadramento, o que tem levado a doutrina a especular acerca da sua verdadeira intenção.¹⁷

Diante de um cenário europeu marcado por reformas aos sistemas judiciais nacionais que têm deixado a desejar no que diz respeito à sua conformidade com princípio da independência dos tribunais, tem-se disseminado a ideia de *rule of law crisis*.¹⁸ O caso português assume-se, destarte, como preparação para a intervenção da União quanto às alterações legislativas em matéria de organização judiciária nacional, que estariam, em princípio, arredadas da sua alçada.

III. Da influência do caso Associação Sindical de Juizes Portugueses na fiscalização da reforma judicial polaca

Sob os holofotes europeus, a reforma do sistema judicial polaco previu, nomeadamente, nomeações ilegais para o Trybunał Konstytucyjny (Tribunal Constitucional) pelo Governo polaco, o exercício das funções de Procurador-Geral pelo

¹³ Bonelli, Matteo e Monica Claes (2018). Case Note: Judicial serendipity: how Portuguese judges came to rescue the Polish judiciary. *European Constitutional Law Review* 14(3), p. 630.

¹⁴ Acórdão Associação Sindical dos Juizes Portugueses, cit., n.º 29.

¹⁵ Cfr. Conclusões, Comissão Europeia/República da Polónia, C-619/18, op. cit., n.ºs 55-57; Pignarre, Pierre-Emmanuel (2018). Does the end justify the means?, Robert Schuman Initiative Blog; Silveira, Alessandra, Pedro Froufe, Sophie Perez, Joana Abreu (2018), op. cit., p. 6.

¹⁶ Cfr. Conclusões do Advogado-Geral Øe, 18-05-2017, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, EU:C:2017:395, n.ºs 43-53; e, ainda, Bonelli, Matteo e Monica Claes (2018), op. cit., p. 625-628.

¹⁷ Neste sentido, Silveira, Alessandra, Pedro Froufe, Sophie Perez, Joana Abreu (2018), op. cit., p. 4

¹⁸ Bogdandy, Armin von, Piotr Bogdanowicz, Iris Canor, Maciej Taborowski e Matthias Schmidt (2018). A Potential Constitutional Moment for the European Rule of Law – The Importance of Red Lines. *Common Market Law Review* 55, 1-14; Taborowski, Maciej (2018). CJEU Opens the Door for the Commission to Reconsider Charges against Poland. *Verfassungsblog*.

Ministro da Justiça e a ordenação oficiosa e antecipada da passagem à aposentação dos juizes do Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal), que influenciará a composição do Conselho Nacional da Magistratura.¹⁹ Perante estas alterações, a Comissão lançou mão do procedimento previsto no artigo 7.º, n.º 1 do TUE, por risco manifesto de violação grave do Estado de direito por parte da Polónia, e procedeu, a 15 de março de 2018,²⁰ à instauração de uma ação de incumprimento, em virtude da previsão de diferentes idades de aposentação para homens e mulheres que desempenham a função de magistrados(as) nos tribunais comuns, nos tribunais superiores ou no Ministério Público, o que, claramente, se enquadra nos domínios abrangidos pela União, em virtude da violação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres nos domínios relacionados com o emprego e atividade profissional, previsto no artigo 157.º do TFUE e na Diretiva 2006/54/CE.

Finalmente, em virtude da Polónia não ter apresentado qualquer medida para dirimir o risco manifesto de violação grave do Estado de direito, a Comissão decidiu intentar, a 2 de outubro do mesmo ano, uma outra ação de incumprimento contra a Polónia, alegando, novamente, o incumprimento das obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, do TUE e 47.º da Carta, com fundamento na redução a idade da aposentação dos juizes do Supremo Tribunal e na concessão ao Presidente da República da Polónia do poder discricionário de prorrogar o serviço ativo daqueles juizes, o que constituirá uma violação dos valores referidos no artigo 2.º do TUE, mais precisamente, do Estado de direito, do qual decorre o tal respeito pela independência dos juizes como garantia da tutela efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da UE.²¹

Debruçando-nos sobre o enquadramento deste último processo, aparentemente as alterações legislativas não se integrariam num domínio abrangido pelo direito da UE, constituindo uma competência reservada aos Estados, não obstante, a Comissão aproveitou o incentivo dado pelo TJ no caso dos juizes portugueses e instaurou a mencionada ação, no decurso da qual já são conhecidas as Conclusões do Advogado-Geral Tanchev,²² que indiciam que os juizes portugueses terão aberto as portas para intervenção europeia em relação aos juizes polacos.

Uma mesma classe, diferentes contextos, uma nova era. Parecem, assim, estar reunidas as condições para afirmar a incompatibilidade das reformas polacas com o Estado de direito, já que o entendimento jurisprudencial adotado no Acórdão ASJP estendeu a jurisdição do TJ à fiscalização da organização judicial dos Estados-Membros,²³ que, classicamente, seria entendida como competência excluída da esfera da União.²⁴ A independência dos tribunais foi, desta forma inesperada, elevada

¹⁹ Sobre a situação da Polónia, vide, por exemplo, Pech, Laurent e Patryk Wachowiec (2019). 1095 Days Later: From Bad to Worse Regarding the Rule of Law in Poland (Part I). *Verfassungsblog*; e o Acórdão de 25-07-2018, Minister for Justice and Equality/LM, C 216/18 PPU, EU:C:2018:586.

²⁰ Ação Comissão Europeia/República da Polónia, Processo C-192/18.

²¹ Ação Comissão Europeia/República da Polónia, Processo C-619/18.

²² Conclusões do Advogado-Geral Tanchev, 11-04-2019, Comissão Europeia/República da Polónia, C-619/18, EU:C:2019:325.

²³ Cfr. Coli, Martina (2018). *The Associação Sindical dos Juizes Portugueses judgment: what role for the Court of Justice in the protection of EU values?*. *Diritti Comparati, Working Papers*

²⁴ Bonelli, Matteo e Monica Claes (2018), *op. cit.*, p. 623

a exigência para todos esses órgãos que potencial e futuramente possam ser tribunais comuns de direito da União.

O Tribunal demonstrou, contudo, algum refreamento²⁵ ao evitar referir-se à aplicação da Carta. Ainda assim, se a independência judicial integra o dever de assegurar as vias de recurso necessárias a uma tutela efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da UE, ela própria contribui para o cumprimento daquele direito fundamental, portanto, a única questão não abordada foi se essa obrigação se mantém, à luz da Carta, quando a instância nacional não aplica aquele direito. Esta é uma questão controversa pela pouca clareza da distinção realizada entre ‘domínios abrangidos pelo direito da União’ e ‘aplicação do direito da União’, “sobretudo porque da jurisprudência Fransson decorre que não podem existir situações que estejam, de alguma forma, abrangidas pelo direito da União, em que os direitos fundamentais da União não sejam aplicados.”²⁶

Esta orientação, vertida na expedita conclusão, *in casu*, de que a independência não fora comprometida, compreende-se como antecâmara para o Tribunal da União intervir na crise de Estado de direito na Polónia²⁷ e, talvez, noutros caso como o da Hungria.²⁸

IV. Do diálogo entre o princípio da confiança mútua e a independência judicial

Ainda no contexto da redução salarial dos juízes portugueses, o TJ abordou, brevemente, a importância do respeito pelos valores fundadores, como pressuposto da confiança mútua entre os Estados-Membros. A propósito, também as violações da *rule of law* serviram como fundamento para questionar o princípio da confiança mútua em sede de execução do mandado de detenção europeu.

Como “primeira concretização, no domínio penal, do princípio do reconhecimento mútuo”²⁹, instituiu-se o reconhecimento de mandados de detenção emitidos por outros Estados-Membros, que requer a observância de exigências como independência judicial, preocupação que pautou os últimos discursos de Koen Lenaerts. Nas suas palavras,³⁰ a independência dos órgãos jurisdicionais é uma “pré-condição” no seu diálogo com o TJUE e órgãos de outros Estados, que deverá ser aferida em duas dimensões. Internamente, um órgão ou tribunal terá que atuar imparcialmente no julgamento da causa e, externamente, impor-se-á uma separação de poderes

²⁵ Descrita como “uma solução elegante e coerente que respeita os limites da Carta (...)” (Conclusões, Comissão Europeia/República da Polónia, C-619/18, *op. cit.*, n.º 58).

²⁶ Cfr. Silveira, Alessandra, Pedro Froufe, Sophie Perez, Joana Abreu (2018), *op. cit.*, p. 6.

²⁷ Taborowski, Maciej (2018). CJEU Opens the Door for the Commission to Reconsider Charges against Poland. *Verfassungsblog*.

²⁸ Sobre o exemplo húngaro, vide Michelot, Martin (2018), *op. cit.*; Duarte, Mariana Carmo (2018). Hungria: O Estado de Direito em Crise?. *Revista Portuguesa de Ciência Política* 9, 13-30.

²⁹ Considerando 6 da Decisão-quadro do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros, 2002/584/JAI.

³⁰ Lenaerts, Koen (2018). ‘The Court of Justice and national courts: a dialogue based on mutual trust and judicial independence’, discurso no Supremo Tribunal Administrativo de República da Polónia, Varsóvia. Sobre a noção de órgão jurisdicional nacional, *cfr.*, por exemplo, Acórdão de 17-09-1997, Dorsch, C-54/96, EU:C:1997:413.

que impeça influências externa na tomada de decisão e, para isso, contribuirão as garantias de inamovibilidade e a ausência de qualquer relação hierárquica ou de subordinação face a outro órgão ou entidade.

Esta condição tem particular relevância no âmbito da Decisão-Quadro relativa ao mandado de detenção europeu, uma vez que a execução de mandados depende de uma confiança de “elevado grau”³¹, baseada no respeito, designadamente, pelo princípio da independência. Nesta sede, o legislador europeu priorizou a noção de ‘autoridade judiciária’ que, apesar de se demonstra mais ampla, também envolve aquela exigência.³²

No recente caso LM, questionou-se, a título prejudicial, se, antes de proceder à entrega do indivíduo às autoridades polacas, contra o qual foi emitido mandado para efeitos de exercício de procedimento criminal, poderia ser considerada a conjuntura atual, nomeadamente a existência de risco real de violação do artigo 47.º da Carta, “pelo facto de os poderes «amplos e incontrollados» do sistema judiciário na República da Polónia serem contrários aos concedidos num Estado democrático regido pelo princípio do Estado de direito”³³. O Advogado-Geral, assertivamente, concluiu pela obrigação de adiar a entrega nestas circunstâncias.³⁴ Já o TJ não falou em adiamento, mas reconheceu que, em razão “de falhas sistémicas ou generalizadas no que respeita à independência do poder judicial do Estado Membro de emissão (...) a referida autoridade [do outro Estado] deve verificar, de maneira concreta e precisa, (...) tendo em conta as informações prestadas pelo Estado Membro de emissão (...) se existem motivos sérios e comprovados para acreditar que a referida pessoa correrá esse risco em caso de entrega a este último Estado”.³⁵

Uma vez mais, a violação da rule of law pela Polónia apresenta implicações na execução da “pedra angular da cooperação judiciária”³⁶, ameaçando o bom funcionamento do direito da União e comprometendo seriamente a confiança mútua,³⁷ que não poderá ser entendida como “confiança cega”.³⁸

V. Breves nótulas sobre a interpretação jurisprudencial do artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, do TUE

A identificação do artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, do TUE como uma obrigação de os Estados-Membros asseverar que todos os seus órgãos jurisdicionais,

31 Considerando 10 da Decisão-quadro, op. cit.

32 Cfr. Acórdãos de 10-11-2016, Krzysztof Marek Poltorak, C-452/16 PPU, EU:C:2016:858; e de 10-11-2016, Ruslanas Kovalkovas, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861

33 Acórdão Minister for Justice and Equality/LM, cit., n.º 22.

34 Conclusões do Advogado-Geral Evgeni Tanchev, 28-06-2018, Minister for Justice and Equality contra LM, C-216/18 PPU, EU:C:2018:517, n.º 133. À semelhança, a obrigação de adiamento foi afirmada no Acórdão de 5-04-2016, Aranyosi e Căldăraru, C-404/15 e C-659/15 PPU, EU:C:2016:198.

35 Acórdão Minister for Justice and Equality/LM, n.º 79

36 Ibid.

37 Vide Frackowiak-Adamska, Agnieszka (2018). Mutual trust and independence of the judiciary after the CJEU judgment in LM – new era or business as usual?. EU Law Analysis.

38 Bertrand, Joris (2018). The Rule of Law in Poland and the European Arrest Warrant: A Blessing in Disguise?, Oxford Human Rights Hub.

que possam aplicar e interpretar direito da UE, oferecem garantias de independência e, assim, possibilitam uma tutela jurisdicional neste domínio, reconhece uma nova esfera sob a alçada do direito da União.³⁹ Amparada na potencial aplicação de normas comunitárias, a (re)interpretação daquela norma fomenta a iniciativa da Comissão e prepara o julgamento do TJUE em casos de violação da rule of law por inobservância das condições necessárias pelos tribunais nacionais para assumir aquela tutela. Desta forma, o Tribunal deu nova vida àquela disposição, que poderá fazer-se sentir em casos idênticos de incumprimento do Estado de direito no sistema judiciário.

No entanto, esta construção poderá revelar-se arriscada, pois permite a interferência em assuntos da competência exclusiva dos Estados⁴⁰ e pode ter consequências desencorajadoras para o mecanismo previsto no artigo 267.º do TFUE.⁴¹ Se se concluir que determinadas alterações legislativas prejudicaram a independência judicial, alguns órgãos podem ver excluída a sua competência em sede de reenvio prejudicial, algo que, apenas com pouca coerência e muito boa vontade, poderá vir a ser contornado. Este efeito parece-nos, claramente, contraditório com a posição da jurisprudência da União e, até mesmo, com a o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, visto que o primeiro demonstrou uma preocupação por flexibilizar a noção de órgão jurisdicional precisamente para alargar a legitimidade para proceder ao reenvio⁴² e, por sua vez, o último já reconheceu a relevância do reenvio prejudicial ao abrigo do direito a um processo equitativo, previsto na CEDH.⁴³

O controlo da rule of law inaugurado pelo TJ, poderá permitir-lhe um contributo positivo⁴⁴ a nível nacional e suprir a morosidade e complexidade associadas ao funcionamento do artigo 7.º do TUE.⁴⁵ No entanto, se o legislador quis rodear de cautelas esse procedimento, será que o Tribunal não terá ido longe demais no caso ASJP? Até que ponto será possível ou legítimo por força dos Tratados, a intromissão do Tribunal nos assuntos de natureza interna?⁴⁶ Esta é uma travessia sinuosa, que requererá ponderação, sob pena do n.º 1 do artigo 19.º do TUE se transformar num mecanismo de integração⁴⁷ forçadamente superior, numa fonte de construção do “judiciário europeu”⁴⁸.

Considerações finais

39 Bonelli, Matteo e Monica Claes (2018), op. cit., pp. 629-631.

40 Ovádek, Michal (2018). Has the CJEU just Reconfigured the EU Constitutional Order?, *Verfassungsblog*.

41 Bonelli, Matteo e Monica Claes (2018), op. cit., p. 637.

42 Vide, por exemplo, n.º 31 do Acórdão Dorsch, op. cit.

43 Acórdãos, do TEDH, de 30-07-2015, Ferreira Santos Pardal, processo 30123/10; Ullens de Schooten e Rezabek, de 20-09-2011, processos 3989/07 e 38353/07

44 Bogdandy, Armin von, Piotr Bogdanowicz, Iris Canor, Maciej Taborowski and Matthias Schmidt (2018), op. cit., p. 3.

45 Cfr. Gostyńska-Jakubowska, Agata (2018). Time to let the rule of law in Poland have its day in court. *Insight, Centre for European Reform*; Niklewicz Konrad (2017). Safeguarding the rule of law within the EU: lessons from the Polish experience, *European View* 16, 281-291; e Michelot, Martin (2018), op. cit..

46 Vide Pignarre, Pierre-Emmanuel (2018). Does the end justify the means?. *Robert Schuman Initiative Blog*.

47 O TJ “aproveitou a oportunidade (...) para a construção do modelo jurídico-constitucional que sustenta o processo de integração europeia.” (Alessandra Silveira, Pedro Froufe, Sophie Perez, Joana Abreu, 2018, p. 4)

48 Matteo Bonelli e Monica Claes (2018), op. cit., p. 643.

Como “parte da nossa herança comum e da nossa própria identidade como Europeus”⁴⁹, a independência judicial desempenha um papel incontestável no cumprimento do Estado de direito, ocupando as garantias de imparcialidade e inamovibilidade um lugar central no direito da UE, à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, da noção de órgão jurisdicional nacional, e, agora, como exigência resultante da obrigação prevista no artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, do TUE.⁵⁰

Este último destaque deve-se, sobretudo, à jurisprudência ASJP, que elevou a independência a obrigação de direito originário, inerente ao cumprimento do dever de dispor um sistema de vias de recurso nacionais que assegure uma tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelas normas da União. O Acórdão em apreço ditou, assim, uma nova era, ampliando os domínios deste direito, na medida em que o TJ se clamou competente para se pronunciar sobre medidas nacionais que afetem a independência dos tribunais nacionais, mesmo que não esteja em causa a aplicação de normas comunitárias, apoiado no facto da sua aplicação ou interpretação lhes poder vir a ser confiada. Trata-se de uma delicada ilação que cria, sem dúvida, um precedente favorável à fiscalização da reforma legislativa do sistema judicial da Polónia ou de outros Estados, constituindo um convite à instauração de ações de incumprimento pela Comissão Europeia.⁵¹

Contudo, esta posição poderá ter indesejáveis efeitos, como a influência na subsunção dos órgãos nacionais, em relação aos quais se afirmou a sua falta de independência, à noção de órgão jurisdicional nacional para efeitos de reenvio prejudicial, e a interferência do TJUE em assuntos de competência exclusivamente nacional. A propósito, a jurisprudência ASJP “deixou poucas dúvidas de que a era das reivindicações do tipo “Solange” foi superada com a entrada em vigor da Carta”⁵², relevando mais um sinal da existência da tal carta constitucional que, formal e simbolicamente fora rejeitada aquando do malogrado projecto constitucional.

Mais do que uma oportunidade para o envolvimento do Tribunal na crise de Estado de direito da Polónia, foi reconstruído o escopo do Direito da UE, levando ao extremo⁵³ e demonstrando o quanto o TJUE está empenhado em defender o princípio da independência judicial para não esvaziar a rule of law, nem privar de efeito útil a confiança mútua nos valores estruturais da União. A independência dos órgãos jurisdicionais pode (e deve) ser uma arma ao serviço da efectividade das normas do direito da União e da proteção dos valores do Estado de direito nos ordenamentos jurídicos nacionais.

Referências bibliográficas

49 Koen Lenaerts (2018), op. cit.

50 Tem-se, igualmente, debatido se poderá ser uma condição para receber fundos da União. Sobre a questão, vide Thomas von Danwitz (2018). Values and the rule of law: Foundations of the European Union – an inside perspective from the ECJ, Potchefstroom Electronic Law Journal 21.

51 Matteo Bonelli e Monica Claes (2018), op. cit., p. 636

52 Danwitz, Thomas von (2018), op. cit.,

53 Neste sentido, Matteo Bonelli e Monica Claes (2018), op. cit., p. 623.

Bertrand, Joris (2018). *The Rule of Law in Poland and the European Arrest Warrant: A Blessing in Disguise?*, Oxford Human Rights Hub. Disponível em <https://ohrh.law.ox.ac.uk/the-rule-of-law-in-poland-and-the-european-arrest-warrant-a-blessing-in-disguise/>.

Bogdandy, Armin von, Piotr Bogdanowicz, Iris Canor, Maciej Taborowski e Matthias Schmidt (2018). *A Potential Constitutional Moment for the European Rule of Law – The Importance of Red Lines*. *Common Market Law Review* 55, 1–14.

Bonelli, Matteo e Monica Claes (2018). *Case Note: Judicial serendipity: how Portuguese judges came to rescue the Polish judiciary*. *European Constitutional Law Review* 14(3), 622-643.

Coli, Martina (2018). *Article 7 TEU: From a Dormant Provision to an Active Enforcement Tool?*. *Perspectives on Federalism* 10(3), 272-303.

Coli, Martina (2018). *The Associação Sindical dos Juizes Portugueses judgment: what role for the Court of Justice in the protection of EU values?*. *Diritti Comparati, Working Papers*. Disponível em <http://www.diritticomparati.it/associaac%CC%A7a%CC%83o-sindical-dos-juizes-portugueses-judgment-role-court-justice-protection-eu-values/>.

Danwitz, Thomas von (2018). *Values and the rule of law: Foundations of the European Union – an inside perspective from the ECJ*, *Potchefstroom Electronic Law Journal* 21. Disponível em <https://journals.assaf.org.za/index.php/per/article/view/4792/6602>.

Duarte, Mariana Carmo (2018). *Hungria: O Estado de Direito em Crise?*. *Revista Portuguesa de Ciência Política* 9, 13-30.

Frąckowiak-Adamska, Agnieszka (2018). *Mutual trust and independence of the judiciary after the CJEU judgment in LM – new era or business as usual?*. *EU Law Analysis*. Disponível em <http://eulawanalysis.blogspot.com/2018/08/mutual-trust-and-independence-of.html>.

Gostyńska-Jakubowska, Agata (2018). *Time to let the rule of law in Poland have its day in court*. *Insight, Centre for European Reform*. Disponível em <https://cer.eu/insights/time-let-rule-law-poland-have-its-day-court>.

Kochenov, Dimitry e Petra Bard (2018). *Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU: The Pitfalls of Overemphasising Enforcement*. *Reconnect Working Papers (Leuven) no. 1*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3221240>.

Lenaerts, Koen (2009). *Le Traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union*. *Cahiers de Droit Européen* 45 (5-6), 711-745.

Lenaerts, Koen (2018). *'The Court of Justice and national courts: a dialogue based on mutual trust and judicial independence'*, discurso no Supremo Tribunal Administrativo de República da Polónia, Varsóvia. Disponível em www.nsa.gov.pl/download.php?id=753&mod=m/11/pliki_edit.php.

Michelot, Martin (2018). *How Can Europe Repair Breaches of the Rule of Law?*, Jacques Delors Institute, Policy Paper n.º 221. Disponível em <https://institutdelors.eu/wp-content/uploads/2018/04/BreachesoftheRuleofLaw-Michelot-March18.pdf>.

Niklewicz Konrad (2017). Safeguarding the rule of law within the EU: lessons from the Polish experience, *European View* 16, 281-291.

Ovádek, Michal (2018). Has the CJEU just Reconfigured the EU Constitutional Order?, *Verfassungsblog*. Disponível em <https://verfassungsblog.de/has-the-cjeu-just-reconfigured-the-eu-constitutional-order/>.

Pech, Laurent e Patryk Wachowiec (2019). 1095 Days Later: From Bad to Worse Regarding the Rule of Law in Poland (Part I). *Verfassungsblog*, Disponível em <https://verfassungsblog.de/1095-days-later-from-bad-to-worse-regarding-the-rule-of-lawin>

Pignarre, Pierre-Emmanuel (2018). Does the end justify the means?, *Robert Schuman Initiative Blog*. Disponível em <https://rsiblog.blogactiv.eu/2018/06/27/does-the-end-justify-the-means-by-pierre-emmanuel-pignarre/>;

Ramos, Rui Moura (2004). A reforma institucional e a Constituição Europeia. In Instituto Europeu da Faculdade de Direito de Lisboa, British Council, Goethe –Institut Lissabon, Institut Franco-Portugais, Uma Constituição para a Europa - Colóquio Internacional de Lisboa, Maio de 2003, Almedina (pp. 113-119).

Silveira, Alessandra, Pedro Froufe, Sophie Perez, Joana Abreu (2018). União de direito para além do direito da União – as garantias de independência judicial no acórdão Associação Sindical dos Juízes Portugueses. *Jugar Online*, disponível em <http://jugar.pt/uniao-de-direito-para-alem-do-direito-da-uniao-as-garantias-de-independencia-judicial-no-acordao-associacao-sindical-dos-juizes-portugueses/>.

Taborowski, Maciej (2018). CJEU Opens the Door for the Commission to Reconsider Charges against Poland. *Verfassungsblog*. Disponível em <https://verfassungsblog.de/cjeu-opens-the-door-for-the-commission-to-reconsider-charges-against-poland/>.

Recebido em: 02.03.2020
Aprovado em: 31.04.2020

Universidade Finis Terrae
Chile

Volume 1, Número 1,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt

Los jueces constitucionales, la política y la deferencia judicial¹

Constitutional judges, politics and judicial deference

Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño²

Sumário: Resumen; 1. El origen del conflicto; 2. El juez constitucional y las cuestiones políticas; 3. ¿Existen diferencias entre el Derecho y la Política, en relación a la justicia constitucional?; 4. El juez constitucional y las cuestiones políticas.; 5. Los problemas de la intervención del juez constitucional en un conflicto puramente político; 6. La influencia de la doctrina en esta materia; 7. La deferencia judicial; 8. Cómo debiera operar la deferencia razonada; 9. Críticas a la deferencia judicial (y posibles respuestas); 10. Conclusiones; 11. Bibliografía.

Resumen: Cuando el juez constitucional impone mediante sus sentencias una determinada ideología, en perjuicio de las demás que se batan legítimamente en el juego democrático, no sólo ignora las diferencias esenciales entre Política y Derecho, sino que compromete las competencias del Parlamento y, en definitiva, la autonomía política de la sociedad. Frente a ello, la doctrina de la deferencia judicial nos recuerda las limitaciones de la jurisprudencia y doctrina constitucionales como herramientas de solución frente a los problemas políticos y la importancia de preservar la función propia y distintiva del Derecho Constitucional.

Palabras Clave: activismo judicial; deferencia judicial; juez constitucional; Parlamento; Política; Derecho.

Abstract: When the constitutional jury impersonates through its sentences a certain ideology, in detriment of others that are legitimately battling democratic democracy, it does not ignore the essential differences between Politics and Derecho, a bell that compromises the competences of Parliament and, finally, the political autonomy of society. In the face of it, the doctrine of judicial deference in the limits of jurisprudence and constitutional doctrine as tools of solution in the face of political problems and the importance of preserving the proper and distinctive function of the Constitutional Derecho.

Palabras Clave: judicial activism; judicial deference; constitutional juez; Parliament; Policy; Derecho.

¹ El presente artículo corresponde a una versión revisada del publicado en el año 2013, bajo el mismo título, en: *Derecho Público Iberoamericano* (2), pág. 67–101.

² Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; Magister en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Chile; Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela, España. Profesor de Derecho Constitucional y Político en la Universidad Finis Terrae, en Santiago de Chile.

“I always say, as you know, that if my fellow citizens want to go to Hell, I will help them. It’s my job”.

OLIVER WENDELL HOLMES

1. El origen del conflicto

En el derecho constitucional contemporáneo, el control de constitucionalidad de las leyes, a cargo de un juez, se ha asentado de manera más o menos indiscutida en las principales vertientes de la cultura jurídica occidental — desde su origen, en el caso del derecho norteamericano, y desde la introducción de los tribunales constitucionales kelsenianos, en el caso de Europa continental—, con el objeto de garantizar la preeminencia jurídica de la Constitución frente al resto del ordenamiento jurídico, en particular frente a la ley parlamentaria. Hace mucho que dicho control ya no se limita sólo a la función de impedir la aprobación de una norma legal inconstitucional, o su aplicación a un caso concreto, sino que éstos jueces han devenido, progresivamente, en verdaderos legisladores positivos, que inciden creativamente en la tarea del legislador³. La jurisprudencia de estos tribunales se ha convertido, casi a la par con la propia Constitución, en la fuente más importante de derecho público, con innegable impacto en todo el ordenamiento jurídico⁴. Por otro lado, sin embargo, aunque ya sin la posición suprema que ostentaban en el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, los Parlamentos siguen siendo considerados los órganos político-democráticos por excelencia, destinados a producir, mediante competencias constitucionales específicas, la normativa legal que expresa las decisiones políticas libremente adoptadas por la ciudadanía⁵.

En estas condiciones, la posibilidad de conflicto entre ambas instituciones, y la necesidad de teorizar respecto de la deferencia judicial, se originan en la posición institucional del juez de lo constitucional. Tanto en el esquema norteamericano como en el de la justicia constitucional continental europea, ese juez es quien tiene la última palabra en lo que se refiere a la interpretación de la Carta fundamental; la Constitución “es lo que el juez dice que es”. Aunque esto entrega a dichos tribunales una enorme

3 Ver al respecto, Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo”, p. 50; e Ignacio DE OTTO y PARDO, “Derecho Constitucional”, pp. 287-288

4 PEREIRA MENAUT afirma al respecto que el panorama ha cambiado tanto en los países de la corriente jurídica europeo-continental que “Constitución” y “jurisprudencia” (al menos, jurisprudencia constitucional, como aclara el autor) son dos conceptos que van de la mano, hasta tal punto que “ya casi no se concibe vida constitucional sin una jurisdicción, especializada o no”. Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, *Teoría Constitucional*, p. 203.

5 Obsérvese como ya LOCKE señalaba esa importancia en las siguientes líneas: “...Si la esencia y unión de la sociedad consiste en poseer una sola voluntad, el legislativo, una vez ha sido constituido por la mayoría, es el que se encarga de dar a conocer y mantener esa voluntad. La constitución del legislativo es el acto primero y más fundamental de la sociedad, por el cual se garantiza la continuación de esa unión bajo la dirección de ciertas personas y manteniendo los lazos de las leyes que han hecho las personas que están autorizadas para ello, contando con el consenso y la designación expresa del pueblo. Sin esto, ningún hombre o grupo de hombres puede disponer de la autoridad precisa para hacer las leyes que obliguen a los demás”. John LOCKE, *Dos Ensayos sobre el Gobierno Civil*, p. 360.

e importantísima función⁶, también aumenta el riesgo del “gobierno de los jueces”⁷.

Frente a este panorama, el presente trabajo intentará abordar los principales aspectos de la doctrina de la “deferencia judicial”, que ha emprendido la tarea de delimitar el alcance del control ejercido por los jueces constitucionales sobre las leyes, para asegurar un grado de autonomía al Legislador en el ejercicio de sus competencias⁸. Para ello, recurriremos tanto a autores de la vertiente europeo-continental como de la norteamericana, en consideración a que la conducta de los Tribunales Constitucionales frente a la ley se asemeja, en muchos aspectos, a la judicial review de los tribunales estadounidenses⁹. La doctrina y jurisprudencia norteamericana fueron las primeras en abordar las cuestiones de la deferencia y el activismo judicial¹⁰.

Nosotros partimos de la base que el control judicial de las leyes es algo necesario, por lo cual sería un error considerar a nuestro planteamiento como antijudicialista¹¹. El constitucionalismo debe su nacimiento y desarrollo –en su primera etapa, primero en Inglaterra y luego en Estados Unidos- a los jueces, quienes intervinieron en esta cuestión mucho antes que el legislativo en defensa de los derechos y libertades de

6 El propio THAYER reconocía en la conclusión de su propuesta que los árbitros últimos de lo que es racional y permisible son siempre, de hecho, las Cortes, en tanto los casos litigiosos lleven la respectiva cuestión de constitucionalidad ante ellas. THAYER cita a HOLMES quien a su vez transcribe la antigua opinión de un obispo inglés, en el sentido de que “quien ostenta una autoridad absoluta para interpretar alguna ley escrita o dicha, es verdaderamente y para todos los efectos el legislador, y no la persona que primero la escribió o dictó”. THAYER, op. cit., p. 152.

7 Aunque muchos afirman que la expresión “gobierno de los jueces” es un tanto exagerada –que lo es, efectivamente, si se está pensando en un gobierno al modo del poder Ejecutivo– creemos que la expresión busca reflejar, usualmente, la intervención del juez constitucional en aquellas decisiones políticas más importantes o trascendentes, que son usualmente las que van acompañadas de mayor polémica. Para ver una crítica al alcance que puede alcanzar la intervención del juez en las diferentes cuestiones de la vida social norteamericana, ver David BARTON, *Restraining Judicial Activism*, 1ª Ed., 2da. reimpresión, Texas, WallBuilder Press, 2012.

8 Estamos conscientes de que, en el Derecho público contemporáneo, el poder Ejecutivo tiene, en muchos países, amplias facultades colegisladoras, cuando no el control casi total de la agenda legislativa del Parlamento, además de la posibilidad de dictar legislación delegada. Por ello, las reflexiones contenidas a continuación son aplicables en general, mutatis mutandi, a cualquiera de los poderes político-representativos cuando, sea unitariamente o como colegisladores, emiten normas de tipo legislativo y se encuentran enfrentados a la posibilidad de un control de orden constitucional.

9 Ver al respecto Mirjan R. DAMASKA, *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*, Santiago, Editorial Jurídica, 2000, p.120; John H. MERRYMAN, *Sistemas legales en América Latina y Europa. Tradición y Modernidad*, p. 260. El problema del control judicial de constitucionalidad, por otra parte, requiere de la existencia de una constitución escrita y rígida y, obviamente, un juez destinado a controlarla, aspecto en que también el constitucionalismo continental se asemeja al derecho norteamericano sólo a partir de la creación de los tribunales constitucionales kelsenianos.

10 En efecto, el artículo de THAYER que será citado en este trabajo es del año 1893; en tanto, el término “activismo judicial”, de acuerdo a la doctrina norteamericana, aparece formulado por vez primera –aunque en un magazine– en un artículo de la Revista Fortune de enero de 1947. Adviértase que nos referimos a la formulación de estos conceptos, no a su práctica judicial.

11 El antijudicialismo es un extendido principio dentro del derecho continental europeo, que pretende separar al juez común del conocimiento de las materias de derecho público y que tuvo su origen en la doctrina política que fundamentó la Revolución Francesa. Su expresión más clara es, precisamente, la existencia de tribunales especiales para dichas materias: los tribunales contencioso administrativos y los tribunales constitucionales de estilo kelseniano. Dicho principio se contraponen al típico principio de unidad de jurisdicción, propio del Common law inglés y norteamericano. Véanse PEREIRA MENAUT, *Teoría Constitucional*, p. 200 y ss. y Alexis de TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, Madrid, Akal, 2007, p. 143.

los ciudadanos¹². Cosa muy distinta es, sin embargo, olvidar que el objetivo primario del Constitucionalismo –la limitación del poder por medio del Derecho, afirmando una esfera de derechos y libertades a favor de los ciudadanos¹³-- también resulta aplicable al propio juez constitucional. Por tanto, sus potestades también están sujetas a límites constitucionales, en virtud de los cuales no puede ejercer su actividad jurisdiccional poniendo en peligro las competencias asignadas a las demás ramas gubernamentales, ni la autonomía política de la propia sociedad.

2. El juez constitucional y las cuestiones políticas.

Como es sabido, lo Constitucional se encuentra a medio camino de lo Político y Jurídico, dada, por una parte, la necesaria presencia en esta disciplina de determinadas opciones filosófico-políticas que actúan como su fundamento y marco¹⁴; y, por otra, la materia sobre la cual nuestra disciplina trabaja, esto es, la relación entre el poder y el Derecho. PEREIRA MENAUT señala al respecto que una Constitución apolítica (sólo jurídica) “es una contradictio in terminis...el sentido común nos recuerda que no hay ninguna magna carta apolítica ni debe haberla. No hay forma de emitir un juicio de constitucionalidad o inconstitucionalidad sin hacer, en alguna medida, un juicio político, pues la naturaleza de la Constitución es tan política como jurídica”¹⁵. Es indiscutible que las cuestiones sometidas a la jurisdicción constitucional son de carácter político, y que las decisiones del Tribunal Constitucional pueden tener, en ciertas circunstancias, extraordinarias e importantísimas consecuencias políticas y pueden alterar, en una medida muy sensible, el juego político de la Nación”¹⁶. En definitiva, “cuando un Tribunal Constitucional actúa en una disputa de Derecho Político, el elemento político, bajo ropajes jurídicos, se convierte en el objeto principal de la decisión judicial”¹⁷.

Si lo anterior dificulta --aunque no imposibilita-- la correcta apreciación de la conducta del juez constitucional, debe considerarse, además, el contemporáneo descrédito de la Política como forma de resolver los problemas de la vida en comunidad; problema contingente que ha llevado a algunos a recurrir a los órganos jurisdiccionales como tabla de salvación del debate público. El aparente fracaso del

12 PEREIRA MENAUT, Teoría Constitucional, p. 194. En efecto, de acuerdo a este autor, al comienzo “no hubo más constitucionalismo que el judicial y que los jueces tuvieron gran importancia y jugaron un destacado papel aún desde su prehistoria en la Edad Media”. Agrega que la famosa Carta Magna de 1215 no se ocupa prácticamente ni del legislativo ni del ejecutivo, pero sí de la judicatura y de la administración de justicia, como se advierte de sus artículos 24, 38, 39 y 40.

13 PEREIRA MENAUT, Teoría Constitucional, p. 5

14 Nos referimos a asunciones tales como “los hombres son libres e iguales”, “los hombres tienen derechos connaturales”, “el poder público está al servicio de las personas”, “el poder público debe ser controlado”, etc., que son los presupuestos filosóficos de origen liberal que aparecen en el siglo XVIII y que dieron origen tanto a la Política como al derecho constitucional, tal como los conocemos hoy en día.

15 PEREIRA MENAUT, Teoría Constitucional, p. 238. Aunque cabe aclarar que este autor no se refiere a la “ideologización” de la Constitución o del juez constitucional, que trata en un apartado distinto.

16 Gerhard LEIBHOLZ, “El Tribunal Constitucional Federal Alemán y el problema de la apreciación judicial de la Política”, p. 90.

17 LEIBHOLZ, “El Tribunal Constitucional...”, p. 90.

sistema político en procesar determinadas demandas de la ciudadanía se convierte en un potente argumento para invitar a la autoridad judicial a expandir sus competencias más allá de los límites que le han sido previamente establecidos”¹⁸. Así por ejemplo, el fenómeno jurídico-político denominado por GLENDON como “la revolución de los derechos” ha producido en EE.UU. un desinterés respecto de la Política, los partidos y el Parlamento como los lugares para resolver las cuestiones de interés público, en favor de los tribunales de justicia y sus sentencias:

“la idea tradicional de que, salvo que el texto constitucional o la tradición indiquen claramente lo contrario, las personas deben resolver los problemas difíciles y polémicos por conducto de sus representantes de elección popular, comenzó a desgastarse [...] a medida que [en EE.UU.] el sistema de partidos fue víctima de grandes grupos de intereses, altamente organizados y bien financiados, la política ordinaria comenzó a parecer inútil a la par que fastidiosa, socialmente estéril y al mismo tiempo insatisfactoria desde el punto de vista personal”¹⁹.

Nosotros no pretendemos confirmar o negar los problemas que eventualmente aquejan a la Política --aunque esto podría ser objeto de discusión--, sino simplemente cuestionar el supuesto, extendido en cierta doctrina legal, de que un sobrerreforzamiento del juez constitucional frente a los poderes colegisladores, o una primacía apresurada de la Constitución frente al resto de las fuentes del derecho, sean la solución más adecuada para enfrentar los desafíos políticos de las sociedades contemporáneas. Puede que el remedio jurisdiccional, utilizado para solucionar esos problemas, tenga los mismos o peores defectos que el arte de lo posible, sin que este demostrado que tenga iguales o mejores virtudes.

3. ¿Existen diferencias entre el Derecho y la Política, en relación a la justicia constitucional?

Si el juez deja el campo del Derecho –aplicando normas jurídicas preexistentes, aunque tengan un cierto contenido filosófico político–, e invade el de la Política, escogiendo e imponiendo, en la práctica, alguna de entre las diversas ideologías o intereses legítimos que se baten en el campo de ésta, se introduce en un ámbito que compartiendo muchos rasgos con el primero²⁰, también se distingue por cuestiones importantes, que son las que justifican la existencia de una disciplina distinta a la jurídica. Expuestas de manera muy esquemática²¹, entre éstas diferencias destaca,

18 En este sentido, Peter H. SCHUCK, “El Poder Judicial en una Democracia”, p. 170.

19 GLENDON, “El Lenguaje ...”, p. 84.

20 PEREIRA MENAUT señala al respecto que Política y Derecho comparten la común superficialidad (esto es, tanto la necesidad de apoyarse en otros supuestos personales y sociales que escapan a su alcance, como la imposibilidad de hacer al hombre bueno o feliz); la resolución no violenta de conflictos de ideologías o intereses discrepantes; el carácter de ciencias prácticas, ciencias de la realidad, no teóricas como la lógica; el sujeto que las practica, esto es, la persona libre con inteligencia racional y conciencia moral; y ciertas materias que interesan tanto al Derecho como a la Política: la libertad, el orden, los derechos, la legitimidad y, en definitiva, el Constitucionalismo. Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, Política y Derecho, pp. 60-61.

21 Para profundizar sobre este interesante tema se recomiendan las dos obras del profesor PEREIRA MENAUT citadas en este trabajo, cuyos detalles se encuentran en la bibliografía: Doce tesis sobre la Política y Política y Derecho.

en primer lugar, la forma de resolver los conflictos de interés. En el caso del ámbito jurídico, lo usual es la adjudicación por un juez en favor de aquella posición o interés de las partes que más se ajusta a Derecho (es decir, a la norma preexistente), descartando la que no encuentra ese fundamento. Ello explica, además, la eficacia comparativa del proceso jurisdiccional, dado que éste se basa en una suerte de reduccionismo cognitivo, que es una de sus características más llamativas: en el abordaje del problema sujeto a su conocimiento, no se considera a toda la comunidad política, sino sólo a las partes del proceso; ni se considera toda la realidad o las alternativas de solución, sino que sólo aquella parte del problema presentada por los litigantes y que ha sido sometida a conocimiento jurisdiccional, en lo que resulta relevante para resolver la cuestión litigiosa como tal.

En el caso de la Política, por el contrario –y, desde luego, en un marco democrático–, no existe ni puede existir en la sociedad una sola visión sobre el bien común²². Si éstas respetan los mínimos del Estado de Derecho, no hay ni debiera haber normas que determinen de antemano cual de esas visiones debe imponerse sobre las demás. Dentro del marco de lo constitucional, todas las diversas visiones sobre lo público son legítimas, y la competencia democrática, así como la negociación entre esos distintos enfoques resulta normal y esperable. Ese proceso concluye en la creación del derecho legal, que juridifica la solución política adoptada de cara a la ciudadanía –en nombre de ella–, mediante el procedimiento legislativo democrático²³.

Son estos aspectos los que convierten al proceso político en lento, engorroso y eventualmente, poco satisfactorio –al menos desde una perspectiva eficientista– dado que lo usual es que dicho proceso logre, a lo más, soluciones de compromiso. Ése es, sin embargo, el precio que implica en nuestras democracias el generar normas de derecho que gocen de legitimidad democrática y eficacia social, respetando al mismo tiempo la autonomía e igualdad política de todos los ciudadanos²⁴, la presentación de sus diversas visiones sobre la cosa pública y, sobre todo, la libertad política para debatir y decidir por aquella de estas visiones que parezca acercarse de mejor manera

22 Ya ARISTÓTELES consideraba que la comunidad política no puede ser una unidad –es decir, una comunidad sin pluralidad de intereses y aspiraciones–, pues la unidad forzada convertiría a la ciudad en una familia y a ésta en una persona sola, destruyendo la ciudad. “Lo que se ha considerado como el mayor bien en las ciudades en realidad las destruye. Sin duda, el bien de cada cosa es aquello que la preserva”. ARISTÓTELES, *Política*, 1261a y 1261b, pp. 99-100.

23 LEIBHOLZ señala al respecto que las controversias políticas puras, en contraposición a los litigios jurídicos sobre materias políticas, son conflictos que no pueden ser resueltos por la mera aplicación de normas jurídicas, ya que en ellos se trata de una pugna, no por la aplicación del Derecho establecido, sino acerca de cuál debiera ser el contenido de ese Derecho, esto es, acerca de la creación del Derecho. Tales cuestiones, señala este autor, “no pierden su carácter político, a pesar de la fraseología y el aparato jurídico con que pueden ser tratadas. Por lo tanto, su solución jurisdiccional acarrearía graves perjuicios a la justicia y no contribuiría en nada al mejoramiento del juego político”. LEIBHOLZ, “El Tribunal Constitucional...”, p. 92. Los destacados son nuestros.

24 WALDRON, *Derecho y Desacuerdos*, p. 265, recuerda que, en las teorías políticas basadas en derechos, los sistemas jurídicos se fundan típicamente en la soberanía popular (aunque sea de forma indirecta), así que hay un compromiso teórico con la propuesta de que aquellos que poseen los derechos en cuestión, sean también en principio capaces de pensar cómo utilizarlos adecuadamente. Agrega que la teoría liberal de los derechos naturales –en el sentido lockeano– todavía se predica sobre la asunción de que es tan seguro confiar dichas decisiones a individuos comunes como confiarlas a cualquier otro, y que es mucho más seguro en su conjunto confiarlas a personas naturales.

al Bien Común²⁵. Los problemas sociales son multiformes y multicausales: presentan diversas facetas, así como distintas fórmulas de solución. Por ello, el proceso de decisión política atiende de mejor manera esa diversidad de ángulos y visiones, permitiendo también, de mejor forma, su análisis en el foro público.

En segundo término, el Derecho se separa de la Política en su relación con la imparcialidad. Como señala PEREIRA MENAUT, la Política, aunque sea altruista, persigue sus metas con criterios partidistas, que no todos los afectados comparten, ni es posible que compartan al cien por ciento. El Derecho, aunque pueda no tener la misma altura de miras, necesariamente ha de impartirse con imparcialidad, o de lo contrario dejará de ser Derecho²⁶; requisito que, ciertamente, también resulta plenamente aplicable a la jurisdicción constitucional.

En tercer lugar, es característica del proceso político la participación de los propios ciudadanos, sea directamente o a través de sus representantes, en la creación de las normas que se estiman más apropiadas a los problemas comunes que afectan a la sociedad. En el Derecho, en cambio, la decisión siempre pertenece a un tercero, el juez, de quien se espera una posición equidistante de los intereses de las partes, con el objeto de fallar con imparcialidad²⁷.

Finalmente, nos parece que es característica de la Política el razonamiento finalista. Sus operadores escogen éste o aquel medio para lograr un determinado resultado, en razón del fin social o político que se persigue²⁸. El Derecho, en cambio, no puede aplicarse de forma finalista. La labor del juez está sujeta de forma esencial al derecho preexistente que debe aplicar. Un buen juez debiera limitarse a verificar si el comportamiento político que debe juzgar se ajusta o no al derecho vigente, sin caer en la tentación de buscar el logro, a través de su sentencia, de algún objetivo social o político, por bueno que éste sea, o de evaluar ese comportamiento en razón de su eficacia para alcanzar aquel fin²⁹.

Estas diferencias explican también las relaciones que se traban entre Derecho

25 WALDRON resume este punto señalando que las leyes son el producto de un complejo proceso deliberativo que toma en serio el desacuerdo, y tienen pretensión de autoridad sin intentar ocultar, por ello, la controversia y la división que envuelve su aplicación. Una asamblea legislativa tiene la función de representar las principales facciones de una sociedad y la de elaborar leyes tomando en serio las diferencias entre ellas, en lugar de pretender minimizarlas o negar su existencia. Concluye ese autor que “las leyes son esencialmente, y no sólo casualmente, el producto de asambleas amplias y polifónicas” (el destacado es nuestro). WALDRON, *Derecho y...*, pp. 18 y 36.

26 PEREIRA MENAUT, *Política y...*, p. 61. Obsérvese sin embargo que, como señala este autor, las leyes, como productos del Parlamento, admiten una cierta dosis de política sin dejar de ser tales, pues reflejan el producto de los acuerdos políticos alcanzados en el Parlamento. En el ámbito jurisdiccional, por el contrario, una sentencia de sesgo “político” o parcial sería una aberración.

27 WALDRON señala al respecto que la distinción de un tribunal, respecto del Parlamento, radica en la diferenciación entre las partes del proceso y aquel que toma la decisión, el juez. El juez escucha los alegatos de las partes, luego se retira y reflexiona sobre ellos, regresando con un veredicto que se supone representa una respuesta imparcial a las peticiones contradictorias del mismo. En el Parlamento en cambio, incluso en los casos en que éste actúa como una comisión parlamentaria, sus miembros nunca intentan esconder que, cuando actúan, son parte implicada en el asunto que conocen; e incluso antes de la democracia, los Parlamentos se entendieron siempre como una forma de generar derecho por el pueblo y desde el pueblo, no desde una autoridad superior. WALDRON, *Derecho y...*, pp. 32 y 69-70.

28 OTTO y PARDO, “Derecho Constitucional”, p. 289

29 OTTO y PARDO, “Derecho Constitucional”, p. 289 habla de la sujeción del juez a la norma y a lo que denomina “reglas de aplicación” para justificar su argumentación, esto es, criterios técnicos de fundamentación tenidos como válidos en nuestra disciplina.

y Política. Según PEREIRA MENAUT, el Derecho implica, de cara a la Política, freno, control y limitación; lo que abre la puerta a otra gran diferencia entre ambos: la Política impulsa, propone, innova, es expansiva; el Derecho frena el poder, lo sujeta, lo encauza, recorta el alcance de su actuación y procedimientos. Si la actividad política limita el poder, el Derecho limita a la actividad política³⁰. LEIBHOLZ, por su parte, expresa que

“[E]n la estructura tipológica ideal [de la justicia constitucional] existe una contradicción interna, final e insalvable, entre la Ciencia de lo político y la de lo jurídico. Esta contradicción se explica porque, según su esencia misma, la Política está aprisionada en una esfera dinámica e irracional y trata de acomodarse a las siempre cambiantes condiciones reales de la vida; en cambio, el Derecho, en su estructura esencial fundamental, es un ente estático y racional que trata de sujetar y controlar las fuerzas vitales que intentan constantemente expresarse e imponerse dentro del campo político”³¹.

El Derecho Constitucional, en síntesis, cumple el valioso papel de establecer un marco jurídico objetivo que permita el sano funcionamiento de la Política —esto es, fundamentalmente, la discusión, la libre elección y, en su caso, la composición o acuerdo entre las distintas posiciones ideológicas o sociales—, sin que la dinámica expansiva de ésta termine destruyendo el propio debate democrático o incluso los derechos y libertades de las personas. El juez al cuidado de este marco debiera mantener una estricta neutralidad frente a las opciones políticas en juego. Es la ciudadanía la que debe escoger entre éstas, no el juez.

5. Los problemas de la intervención del juez constitucional en un conflicto puramente político

Sin embargo, una cosa es encauzar la Política mediante el Derecho y otra, totalmente distinta, es reemplazar a la primera por el segundo. De ahí puede advertirse el sentido que tiene entregar los asuntos jurídico-constitucionales a un juez imparcial, que cuenta con el imperio y las técnicas para determinar e imponer la visión más ajustada a la legalidad constitucional; y los asuntos políticos, en cambio, a una asamblea parlamentaria, donde los distintos puntos de vista de la sociedad están representados y pueden dialogar con pie de igualdad. En tanto no vulnere preceptos constitucionales, la Política debiera moverse de manera más o menos libre.

¿Qué sucede cuando no se respeta esa distinción? Cuando el juez juzga un asunto constitucional movido no tanto por un razonamiento imparcial, destinado a aplicar el derecho preexistente a la situación que examina, sino más bien por un

30 PEREIRA MENAUT, Política y..., p. 62.

31 LEIBHOLZ, “El Tribunal Constitucional...”, p. 90.

razonamiento finalista, iluminado por sus preferencias ideológicas personales³², su sentencia termina favoreciendo una determinada posición ideológica –la escogida por el juez–, descartando totalmente las demás en juego. Al respecto GLENDON señala, refiriéndose al “lenguaje de los derechos”: “en su forma simple [dicho discurso] es un lenguaje que no da lugar a soluciones de transacción. El ganador se lo lleva todo y el perdedor tiene que abandonar la ciudad. La conversación ha terminado”³³. Desde el punto de vista de la posición triunfadora, esto sin duda es una ventaja. Pero al perdedor –que indistintamente puede ser la mayoría o la minoría, o una ideología de cualquier signo– se le han cerrado todas las puertas del proceso democrático y no sería de extrañar un desencanto que, a la larga, puede ser muy peligroso para la subsistencia del sistema político³⁴.

Por otro lado, dicha solución –que, en definitiva, es una solución política– carece de toda legitimidad democrática³⁵. Mientras que la participación de todos los ciudadanos³⁶, y la presentación de sus diversos puntos de vista en igualdad de condiciones³⁷, forma parte esencial de cualquier proceso político, la solución de un problema político a través de las herramientas jurisdiccionales, posterga la participación de la mayoría de los ciudadanos –los intervinientes son sólo los “litigantes”– y la contienda se reduce a un enfrentamiento entre los argumentos técnicos e intereses del demandante y los del demandado; los que, además, serán ponderados y dirimidos, como se dijo antes, por un tercero. Una determinada decisión judicial respecto de cualquier cuestión política o social carece por ello de la legitimación democrática y la amplitud de miras necesaria para abordar el

32 ZÚÑIGA URBINA, “Tribunal Constitucional. Problemas de posición y legitimidad en una democracia constitucional”, p. 271, señala que, aun cuando el Tribunal Constitucional resuelve conflictos políticos, sean conflicto de normas o conflicto de reparto de poderes, y por ende la naturaleza del conflicto de poderes es jurídico-política, ello no significa que el órgano de heterocomposición del conflicto sea político, o que el control sea político; muy por el contrario, el control de constitucionalidad por ser control jurídico o jurisdiccional, posee límites asociados a la naturaleza del control y del proceso, como también del órgano que lo ejerce: un tribunal. El destacado es nuestro.

33 GLENDON, “El lenguaje...”, p. 88.

34 No obstante lo cual –o tal vez precisamente por esto– muchos acuden a la justicia constitucional con el preciso fin de ganar por secretaría aquello que no pudo imponerse en el juego democrático. Ver al respecto apartado N° 8 de este trabajo.

35 Aunque desde un punto de vista jurídico también hay grandes inconvenientes. GUZMÁN BRITO, *El derecho privado constitucional de Chile*, p. 77, critica que la preeminencia excesiva del derecho constitucional –el fenómeno conocido como la “constitucionalización del derecho”–, ha producido el desbaratamiento del sistema dogmático de las diferentes ramas del derecho y el cambio de los fundamentos de nuestra disciplina, la cual deja de estar constituida principalmente por la ley y se transforma en una formulada por los jueces.

36 Ya ARISTÓTELES, *Política*, 1261a, señalaba, como una de las más importantes consecuencias de la igualdad en materia política, la alternancia en el poder: “...entre libres e iguales...no es posible que todos gobiernen simultáneamente, sino por turnos de un año o por algún otro ordenamiento temporal...es evidente que sería mejor que gobernasen siempre los mismos, si ello fuera posible. Pero en aquellos casos en los que eso no es posible, debido a que todos son iguales por naturaleza, es justo, sea el gobernar bueno o malo, que todos participen de él; esto es lo que se trata de imitar al cederse los iguales por turno el poder y considerarse como semejantes fuera de su cargo. Pues unos gobiernan y otros son gobernados por turno, como si se volvieran otros. De la misma manera, de entre quienes gobiernan, unos ocupan un cargo y otros otro”.

37 WALDRON, *Derecho y...*, p. 284 y ss. señala que el poder legislativo casi siempre reside en grandes asambleas parlamentarias, estructuradas de un modo tal que representan (o pretenden representar) a la mayor cantidad de ciudadanos y los desacuerdos más serios y sustantivos que existen en la sociedad respecto de la manera en que esta sociedad debe ser organizada. La principal razón de ello es que las decisiones adoptadas en el foro político afectaran directamente a los propios derechos e intereses de quienes participan en él.

problema tratado³⁸. Los característicos requisitos procesales y sustanciales propios de la jurisdicción constitucional, así como los resultados esperables de su actuación, constituyen dificultades objetivas que, no obstante encontrar debida justificación en un ámbito propiamente jurídico, empobrecen la solución de un determinado conflicto político al limitar el acceso y libre juego de los distintos puntos de vista sobre las cuestiones públicas.

Obsérvese, por último, cómo la posibilidad de lograr cambios políticos a través de la actividad jurídico-constitucional termina convirtiendo a los jueces en los verdaderos responsables del cambio social. Al respecto PEREIRA MENAUT señala la inconveniencia de esta opción, pues se termina acusando a los jueces de conservadores, si no dan lugar a los cambios solicitados, o de activistas, por interferir en las decisiones que corresponden a los poderes Ejecutivo y Legislativo, si lo hacen³⁹.

Sin embargo, numerosos autores alientan al juez, de forma más o menos directa, a salirse de sus competencias. Es lo que veremos a continuación

6. La influencia de la doctrina en esta materia

En efecto, numerosas teorías insisten en dar una amplia cobertura a la labor del juez, invitándolo directa o indirectamente a salirse del ámbito de sus atribuciones. Pero esto pocas veces se hace de forma directa. Lo usual es la presentación de argumentaciones que intentan justificar las elecciones subjetivas y arbitrarias del juez como el resultado de un prístino razonamiento jurídico. En el caso del derecho constitucional norteamericano, y ejemplificando con autores como DWORKIN, POSNER acusa de esto a las teorías que insisten en que aun el más difícil o indeterminado problema legal tiene una respuesta constitucional correcta. Si esto es así, es natural pensar que es el juez quien debe dar esa respuesta jurisdiccional que se estima correcta y que cualquier otra interpretación está fuera de la ley⁴⁰. Recordemos, también las duras críticas del juez A. SCALIA a la corriente interpretativa denominada “the living Constitution” (la Constitución viviente), enarbolada por quienes postulan la necesidad de hacer “interpretación evolutiva” de las normas constitucionales. Según ella, la Constitución, como todo ser vivo, va cambiando y debe ser leída a la luz de los nuevos tiempos. Pero esto favorece esa “arraigada tendencia que existe en todo juez” y que consiste en “identificar la mejor solución del caso con aquello que a él le parece lo más correcto desde sus propios valores éticos, religiosos o sociales. Esto

38 Por eso Konrad HESSE, “La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional”, p. 158, señala que, aún cuando puede diferenciar más cuidadosamente, facilita la adaptación a problemáticas cambiantes y puede satisfacer las exigencias de una justicia concreta y vinculada al caso, la jurisprudencia no puede desarrollar los mismos efectos racionalizadores y estabilizadores que una regulación legal clara. Por su parte, GUZMÁN BRITO, *El derecho privado...*, p. 77 no niega la posibilidad de efectuar cambios al sistema legal por razones de justicia, pero ello debe ser merced a los procedimientos previstos en el ordenamiento constitucional, que suponen una decisión política previa, tomada por los órganos competentes y formada de acuerdo con los cánones previstos, y no por los jueces a impulso de los abogados en los estrados. Entretanto ello no ocurra, “sigue correspondiendo al legislador formular las normas que otorguen la debida protección a los diversos derechos e incluso intereses en el modo adecuado a los principios”.

39 PEREIRA MENAUT, *Política y...*, p. 48.

40 POSNER, “The Rise and ...”, pp. 535-536.

no es legítimo, porque significa no aplicar la norma de la ley, sino la norma que al juez le gustaría que fuera ley”⁴¹.

En el derecho continental, en tanto, sucede lo mismo con algunas versiones del Neoconstitucionalismo, tendencia doctrinaria o movimiento⁴² que, de acuerdo a GARCÍA AMADO, se apoya en la existencia, en las Constituciones, de cláusulas de derechos fundamentales y mecanismos para su efectiva garantía, así como de cláusulas de carácter valorativo, que conforman la constitución material o axiológica y cuya estructura y forma de obligar y aplicarse es distinta de las de las “reglas” constitucionales comunes. Ese orden de valores o esa moral constitucionalizada poseen una fuerza resolutive tal como para contener una respuesta cierta o aproximada, de aplicación directa, para cualquier caso en el que se vean implicados derechos, principios o valores constitucionales. La labor de plasmar esas respuestas pertenece a los jueces en general y a los tribunales constitucionales en particular⁴³.

De esta manera, los jueces constitucionales se transformarían en suprainstancias judiciales y su labor de argumentación adquiriría tintes pretendidamente demostrativos, “puesto que no se trata de justificar opciones discrecionales, sino de mostrar que se plasma en la decisión la respuesta que la constitución axiológica prescribe para el caso”⁴⁴. ZÚÑIGA URBINA, por su parte, señala que la distinción entre reglas y principios de Robert ALEXANDER ha servido de excusa neoconstitucionalista para “armar edificios dogmáticos casi de la nada”, empleando para ello el de suyo escaso material normativo constitucional, “todo lo que se traduce en hacer política constitucional de signo ideológico conservador o neoliberal, y con ello activismo judicial”⁴⁵.

En este punto, no podemos dejar de lamentar que son precisamente estos los factores que, para cierta doctrina, otorgan a estas teorías el inconfesado atractivo de convertirlas en un “camino rápido” de solución a los problemas que ciertos autores creen identificar en la política contemporánea, ahorrándose las molestias del proceso democrático. Tal vez la afirmación más directa respecto de este punto la hace el profesor Roberto Mangabeira UNGER, quien afirma que uno de los inconfesables secretos de cierta doctrina legal contemporánea consiste, entre otras cuestiones, en un malestar o incomodidad con la democracia popular, las consiguientes prácticas o acuerdos contramayoritarios, que serían responsabilidad primordial de jueces y juristas y –sobre todo– en el esfuerzo por obtener de los jueces, bajo el pretexto de una interpretación avanzada, los avances que la política popular no puede entregar⁴⁶.

Dichos sectores doctrinarios olvidan sin embargo que, cuando se favorece la

41 CORRALTALCIANI, “Scalia: el juez de la Constitución ‘muerta’”. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/scalia-el-juez-de-la-constitucion-muerta/>. Fecha de consulta: 17 de marzo de 2020.

42 Decimos “tendencia” siguiendo a NÚÑEZ POBLETE, quien afirma que más que una doctrina, este movimiento se identifica con diversas evidencias y significaciones, entre las que se encuentran el crecimiento de las atribuciones de la judicatura constitucional, la institucionalización del derecho, la difusión de una concepción axiológica de los derechos constitucionales, la progresiva consolidación de ciertas metodologías de resolución de conflictos (tales como la ponderación), etc. Manuel Antonio NÚÑEZ POBLETE, “El Neoconstitucionalismo y el recurso a los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, p. 525.

43 Juan Antonio GARCÍA AMADO, “Sobre el Neoconstitucionalismo y sus Precursores”, p. 3

44 GARCÍA AMADO, “Sobre el Neoconstitucionalismo...”, p. 4.

45 ZÚÑIGA URBINA, “Tribunal Constitucional...”, p.268.

46 Roberto M. UNGER, *What Should Legal Analysis Become*; Londres, Verso, 1996, p. 72 (traducción propia). Énfasis nuestro.

intromisión de los jueces en materias políticas, lo que en realidad se beneficia no es un contenido ideológico determinado (sea éste conservador, liberal, de izquierda o derecha, etc.), sino la transferencia inconstitucional de competencias desde las autoridades político-representativas hacia el juzgador constitucional. Pero las competencias son, por definición, ideológicamente neutras (no así su uso) lo que explica que un tribunal activista, hoy alegremente aplaudido por una decisión de determinado color ideológico, no encuentre ningún obstáculo para adoptar mañana nuevas decisiones activistas --al inevitable vaivén de las siempre cambiantes mayorías políticas que influyen en su composición--, pero esta vez contra las convicciones de los sectores actualmente favorecidos; y esta vez, con bastante menos posibilidades de entrar en vereda a un tribunal que se encuentra ya desatado⁴⁷.

De esa intervención jurisdiccional en cuestiones de orden político-ideológico se deriva, además, otro problema, esta vez técnico. Usualmente el reduccionismo propio del análisis jurídico jibariza el problema social que intenta ser abordado por el tribunal a su faceta jurídica, dejando fuera las múltiples aristas sociales, históricas, culturales, etc. que lo componen. Esto ya es garantía cierta de una solución incompleta o parcial, pues en la práctica—y no obstante los celofanes jurídicos que lo envuelven—, estamos ante problemas que no pueden ser resueltos de forma completa recurriendo sólo al Derecho. Pero, además, surge la siguiente pregunta: si se trata de resolver un problema social o político, más que jurídico, no se advierte porqué esos hombres de Derecho que son los jueces —seguramente muy versados en sus específicas competencias jurídicas— han de tener, en un sistema democrático, un mejor criterio político o una mejor expertise social que, digamos, el político profesional o incluso el hombre de la calle.

Bien es cierto que lo anterior no impide que la solución judicial de un problema fundamentalmente político pueda ser ocasional y contingentemente acertada o popular. Desde este punto de vista, el activismo no sería necesariamente equivalente a una decisión impropia, errada o perjudicial⁴⁸. Sin embargo, dada la importancia que el Derecho asigna no sólo a la meta —la justicia— sino a la forma en que se llega a ella, esa bondad o adecuación será siempre un atributo accidental del fallo respectivo, y en ningún caso una consecuencia necesaria de éste. Inevitablemente, en cambio, una incursión del juez constitucional en materias políticas vulnerará importantes principios relativos a la separación de poderes, al funcionamiento de la democracia y a

47 POSNER aclara meridianamente este punto cuando da cuenta de la sucesión de olas activistas conservadoras y liberales, que han tomado el control de la Corte Suprema a lo largo del siglo XX y XXI, y que se habrían caracterizado en todos los casos por un período inicial de contención, destinado a reforzar las reivindicaciones respecto del imprudente activismo de la anterior mayoría, seguido de un nuevo período de activismo, esta vez destinado a borrar y luego reemplazar la jurisprudencia de la anterior tendencia. Lo único que esas oleadas han tenido de común es, precisamente, su activismo.

48 Keenan D. KMIEC, “The Origin and Current Meanings of” Judicial Activism” (traducción propia), p. 1473.

la autodeterminación política de la sociedad a través de sus representantes electos⁴⁹, y no está exenta de cometer iguales o peores errores que una mala decisión política⁵⁰.

En vista de todo lo expuesto, muchos autores han teorizado sobre la necesidad de moderar el alcance de las facultades de control de los tribunales constitucionales en aquellas materias de competencia del legislador, recurriendo al concepto de la deferencia judicial. A esto nos referiremos a continuación.

7. La deferencia judicial

Ante la posibilidad cierta de que el ejercicio indebido o ideológico de las facultades del Tribunal Constitucional entorpezca el ejercicio de las competencias asignadas al legislador, algunos autores, tanto en el mundo del derecho continental como en la corriente del Common Law, han teorizado acerca de la necesidad de que aquél ejerza sus atribuciones con moderación. Dicha moderación ha recibido el nombre de judicial self-restraint, autorrestricción, deferencia judicial o deferencia razonada. Como señala ZAPATA, “el ejercicio de la “deferencia razonada” por parte del Tribunal Constitucional constituye un resguardo eficaz contra el activismo judicial desbordado”⁵¹.

La deferencia judicial, sin embargo, es un concepto de contornos difusos, dada la dificultad de delimitar el rol del juez constitucional respecto de un documento que, como la Constitución, mezcla en diferentes proporciones el Derecho y la Política, lo que no siempre permite determinar con claridad cuando estamos frente a un problema jurídico-constitucional o bien frente a un problema directamente político⁵²; mayormente aún frente a Cartas Fundamentales como las contemporáneas, repletas de valores, conceptos jurídicos indeterminados y metas y objetivos sociales, culturales

49 WALDRON señala al respecto que hay algo que se pierde, desde un punto de vista democrático, cuando un individuo o una institución no electa ni responsable toma una decisión vinculante acerca de lo que implica la democracia. Si toma la decisión correcta, entonces –seguro– se producirá algún beneficio democrático que oponer a esta pérdida, pero nunca será lo mismo que si no hubiera habido pérdida alguna en primer lugar. Por otra parte, si una institución que sí es electa y responsable (accountable) toma la decisión equivocada sobre lo que implica la democracia, entonces, aunque se produce alguna pérdida para la democracia en el contenido de la decisión, no es insensato que los ciudadanos se consuelen pensando que al menos han cometido su propio error acerca de la democracia y no que se les haya impuesto el error de algún otro. WALDRON, Derecho y..., p. 351. Agregamos nosotros que nada impide el peor de los escenarios: que la institución no electa tome la peor de las decisiones...

50 Baste recordar, para aclarar este punto, las numerosas situaciones en las cuales determinadas sentencias han tenido consecuencias desastrosas en materias políticas. Así, por ejemplo, en Norteamérica, la sentencia “Dred Scott versus Sandford”, 60 U.S. 393 (1857); o las sentencias del mismo tribunal contra el New Deal del Presidente Roosevelt, en los años '30 del siglo XX.

51 Patricio ZAPATA LARRAÍN, Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado, p. 230

52 Richard A. POSNER, “The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint”, p. 520, más bien crítico con esta figura, considera la deferencia judicial o “judicial self-restraint” como un verdadero “camaleón” y hace énfasis, en su trabajo, en que el mismo concepto ha cubierto distintos comportamientos judiciales.

y políticos⁵³. Sin embargo, y dado que no creemos en la existencia de “algoritmos legales”⁵⁴ que resuelvan automáticamente los casos difíciles, la eventual imprecisión de esta doctrina no debiera ser óbice para reseñar sus principales aspectos, dado su valor para el análisis jurídico contemporáneo.

El primero que intentó teorizar sobre la autorrestricción judicial fue el profesor de Harvard, James B. THAYER, quien en octubre de 1893 publicó un artículo sobre la materia⁵⁵, en el que expresaba su preocupación por los posibles alcances negativos de la entonces reciente doctrina de judicial review, esto es, la invalidación de las leyes por oponerse a la Constitución, a cargo de los jueces. El ejercicio de ese poder jurisdiccional, sostenía, requiere una tolerancia o margen de actuación para el vasto e indefinible rango de consideraciones dirigidas únicamente al juicio práctico de un cuerpo legislativo. La Constitución a menudo admite diferentes interpretaciones y, frecuentemente, hay un rango de elecciones y juicios posibles. En tales casos, la Constitución no impone sobre la legislatura una opinión específica, sino que deja abierto ese rango; cualquiera de esas elecciones, si es racional, será constitucional. Dentro de ese margen, los legisladores deberían ser libres y los jueces no deberían intervenir⁵⁶. La determinación del contenido de la Constitución corresponde en primer lugar al Legislativo, determinación que corresponde a una función que este poder no comparte con el Judicial, y que no reviste carácter preliminar respecto de las cuestiones sometidas a su conocimiento, sino que se trata de la determinación definitiva. En consecuencia, para THAYER, es evidente que un poder tan trascendente como el otorgado al Parlamento, dota a su titular del derecho al correspondiente respeto, un respeto que no es una mera cortesía o convencionalismo, sino que se basa en sólidas y significativas bases de Política y Derecho⁵⁷.

Por el contrario, el cuestionamiento jurisdiccional es eventual –ocurre sólo en el marco de un litigio en la cual se produce una controversia de constitucionalidad, a propósito de intereses particulares—, y surge mucho tiempo después de que la ley

53 Pensamos, por ejemplo, en la Constitución española (Artículo 9.2: Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social) o en la Constitución Portuguesa (Artículo 73. 3. El Estado promoverá la democratización de la cultura, estimulando y asegurando el acceso de todos los ciudadanos, en especial de los trabajadores, al goce de la cultura y a la creación cultural, a través de organizaciones populares básicas, colectividades de cultura y recreo, medios de comunicación social y otros medios adecuados).

54 Expresión tomada de POSNER, “The Rise...”, p. 539.

55 James B. THAYER, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, pp. 129-156. (La traducción de este artículo que ofrecemos a continuación es propia). La de este autor representa la versión más conocida de esta teoría, pero POSNER (“The Rise and ...”, p. 522) señala que la deferencia judicial es mucho más antigua tanto en la teoría como en la práctica del derecho norteamericano. Uno de los factores que impulsó a THAYER a este desarrollo, de acuerdo al mismo autor, fue el que la judicial review todavía era controvertida en esa época (1893), lo que aconsejaba su uso prudencial.

56 THAYER, op. cit., pp. 135, 144. De acuerdo a KRIELE, THAYER partía del principio de que el derecho constitucional es neutral respecto de la política económica, social, etc., es decir, que da cabida a la discusión democrática entre los partidos de “derecha” y de “izquierda”. De ahí la necesidad de un ethos profesional del juez quien, si bien puede pertenecer personalmente a uno u otro partido, como juez debe reprimir sus inclinaciones personales y abstenerse de incluirlas mediante la interpretación en la constitución. Martín KRIELE, Introducción a la teoría del Estado: Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático, p. 301. Énfasis en el original.

57 THAYER, “The Origin and...”, p. 136.

ha entrado en vigor y ha producido efectos de profunda importancia; características que, por otra parte, no son ni excepcionales ni imprevistas, pues es a la Legislatura a quien se ha dado este poder de imponer, a través de su acción, una interpretación de la Constitución que producirá tales efectos. El poder de revisión judicial no debería comprender la facultad de privar a otra rama del Estado⁵⁸ –respecto del cual los jueces no deben olvidar que tienen una relación de coordinación o igualdad—, de alguno de sus poderes legítimos, o de su rango de discreción⁵⁹.

Para POSNER, a su vez, la deferencia judicial, en uno de sus principales significados –que, según afirma, corresponde justamente al tipo de deferencia practicado por James B. THAYER⁶⁰— implica que los jueces deberían ser especialmente renuentes a declarar una acción ejecutiva o legislativa como inconstitucional, tanto en razón de la diversa competencia institucional propia de cada una de estos poderes, como por el respeto que se debe a las ramas del gobierno de origen democrático; lo cual, a su vez, se basa en el supuesto de que las legislaturas pueden hacer juicios políticos y escoger opciones de esa naturaleza con más propiedad que las Cortes⁶¹.

En la doctrina chilena, por su parte, ZAPATA señala que, en un Estado de Derecho caracterizado, entre otras cosas, por la efectiva separación de las funciones estatales, las relaciones entre los distintos órganos de poder pueden y deben estar regidas por la deferencia. Dicha “deferencia”, de acuerdo a este autor, resulta indispensable para que el orden institucional funcione de manera armónica y eficiente, y se fundamenta principalmente en la naturaleza misma del régimen democrático representativo⁶², en la autonomía del legislador⁶³ y en la presunción de constitucionalidad de los actos legislativos⁶⁴. Por lo mismo, la pérdida de la misma constituiría, para este autor, un

58 En el original, y en una traducción literal, THAYER se refiere a los “departamentos de gobierno”, es decir, a las distintas ramas del poder estatal. De ahí la redacción que le damos a la frase.

59 THAYER, op. cit., p. 136. Es de notar que este autor mencionaba, en contra de la entonces reciente judicial review, el argumento de que, si el constituyente hubiese querido una mayor participación del juez en el control de constitucionalidad de las leyes, hubiese previsto el control ex ante (THAYER, ídem). Evidentemente, tal razonamiento se debilita frente al característico control preventivo ejercido por los Tribunales Constitucionales continentales.

60 Este autor asigna otros dos contenidos relevantes al concepto de deferencia judicial, que no desarrolla en el trabajo citado: la posición denominada “legalismo” y la posición que denomina “modestia judicial”. Ver detalles en: POSNER, “The Rise and ...”, p. 521. Recuérdese, sin embargo, que en el artículo citado, POSNER es más bien crítico con la idea de la deferencia, por lo que su conceptualización solo busca precisar la doctrina de la deferencia, no necesariamente otorgarle su apoyo.

61 POSNER, “The Rise and ...”, p. 521.

62 ZAPATA recuerda al respecto que Chile es una república democrática, y que el ejercicio de la soberanía radica en el pueblo. En consecuencia con lo anterior, la dirección de los asuntos públicos corresponde a los representantes libremente elegidos por la ciudadanía y no a los jueces, sobre los cuales existe poco control político. Justicia Constitucional..., p. 229

63 Tal como THAYER, ZAPATA, op. cit., p. 233 afirma que es el legislador quien debe complementar y detallar las instituciones que la Carta Fundamental sólo perfila en sus líneas más gruesas. Sin embargo, dentro del marco que fija la Carta Fundamental, el legislador goza de una legítima autonomía, que el Tribunal Constitucional, en aplicación de la “deferencia razonada” no puede sino reconocer y respetar.

64 ZAPATA, op. cit., pp. 227-229. Es decir, existiendo solo dudas respecto de la constitucionalidad de un acto de otro poder del Estado, el Tribunal Constitucional debe, en principio, presumir su constitucionalidad y abstenerse de anular las disposiciones sospechosas. Tal presunción se destruiría únicamente cuando la oposición entre el acto sospechoso y la Carta Fundamental fuera concluyente. Por otra parte, el Tribunal Constitucional, aunque supremo en su labor, no es el único intérprete de la Constitución. En efecto, el legislador también interpreta la Constitución. Al hacerlo, tiene también el deber de sujetarse a la Carta Fundamental. No debe olvidarse que tanto Presidente de la República como parlamentarios, al momento de asumir como tales, deben prestar juramento de hacer respetar la Constitución. Más aún, a todos ellos se les puede haber efectiva su responsabilidad por el incumplimiento eventual de dicho deber (ídem, pp. 243- 244).

síntoma inequívoco de crisis institucional⁶⁵.

Si bien esta teoría se difundió rápidamente en la ciencia jurídica norteamericana y encontró partidarios incluso en la Corte Suprema—aunque en una minoría de jueces, entre los cuales los más importantes fueron HOLMES y BRANDEIS—, ella no pudo imponerse sino hasta los años 30 del siglo XX, aunque no sin dificultades⁶⁶. Posteriormente, la doctrina de la judicial self-restraint fue seguida, con mayor o menor fidelidad a su fundador, durante los siguientes 81 años, siendo su último representante memorable a nivel de la Corte Suprema —de acuerdo a POSNER—, el juez BICKEL, quien ejerció en tal Tribunal entre 1956 y 1974⁶⁷.

8. Cómo debiera operar la deferencia razonada.

Para corregir los efectos del tipo de razonamiento que criticaba, THAYER propuso la aplicación a la actividad judicial de lo que denominaba una “regla de administración”, que extrae de la jurisprudencia de su tiempo⁶⁸ y que consistiría, fundamentalmente, en que una ley del Congreso no debería ser declarada inválida, a menos que la violación de la Constitución fuese tan manifiesta que no pudiese dejar lugar a dudas razonables⁶⁹. De esta manera, el estándar que pesa sobre las Cortes consistiría no solo en determinar la inconstitucionalidad de la norma—que sería, en la interpretación de este autor, la mera comparación entre dos discursos legales, uno de la ley y otro el de la Constitución—, sino en precisar, además, la permisibilidad del juicio que se admite a otra rama de gobierno a la que la propia Constitución ha encargado el deber de efectuarlo⁷⁰. En otras palabras, se trata de respetar la esfera de competencias del Parlamento, reconocida en la Constitución política. Por eso ZAPATA agrega que, en aplicación de este principio, los jueces deben reconocer “que la conducción política de la Polis está radicada en el Ejecutivo y en el Congreso Nacional [...]. [P]arece indispensable que las determinaciones que adopten dichos entes políticos merezcan una cierta consideración—deferencia— de parte de los jueces”. Desde este punto de vista, la no justiciabilidad de una decisión legislativa derivaría de haberse adoptado ésta dentro del ámbito de “autonomía” que al efecto fija la Constitución Política. Tal esfera de autonomía comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito y oportunidad que llevan al legislador a la adopción de

65 ZAPATA, *op. cit.*, p. 228.

66 Es conocida la situación en que quedó la legislación económica y social del *New Deal* que el Presidente ROOSEVELT intentaba llevar adelante, y que fue insistentemente bloqueada por la mayoría conservadora de la Corte Suprema. Ello sólo cambió cuando, ante las amenazas del ROOSEVELT de intervenir en la composición de dicho tribunal, éste dio lugar a esa legislación. KRIELE, *Introducción a la...*, p. 303.

67 POSNER, “The Rise and ...”, p. 533.

68 THAYER extrae esta regla de un fallo de 1811 pero argumenta, con diversos ejemplos, que ella existía ya desde 1782. THAYER, “The Origin and...”, p. 140.

69 La duda razonable a que se refiere THAYER es la que perdura en la mente de una persona competente y debidamente instruida, que ha aplicado cuidadosamente sus facultades al problema expuesto. Se trataría, entonces, de la opinión razonablemente aceptable para una persona como ésta. THAYER, *op. cit.*, p. 149.

70 THAYER, *op. cit.*, p. 144. De acuerdo a KRIELE, *Introducción a la...*, p. 302, el necesario espacio de autonomía destinado a la discusión democrática y a la acción del legislador parlamentario requeriría que la Corte Suprema no declarase inconstitucional ninguna ley que pudiera ser justificada mediante razones plausibles, sin que importara si los jueces las encontrasen personalmente convincentes o no. El juez debería aceptar la “plausibilidad racional” del argumento del legislador y hacer caso omiso de su opinión política personal.

una u otra fórmula normativa⁷¹.

De esta manera, y dentro de los márgenes de discrecionalidad que le reconoce y garantiza la Constitución, el legislador es soberano para escoger cualquiera de las posibles alternativas a su alcance. Las consideraciones técnicas, políticas o económicas, en base a las cuales el legislador escoge una u otra fórmula --en la medida, por supuesto, que no infrinjan la Constitución y estén dentro de sus competencias--, se encuentran más allá del control jurídico del Tribunal Constitucional⁷². El control de constitucionalidad no puede sustituir al control político y al control social del poder, lo que excluye o limita severamente la posibilidad de emitir juicios de mérito, oportunidad o conveniencia⁷³. La amplitud e indeterminación del parámetro de control frecuentemente deja espacio para diferentes valoraciones. El juez constitucional tampoco puede dejar de atender a las consecuencias de sus decisiones. Está, por ello, obligado a la prudencia⁷⁴.

POSNER agrega otra serie de consideraciones que llaman a la deferencia. De acuerdo a ellas, es necesario tener presente que los jueces por lo general son abogados competentes, pero pocas veces mucho más que eso⁷⁵; que las decisiones judiciales pueden ser ricas en consecuencias no deseadas, el alcance de la Constitución es vasto, y la justicia opera con información limitada; que, dada la inexistencia de un “método algorítmico” para decidir jurídicamente los casos difíciles, muchas decisiones constitucionales solo pueden ostentar débiles reclamos de validez objetiva; que las partes de la Constitución que generan litigación a nivel de la Corte Suprema son demasiado viejas para ser preceptivas [en los casos contemporáneos]⁷⁶; la inevitable influencia de los valores personales, psicología, antecedentes, presiones de los compañeros, ansiedades políticas, experiencias profesionales, inclinaciones ideológicas, y otros factores de carácter no legal, a menudo inconscientes, en la decisión del juez, etc.⁷⁷.

Como puede verse, la doctrina de la deferencia mezcla argumentos de prudencia y actitud de los jueces, y de competencia de los distintos poderes del Estado. En su conjunto, esas alegaciones parecen demostrar de forma indiscutible que el juez constitucional está sujeto a una serie de limitaciones que debiera tomar en cuenta al momento de tentarse a imponer una determinada visión política o ideológica de la Carta Fundamental, particularmente en aquellos casos de carácter controvertido.

71 ZAPATA, *Justicia Constitucional...*, pp. 229-234

72 ZAPATA, op. cit., p. 234. Más adelante, este autor estima que ese ámbito de libertad se amplía o restringe según si la Constitución es “neutra” –en el sentido de admitir en su seno la existencia de distintas visiones políticas, como a su juicio ocurre con la Constitución española o la americana- o “comprometida”, como a su juicio lo sería la Constitución chilena de 1980.

73 ZÚÑIGA URBINA, “Tribunal Constitucional...”, pp. 270-271.

74 HESSE, “La jurisprudencia...”, p. 166.

75 Esta prevención nos recuerda lo limitado que es el conocimiento jurídico, no obstante sus muchos aportes, frente a la globalidad de los problemas sociales.

76 Este argumento, que ataca directamente a ciertas doctrinas como el originalismo, parece ciertamente más atinente a la Constitución norteamericana, pero bien podría replicarse en nuestro país –o en cualquiera otro sujeto a Cartas constitucionales relativamente recientes- si se recuerda que no siempre nuestras Constituciones, como cualquier otra norma jurídica, pudieron prevenir la solución más justa o adecuada a todos los problemas concretos que habría de deparar en el futuro la siempre cambiante realidad social.

77 POSNER, “The Rise and ...”, p. 553.

De ahí también que, a nuestro juicio, esta doctrina, bien entendida y aplicada⁷⁸, puede representar una verdadera garantía de imparcialidad frente a cualquiera de las diversas corrientes sociales o políticas que se debaten en el juego democrático (cuestión que, por otra parte, no puede afirmarse del activismo judicial, en ninguna de sus variantes)⁷⁹.

En la práctica, el principio de deferencia constitucional o la necesidad de reconocer un ámbito de autonomía política al Legislador, ha sido reconocido expresamente en sentencias de importantes órganos jurisdiccionales, como los tribunales constitucionales alemán⁸⁰, español⁸¹ y chileno⁸²; y ha acompañado, desde su aparición en un voto disidente del Juez HOLMES⁸³, con diversas modulaciones, la

78 Ver al respecto críticas a la voluntariedad del judicial self-restraint, en el apartado N°8 de este trabajo.

79 ZÚÑIGA URBINA advierte que debemos poner buen cuidado en atribuir un sesgo político a la doctrina de la deferencia (“Tribunal Constitucional...”, p. 271).

80 De acuerdo a VON MÜNCH, el Tribunal Constitucional Federal alemán (TCF) se ha declarado expresamente partidario de ese principio para su actividad jurisdiccional en su sentencia sobre las bases de las relaciones entre la República Federal de Alemania y la entonces República Democrática Alemana: “El principio del judicial self-restraint, que se impone el Tribunal Constitucional Federal, no significa...sino la renuncia a “hacer política”, es decir, a intervenir en la esfera de libre realización política, establecida y delimitada por la Constitución. Ese principio aspira, además, a preservar de otros órganos constitucionales el ámbito de libre realización política constitucionalmente garantizado. Ingo VON MÜNCH, “¿El Tribunal Constitucional Federal como actor político?”, p. 579. La sentencia citada, de acuerdo a este autor, corresponde a una dictada en 1973 (BVerfGE, tomo 36).

81 En la Sentencia N° 194/1989, de 16 de noviembre de 1989, fundamento jurídico 2, el Tribunal Constitucional de ese país señaló, entre otras cosas, que la Constitución, como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios, dentro de los cuales aquel puede convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad, y que el legislador es libre de elegir aquella opción que considere más adecuada a sus propias preferencias políticas. Mientras “...las preferencias ideológicas y políticas son legítimas para el legislador y, en cuanto ciudadano, para el recurrente”, no deben introducirse por ningún resquicio en el razonamiento de ese órgano jurisdiccional. Tribunal Constitucional español, 1989, Sentencia N° 194 de 1989. Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1400> [fecha de consulta: 19 de marzo de 2020]

ZAPATA, Justicia Constitucional..., p. 246, recuerda, sin embargo, situaciones en que ese margen de maniobra del legislador español ha sido puesto a prueba hasta el límite, como sucedió con la Sentencia N° 53 de 11 de abril de 1985, que declaró inconstitucional un proyecto de ley que pretendía despenalizar algunos supuestos de aborto..

82 De acuerdo a ZAPATA (op. cit., p. 241), el fallo Rol 43, de 24 de febrero de 1987, referido al control de la Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos, recoge este principio en su considerando N° 22°, que reconoce al legislador autonomía suficiente para reglar en forma prudente y dentro de latitudes razonables el derecho de asociación ya que, de lo contrario podría invadirse un campo que es propio de la ley. Si así no procediere, según el fallo, se excedería en sus atribuciones transformándose en un órgano colegislador, lo que constituiría una grave infracción a la Constitución. El Tribunal debe declarar la inconstitucionalidad, cuando la ley, prescindiendo de la prudencia que aconseja el espíritu de nuestra Carta Fundamental, afecta el derecho de asociación política”. Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 43, de 24 de febrero de 1987. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=566> [fecha de consulta: 19 de marzo de 20]. A la luz de algunos fallos dictados por ese tribunal en materia de derechos sociales (sentencias roles N°s. 976, 1218, 1273, 1287 y 1770), sin embargo, habría que reestudiar si la deferencia judicial es, realmente, una tendencia aún vigente en aquel alto tribunal. Para un análisis de las debilidades analíticas de estos últimos fallos, ver José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, “Los Derechos Sociales de Prestación en la Jurisprudencia Chilena”, en Estudios Constitucionales, Año 8, N° 2, Talca, Centro de Estudios Constitucionales, 2010; pp. 125 – 166.

83 En el conocido fallo de la Corte Suprema Norteamericana *Lochner vs. Nueva York*, de 1905 (198 U.S. 45) el juez HOLMES rechazó las conclusiones de la mayoría —que invalidó una ley que intentaba regular las horas de trabajo de los empleados de panadería de Nueva York—, señalando que el caso estaba siendo fallado en base a una teoría económica “que no es compartida por parte importante del país”. Agregó que “si la cuestión a decidir fuera si estoy de acuerdo con esa teoría, desearía estudiarla detenidamente antes de decidirme. Pero no considero que ese sea mi deber, porque creo firmemente que mi acuerdo o desacuerdo nada tiene que ver con el derecho de la mayoría de expresar sus opiniones por medio de leyes”. HOLMES agrega que una Constitución no debe abarcar una teoría económica particular, sino que está pensada para regir a personas de opiniones fundamentales distintas; nuestras valoraciones subjetivas respecto de esas teorías “no deben influir [en la decisión de la Corte Suprema] acerca de la cuestión de si las leyes que las contienen están en conflicto con la Constitución de los Estados Unidos” (de acuerdo a traducción propia).

jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana⁸⁴.

9. Críticas a la deferencia judicial (y posibles respuestas)

La teoría de la deferencia constitucional no ha estado exenta de críticas. Es así como POSNER señala que, en los Estados Unidos, la doctrina de THAYER ha perdido fuerza debido a varias razones: en la práctica judicial americana, lo son el exuberante activismo de la Corte WARREN y la mantención de algunos de sus precedentes por sus sucesores conservadores en la Suprema Corte; así como la expansión de la teoría de la incorporación, que impuso reglas constitucionales uniformes sobre los Estados de la Unión americana, en las áreas sujetas a dicha incorporación⁸⁵.

En lo académico, en tanto, serían factores de ese debilitamiento su falta de coherencia interna –dado que los diferentes seguidores de esta doctrina no formaron una comunidad de pensamiento o de ideas comunes⁸⁶– y particularmente, el crecimiento de diversas e innumerables teorías constitucionales, como las antes señaladas, que intentan demostrar cómo resolver correctamente los casos constitucionales⁸⁷.

Otro problema del planteamiento thayeriano es que, como puede advertirse, THAYER diferencia en el control de constitucionalidad dos partes, que serían: i) el control de orden judicial, propiamente tal; y luego ii) un análisis más bien político de

84 Así por ejemplo, en el caso judicial conocido popularmente como *Obamacare*, fallado en 2012, la Corte Suprema norteamericana aprobó, por mayoría de cinco votos, la constitucionalidad de la “Affordable Care Act” o ACA en su parte más cuestionada, esto es, la imposición de un seguro médico a los ciudadanos norteamericanos. El Presidente de dicho tribunal --el juez ROBERTS, de tendencia conservadora--, citó expresamente los fundamentos de la deferencia judicial, declarando que la invalidación de una ley procede sólo si la falta de autoridad constitucional para aprobar el acto en cuestión está claramente demostrada y que, si bien los miembros de ese tribunal están investidos de la autoridad para interpretar la ley, no poseen ni la experiencia ni la prerrogativa de hacer juicios políticos; los líderes electos, por su parte, que están habilitados para dichos juicios, pueden ser expulsados de sus cargos si la gente no está de acuerdo con ellos. Concluye ROBERTS que no es el trabajo de los jueces proteger a la gente de las consecuencias de sus decisiones políticas. Supreme Court of Justice, 2012, *National Federation of Independent Business Et Al. V. Sebelius, Secretary Of Health And Human Services, Et al.*, 567 U. S. (2012), Opinión del juez ROBERTS, p. 6.

85 POSNER, “The Rise and ...”, p. 546. De acuerdo a POSNER, la progresiva prevalencia de esa doctrina –que es de origen jurisprudencial y que implica, en definitiva, convertir en obligatorios para los Estados de la Unión un número cada vez mayor de los derechos garantizados por las ocho primeras enmiendas a la Constitución Federal- terminó acabando con la posibilidad, sostenida por algunos thayerianos, de permitir la autonomía y libertad de los Estados en ciertas materias legislativas, entendidos como verdaderos laboratorios de experimentación jurídica, a objeto de posibilitar la aparición de diversas soluciones jurídicas en el derecho norteamericano.

86 De acuerdo a POSNER, los principales seguidores de esta doctrina fueron los jueces de la Suprema Corte norteamericana HOLMES (juez de la Corte Suprema entre 1902-1932), BRANDEIS (entre 1916-1939) y FRANKFURTER (entre 1939-1962). Todos ellos, si bien coincidieron en la necesidad de respetar la labor del legislativo, no siempre lo hicieron por las mismas razones de THAYER, que aluden fundamentalmente al carácter democrático del legislador y al reconocimiento de sus virtudes y facultades para intervenir en la cuestión política. Actualmente, de acuerdo al mismo autor, no habría seguidores de esta doctrina, al menos en la Corte Suprema (el artículo citado fue publicado, sin embargo, en septiembre de 2012). POSNER, “The Rise and ...”, pp. 533, y 547 y ss. Ver, sin embargo, nota al pie N° 84.

87 POSNER, “The Rise and ...”, p. 546. Este autor menciona otras escuelas, tales como el originalismo, el textualismo y otras

lo que la Constitución permite al juzgador⁸⁸. Pero ello podría posibilitar que, bajo el argumento de la racionalidad o plausibilidad política, se abra la puerta a la legitimación de eventuales vulneraciones de la Carta Fundamental. De acuerdo a KRIELE, al fundarse en la razonabilidad de los argumentos esgrimidos por el legislador para sostener la constitucionalidad de una ley, la teoría del judicial self-restraint acarrea el peligro de compromiso entre posturas contradictorias y, en consecuencia, de una verdadera renuncia al deber de todo tribunal de defender los derechos fundamentales⁸⁹. En el mismo sentido, otros han advertido el peligro de volubilidad o voluntariedad en la aplicación de esta técnica⁹⁰, peligro confirmado por la práctica⁹¹.

Sin embargo, ello no puede significar omisión de todo control constitucional pues, como es sabido, la justicia constitucional ha nacido, en sus diferentes versiones históricas, bajo la certeza de que el legislador puede vulnerar la Constitución. En ese sentido, ZAPATA señala que “Tribunal deferente” no es aquel que renuncia a pensar por sí mismo y que abdica de su rol contralor, en beneficio de las decisiones adoptadas por los poderes de origen democrático. Muy por el contrario, para este profesor la deferencia propuesta demanda del Tribunal la vocación y la capacidad de analizar siempre, detenida y reflexivamente, los actos emanados de los poderes representativos⁹². Por lo anterior, a nuestro juicio, en esta doble faz competencial-prudencial que caracteriza a esta teoría, debe primar la primera: como el mismo THAYER llegó a sugerir, la Constitución establece al legislador un marco o borde externo, dentro del cual hay muchas alternativas político ideológicas probables y aceptables, cuya libre elección debiera ser respetada por el juez constitucional. Fuera de ese marco, sin embargo, aunque hubiese motivos políticos “plausibles”, no sería

88 THAYER llega a citar la opinión de un juez en el sentido que si la violación no es clara, hay peligro de impedir el funcionamiento de una ley que podría producir mucho bien público; y la opinión de un concurrente a la Convención Federal de 1787, en orden a que una ley puede ser peligrosa y destructiva y, aun así, no lo suficientemente inconstitucional como para justificar la decisión judicial de privarla de efectos (THAYER, op. cit., p. 140).

89 Ver KRIELE, op. cit., pp. 303 y siguientes, quien acusó esa situación en el compromiso político que advertía en el comportamiento de la Suprema Corte Norteamericana: así como el tribunal respetaba la limitación de la “libertad económica” ligada a las regulaciones económicas legales, del mismo modo -se opinaba- debía respetarse la discriminación racial, las interferencias de Mc Carthy en la libertad espiritual y los métodos procesales inequitativos. La “derecha” renunciaba al bloqueo del estado social; la “izquierda”, a los derechos humanos. Otro ejemplo citado por KRIELE es el comportamiento del juez de la Corte Suprema Félix Frankfurter, seguidor de THAYER, quien argumentó que las libertades expresamente consagradas en la constitución son intereses, al lado de los cuales puede haber otros intereses. En otras palabras, Frankfurter ponía en igualdad tanto los intereses garantizados por la Constitución, como los no garantizados, con lo cual se pierde la diferencia decisiva entre la argumentación jurídica y la argumentación política; siendo natural, después de esto, concluir que esa “ponderación” no era tarea del juez, sino del legislador, debiendo el primero abstenerse de opinar en esas circunstancias.

90 HESSE, “La jurisprudencia...”, p.167. En el original, el autor se refiere al Tribunal Constitucional Federal de Alemania, pero nos hemos tomado la libertad de generalizar estas afirmaciones. ZAPATA (Justicia Constitucional..., p. 270), por su parte, anota la diferencia entre la actitud deferente de la Corte Suprema norteamericana ante las políticas económicas o sociales de los gobiernos, frente a su incisiva actitud en materia de derechos civiles, como quedó de manifiesto a partir de la época WARREN (1953-1974).

91 POSNER, op. cit., 554, señala que en EE.UU., desde un punto de vista práctico, muchos de los jueces reputados como defensores de la autorrestricción judicial fueron también, ocasionalmente, activistas, asumiendo algunas veces el rol de legislador.

92 ZAPATA, Justicia Constitucional..., p. 229-230.

permisible aceptar la constitucionalidad de una norma legal⁹³. HESSE, por su parte, señala que la exigencia de una judicial self-restraint no puede descuidar la vinculación del Tribunal Constitucional a la Constitución, que no deja a la discreción de los jueces si se quieren restringir o no. La actividad de control del Tribunal Constitucional se tiene que regir, más bien, según sus tareas jurídico-constitucionalmente normadas; estas también pueden exigir alguna vez totalmente lo contrario a la prudencia; en concreto, una intervención decidida⁹⁴.

Finalmente, hemos de tener presente un criterio de realidad. La práctica demuestra que el legislador, aunque se mantenga dentro de lo constitucional, puede equivocarse. Sin embargo, la tendencia de muchos juristas de confundir lo errado con lo inconstitucional pasa por alto, como previno incidentalmente el propio THAYER⁹⁵, que, para bien o para mal, la solución a los eventuales problemas de la Política pasa más por la responsabilidad del propio pueblo —de elegir adecuadamente a sus representantes políticos y respetar los mecanismos de la democracia— y de estos últimos —en desempeñar su labor de manera prudente, responsable y respetuosa de la Carta Constitucional—, que por cualquier teoría jurídica que asigne ese papel de corrección a los jueces⁹⁶.

Conclusiones

Puesto que en cuestiones de Derecho, Política y Constitución parece imposible crear una suerte de MULTIVAC constitucional⁹⁷ —dada la complejidad de la vida en

93 En la sentencia del caso *Obamacare*, antes citada (ver nota al pie N° 84) se aprecia esta idea cuando, luego de su apelación al principio de deferencia, el juez ROBERTS previene que ésta no debe confundirse con la abdicación de las facultades del tribunal en materia de derecho. Citando distintas intervenciones del juez MARSHALL, ROBERTS agrega que el respeto por los juicios políticos del Congreso nunca puede extenderse tan lejos como para negar las restricciones que la Constitución federal ha construido cuidadosamente sobre el poder político, y que las circunstancias peculiares del momento podrían convertir a una medida política en más o menos apropiada, pero nunca hacerla más o menos constitucional. Concluye que “no puede haber ninguna duda de que es responsabilidad de este Tribunal el hacer cumplir los límites constitucionales al poder federal mediante la invalidación de las leyes del Congreso que transgredan esos límites (Sentencia 567 U. S. (2012), Opinión del Juez ROBERTS, p. 6.).

94 HESSE, “La jurisprudencia...”, p.167. En el original, el autor se refiere al Tribunal Constitucional Federal de Alemania, pero nos hemos tomado la libertad de generalizar estas afirmaciones. ZAPATA (Justicia Constitucional..., p. 270), por su parte, anota la diferencia entre la actitud deferente de la Corte Suprema norteamericana ante las políticas económicas o sociales de los gobiernos, frente a su incisiva actitud en materia de derechos civiles, como quedó de manifiesto a partir de la época WARREN (1953-1974).

95 THAYER cita la opinión de algunos jueces según la cual, a la base del sistema político y jurídico norteamericano, se encuentra la suposición —que en la práctica no siempre se cumple— de que los legisladores se encuentran dotados de la suficiente virtud, sentido y competencia necesarios para cumplir con su deber. Señala en el mismo lugar que también es un postulado en la teoría del gobierno norteamericano que el pueblo es sabio, virtuoso y competente para manejar sus propios asuntos. THAYER, op. cit., p. 149

96 La autonomía política aparece en las primeras reflexiones sobre ese arte, como puede apreciarse ya en ARISTÓTELES, quien asevera que un ciudadano en sentido estricto “por ningún otro rasgo se define mejor que por participar en la justicia y en el gobierno” (Política, 1275a); agregando después que es tal “aquel que tiene el poder de tomar parte en la administración deliberativa o judicial” (op. cit., 1275b).

97 Ver al respecto el cuento *Sufragio Universal*, de Isaac ASIMOV. En ese relato, MULTIVAC es una supercomputadora que, en base a algunas preguntas efectuadas a un solo ciudadano —elegido al azar por la misma máquina— decide quien será el próximo Presidente de los EE.UU. Uno se pregunta si no habrá juristas dispuestos a creer en algo parecido, esto es, una especie de construcción teórica que reciba los datos del problema constitucional, por un lado, y entregue la mágica solución jurídica o política, por el otro. Pero eso da para otro artículo.

comunidad y sobre todo, la libertad política del ser humano-, la apreciación de las situaciones expuestas en este artículo exige un difícil equilibrio entre prudencia, control, deferencia y sentido común, que nunca estará exento de polémica. Mas, creemos, dicho equilibrio no es imposible y, al contrario, su búsqueda debiera ser parte esencial de la actividad del jurisperito.

Por ello, de cara a la actuación de los Tribunales Constitucionales, estimamos necesario diferenciar entre aquellas situaciones que ponen en peligro la esfera de derechos y libertades de los ciudadanos o los límites competenciales de los poderes públicos –que sin duda deben ser resueltas por el juez de lo constitucional–, de aquellas otras en las que, en cumplimiento del principio de deferencia, procede el respeto del ámbito de competencia de las autoridades representativas, para la elección de las ideologías u opciones políticas legítimas que éstas estimen pertinentes.

Una vulneración de esa frontera –que, en definitiva, no es otra que la que existe entre el Derecho y la Política- constituiría una triste manera de transgredir no sólo las competencias constitucionales del Parlamento, sino también la autonomía política de la propia sociedad, comprometiendo de paso la sujeción del propio guardián de la Constitución a los límites de su poder previstos en la Carta Fundamental.

BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES, Política, Buenos Aires, Losada, 2005

Hernán CORRAL TALCIANI, “Scalia: el juez de la Constitución ‘muerta’”, en Diario Constitucional, disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/scalia-el-juez-de-la-constitucion-muerta/> [fecha de consulta: 16 de marzo de 2020]

Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo”, en Revista de Estudios Políticos, N° 81, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

Juan Antonio GARCÍA AMADO, “Sobre el Neoconstitucionalismo y sus Precursores” en Fabricio MANTILLA ESPINOZA (Ed.), Controversias Constitucionales, Bogotá, Ediciones Universidad del Rosario, 2009.

Mary Ann GLENDON, “El Lenguaje de los Derechos”, en Revista Estudios Públicos, N° 70, Santiago de Chile, Centro de Estudios Públicos, 1998.

Alejandro GUZMÁN BRITO, El derecho privado constitucional de Chile, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001

Konrad HESSE, “La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional”, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Vol. 4, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 2005.

Keenan D. KMIEC, “The Origin and Current Meanings of Judicial Activism”, en California Law Review, vol. 92, N° 5, California, University of California, Berkeley, School of Law (Boalt Hall), 2004.

Martín KRIELE, *Introducción a la teoría del Estado: Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Buenos Aires, Depalma, 1980.

Gerhard LEIBHOLZ, “El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política”, *Revista de Estudios Políticos*, N° 146, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1966.

John LOCKE, *Dos Ensayos sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Espasa Calpe, 1991.

John H. MERRYMAN, *Sistemas legales en América Latina y Europa. Tradición y Modernidad* (2da. Ed., 1ª. Reimpresión en Chile), Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 1995

Manuel Antonio NÚÑEZ POBLETE, “El neoconstitucionalismo y el recurso a los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 1er semestre, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2010.

Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, *Política y Derecho*, 1ª ed., Santiago de Chile, Legal Publishing Chile, 2010

Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, *Doce Tesis sobre la Política*, 1ª ed., México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2008

Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, *Teoría constitucional y otros escritos*, 2ª ed., Santiago de Chile, LexisNexis, 2006

Richard A. POSNER, “The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint”, en *California Law Review*, vol. 100, N° 3, California, California, University of California, Berkeley, School of Law (Boalt Hall), 2012.

Peter H. SCHUCK, “El Poder Judicial en una Democracia” en *Poder Judicial y democracia*, ed. A.P. Ibañez, Bogotá, Fundación para la Investigación y Cultura, 2005.

James B. THAYER, “The Origin and Scope of the American doctrine of Constitutional Law”, en *Harvard Law Review*, Vol VII, N°3, Cambridge, Harvard Law Review, 1893.

Roberto M. UNGER, *What Should Legal Analysis Become*; Londres, Verso, 1996

Ingo VON MÜNCH, “¿El Tribunal Constitucional Federal como actor político?”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 6, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Jeremy WALDRON, *Derecho y Desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

Patricio ZAPATA LARRAÍN, *Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

Francisco ZÚÑIGA URBINA, “Tribunal Constitucional. Problemas de posición y legitimidad en una democracia constitucional”, en: *Pensamiento Constitucional*, Año XIV N° 14, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010.

Jurisprudencia citada:

Supreme Court of Justice, 2012, *National Federation of Independent Business Et Al. V. Sebelius, Secretary Of Health And Human Services, Et al.*, 567 U. S. (2012).

Tribunal Constitucional de Chile, 1987, Fallo Rol 43, de 24 de febrero de 1987. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=566> [Fecha de consulta: 18 de noviembre de 2012].

Tribunal Constitucional Español, 1989, Sentencia N° 194 de 1989. Disponible en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1989-0194> [fecha de consulta: 19 de noviembre de 2012]

Recebido em: 08.03.2020
Aprovado em: 17.05.2020

Methodius University in Skopje
Macedonia

Volume 1, Número 1,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt

Obtaining an enforceable title for uncontested monetary claims: parallels between macedonian and spanish law

Tatjana Zoroska Kamilovska¹

Milka Rakočević²

Summary: Introductory Remarks; 1. Debt Recovery Methods; 2. Procedural Mechanisms for Certification of Uncontested Monetary Claims; 3. Claims Suitable for Certification and Grounds for Certification; 4. Initiation and Course of the Proceedings for Certification of Uncontested Monetary Claims; 5. Protection of the Debtor; 6. Protection of the Debtor; Conclusion; Bibliography

Abstract: One of the rather challenging tasks for many policymakers in Europe over the last decades regarding the reforms of the judicial system has been the establishment of efficient procedural instruments for recovery of claims, particularly the uncontested ones. Due to the fact that considerable part of initiated court proceedings in many European countries are not those over a dispute of fact or law, but those where the creditor must address the court in order to obtain an enforceable title against the debtor due to his unwillingness or inability to pay, the need for existence of a quality system of certification³ of uncontested claims is more than obvious.

Keywords: monetary claims; spanish law; Macedonian law.

1 Full Professor at the Faculty of Law “Iustinianus Primus”, Ss.Cyril and Methodius University in Skopje, Macedonia.

2 Assistant Professor at the Faculty of Law “Iustinianus Primus”, Ss.Cyril and Methodius University in Skopje, Macedonia.

3 In this paper, the procedural instruments that are adjusted to obtain an enforceable title for uncontested monetary claims, regardless of their different naming and legal qualification (payment order, notarial payment order, writ of execution based on a trustworthy document) will be referred to as certification of uncontested claims.

Introductory Remarks

One of the rather challenging tasks for many policymakers in Europe over the last decades regarding the reforms of the judicial system has been the establishment of efficient procedural instruments for recovery of claims, particularly the uncontested ones. Due to the fact that considerable part of initiated court proceedings in many European countries are not those over a dispute of fact or law, but those where the creditor must address the court in order to obtain an enforceable title against the debtor due to his unwillingness or inability to pay, the need for existence of a quality system of certification⁴ of uncontested claims is more than obvious.⁵

The existence of such a system is essential for the proper functioning of the judicial system as a whole for several reasons. It provides for an early stage distinction between actual (truly contentious) and “unreal” (where no real legal dispute exists) disputes⁶ in the proceedings which allows the latter to proceed on a separate, fast-track procedure. It produces more rational use of the scarce resources allocated to the courts. The courts are concentrated on “real” dispute adjudication within a reasonable time, while the settlement of “unreal” disputes is modified to the needs of their efficient resolution. A procedural legislation that ensures efficient and speedy adjudication of uncontested claims is also a deciding factor in the prevention of huge backlogs in the courts.^{7, 8}

Each country has a different approach to the problem of mass recovery of uncontested claims. The solutions vary due to the difference in the conceptual organization of the civil procedure as well as their different legal traditions. In general, a default judgment, a specific summary proceedings and even provisional measures are considered to be the main procedural means in managing these types of claims.⁹ The non-contentious nature of procedures for obtaining an enforceable title for uncontested monetary claims also gives the possibility for the policymakers to opt among different authorities as competent for their certification. Surely, the selection should be done in a manner that would pose a procedure that is both cost-effective

4 In this paper, the procedural instruments that are adjusted to obtain an enforceable title for uncontested monetary claims, regardless of their different naming and legal qualification (payment order, notarial payment order, writ of execution based on a trustworthy document) will be referred to as certification of uncontested claims.

5 For example, out of all cases dealt with by ordinary lower civil courts, the percentage of uncontested claims ranges between 50% in Ireland and more than 80% in Germany, Austria and Sweden. Green Paper on a European Order for Payment Procedure and on Measures to Simplify and Speed up Small Claims Litigation COM(2002) 746, p.7 (hereinafter Green Paper).

6 Due to absence of any contentious questions over fact or law, some authors name these cases as “unreal” disputes. Here, the court proceedings serves just to examine the contentiousness of the claim, and in case of its absence, the court serves as a “payment service” for (mechanical) obtaining of an enforceable title against the debtor (germ. Titelbeschaffung). See A. Galič, *Izdavanje platnog naloga i arbitraža* [Issuing of a Payment Order and Arbitration], *Pravo u gospodarstvu*, Vol. 51, br. 6, 2012, str. 1482.

7 See also A. Uzelac, M. Bratković, *Certificiranje nespornih tražbina u domaćem i poredbenom pravu* [Certification of Uncontested Claims in National and Comparative Law], *Zbornik Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i uporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća*, Split, 2015, p. 83; Green Paper, p. 8.

8 The Austrian Mahnverfahren is a good example of a quality mechanism for certification of uncontested monetary claims. As a result of its simplicity and efficiency as a no-evidence, one-step and digitalized certification system, it even displaced the special proceedings for issuing of documented payment order (Mandatsverfahren) resulting with its removal from the Austrian Zivilprozessordnung (ZPO) due to its poor practical application.

9 Green Paper, p. 9.

and guarantees proper protection of rights. In that respect, competent authorities are usually first instance courts or notaries. In most countries, the reform aimed for obtaining a system that will provide for a speedy, simple and inexpensive collection of uncontested claims is mainly carried out by introduction of payment order procedures; assigning notary public service with the authority of issuing enforceable titles, digitalization and centralization of the process.¹⁰

The paper will discuss the legislative framework of Macedonia and Spain regarding the available procedural mechanisms for obtaining an enforceable title for uncontested monetary claims. Similarities and differences of the procedural systems are observed, as well as their results. The comparison of procedural mechanisms of both countries highlights the conceptual diversity, but also proximity of two countries, especially in the light of their affinity to different procedural circles within the continental Europe.

1. Debt Recovery Methods

Respecting payment terms remains a real challenge in the contemporary world. It is rather common nowadays that many companies encounter quite unpleasant situations where clients do not pay their services. Even though the economic effects of late or non-payments are well known, the payment behavior of private individuals and businesses is slowly changing. Taking this into account a solid legal framework that guarantees creditor access to prompt recovery of due monetary claims, especially the ones whose justification is not called into question is more than needed.

As in many other jurisdictions, Macedonian and Spanish policymakers appreciate resolving the disputes out of court. But, when amicable debt collection turns out to be unsuccessful, the creditor remains dependent upon obtaining an enforceable title through judicial proceedings. Upon failure of extrajudicial collection, the creditor has to decide which judicial proceedings is the most appropriate method depending on the type, amount and nature of the debt. In this respect, most common debt recovery methods in both countries include initiation of ordinary civil proceedings or special summary proceedings. Macedonian, as well as Spanish law recognizes some proceedings that are faster and more convenient for the creditor when the debt is recognized and documented in some type of financial legal instruments or trustworthy documents.

In that respect, in Macedonia, within the structure of ordinary civil procedure there is a payment order procedure. Beside the judicial proceedings there is also a procedure for issuing notarial payment order.¹¹ The Spanish law also regulates several separate swift proceedings along with the ordinary civil procedure (*juicio ordinario*), such as

¹⁰ For example, since 2008 Slovenia has a centralized and digitalized system of certification of uncontested claims in the competence of the District Court in Ljubljana. Estonia, Hungary and Poland also have an electronic filing and processing of the claims within a centralized system. See World Bank, *Towards Effective Enforcement of Uncontested Monetary Claims: Lessons from Eastern and Central Europe*, June 2017, p. 15, 17.

¹¹ Judicial payment order procedure is regulated with the Civil Procedure Act (Official gazette of RM, No 9/2005, 110/2008, 83/2009, 116/2010 and 124/2015, hereinafter CPA). The procedure for issuing notarial payment order is regulated with Notary Public Act (Official gazette of RM, No 72/2016 and 142/2016, hereinafter NPA)

the “monitorio” procedure (for claims documented in common commercial papers) and the “cambiario” procedure (for claims documented in negotiable instruments). The claim for payment can be realized through a notary public as well in the so called “monitorio notarial” procedure.¹²

2. Procedural Mechanisms for Certification of Uncontested Monetary Claims

Among the different procedural mechanisms intended for managing uncontested claims, the payment order procedure has proven to be an exceptionally valuable tool to ensure their rapid and cost-effective collection. The payment order procedure is widely used and it is generally regarded as successful method for recovery of debts due to its main characteristic as a fast-track and easy accessible procedure. It is a particular civil proceeding that has certain specific characteristics compared to the ordinary civil proceedings. The principal characteristic of this procedure is that it is aimed to ensure prompt enforceability of uncontested claims. Therefore, it is non-contentious in its essence and it is carried out without debtor’s participation. It is considered as a summary and reduced procedure for collection of overdue monetary claims that are proven by qualified documents which deserve special trust with regard to their origin and content.¹³ It is a procedure of reduced cognition which gives the possibility of determining the so-called conditional condemnation. In the course of this procedure the competent authority decides in merito whether the prerequisites for issuing an order for payment are fulfilled or not.¹⁴

Macedonian and Spanish law recognize fast-track proceedings for recovery of uncontested monetary claims which are acknowledged as payment order proceedings in its substance. Both countries have dual-track regime for obtaining an enforceable title for uncontested monetary claims: standard judicial proceedings for issuing a payment order¹⁵ and procedures before a notary public.

Regarding Macedonian legislative solutions in this sphere, it should be noted that for a considerably long time the enforcement on the basis of a trustworthy document was considered as the main mechanism for certification of uncontested claims.¹⁶ Certification of uncontested claims within the enforcement procedure is quite an

12 Juicio ordinario, juicio verbal, proceso monitorio and proceso cambiario are regulated with the Ley de Enjuiciamiento Civil (Civil Procedure Act, BOE-A-2000-323, hereinafter CPA). The monitorio notarial (reclamación de deudas dinerarias no contradichas) is regulated with the Ley del Notariado (Law on Notaries, BOE-A-1862-4073, hereinafter LN).

13 See also A. Јаневски, Т. Зороска Камилевска, Граѓанско процесно право, книга прва, парнично право [Civil Procedural Law, First Book, Civil Litigation Procedure], Скопје, 2012, p. 511.

14 Even though this procedure has different manifestation in different countries and also in the EU context, in general, it concerns a specific, ex parte procedure for obtaining an enforceable title in debt collection cases.

15 The procedure for issuing a judicial payment order in Macedonia and “proceso monitorio” in Spain.

16 As of today, certification of uncontested claims through a procedure of enforcement on a basis of a trustworthy document exists in Serbia, Croatia and Slovenia as primary method of certification. In Serbia, the court is competent, except in cases of collection of monetary claims based on utility bills which is in competence of the enforcement agent. In Croatia, the procedure is in the competence of the notary public, while Slovenia has opted for a centralized and digitalized system in the competence of the court.

unusual and unfamiliar procedural instrument in European context that was established due to merely practical reasons.¹⁷ With the enactment of the Enforcement Act of 2005, the trustworthy document was excluded as a ground for enforcement. This solution produced rapid increase of the number of court procedures for issuing a payment order since the creditors whose claims were proven with a trustworthy document (in order to collect them) had no other option but to initiate separate civil proceedings for issuing a payment order. This state of affairs generated great inefficiency causing additional burdening of the courts with new cases.¹⁸ In order to provide more efficient administration of justice and respond to the need of unburdening the courts from undisputed cases, the modern concept of “outsourcing” certain judicial responsibilities was accepted as a key reform in the sphere of certification of uncontested claims. In 2009 public notaries were given a genuine competence to render, upon creditor’s proposal, decisions to allow enforcement on the basis of a trustworthy document. From 2016, with the enactment of the new NPA, this procedure is regulated by the NPA as notarial payment order.¹⁹ As for the effects of dejudicialization regarding the certification of uncontested claims, the relevant figures for the last couple of years show

17 The introduction of a trustworthy document as a ground for enforcement was made in 1978. Apart from the principal rule that a ground for enforcement could only be an enforceable title and without inclining to any similar experience in comparative context, the Enforcement Procedure Act of 1978 introduced the trustworthy document as ground for enforcement due to pragmatic reasons – the main goal was to simplify the forcible collection of monetary claims by bypassing the payment order procedure. Taking into account the same reasons why the payment order procedure was introduced – the possibility of issuing a conditional condemnation in *ex parte* procedure if the claim is proven with a trustworthy document – it was considered that there is no obstacle to go a step forward and to allow enforcement on the basis of a trustworthy document instead of firstly initiating a payment order procedure and afterwards commencing enforcement. Given the fact that according to the new EA of 2005, the enforcement is conducted directly, without a prior proceedings for allowing enforcement, there was no possibility for the trustworthy documents to be considered as ground for enforcement mainly because they do not contain a statement of the debtor that he agrees not to be guaranteed the legal protection of his rights (which means reduction of his procedural rights), nor such an act of disposal of the rights can be assumed even though they have high degree of probability which proves the existence of a certain overdue monetary claim.

18 For illustration only, on 15 November 2008, 314.504 enforcement cases were pending before the Basic Court Skopje 2 in Skopje, in which the court had to act on a basis of a trustworthy document.

19 In Macedonia, the procedure for issuance of notarial payment order is in the competence of around 200 notaries.

positive results.²⁰ Although there is no explicit provision stating that the procedure for issuing notarial payment order is mandatory, it nevertheless has such a character. In light of the CPA which explicitly states that the judicial payment order is issued only if the obligation is to be fulfilled abroad²¹, the notarial payment order is considered as regular and principal instrument for collection of uncontested claims.

As for the available procedural instruments for obtaining an enforceable title for uncontested monetary in Spain, the *proceso monitorio* is a relatively new institute in the Spanish procedural law. It was introduced with the enactment of the Civil Procedural Act of 2000 as one of the principal novelties in order to strengthen the protection of the creditors.²² It was designed to take the form of swift proceedings through which the creditors seek to obtain an enforceable title promptly. It is currently one of the most widely used procedures in Spain.²³ Before the amendments of CPA in 2009, the issuance of the payment order was in competence of the judge. As of May 2010, this power is delegated to the court clerks. This solution produced more efficient and faster processing of the application. Since October 2015, another mechanism for obtaining an enforceable title for uncontested claims is provided – the so-called

20

Data regarding the notarial payment order	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Initiated proceedings	243.254 (100%)	241 966 (100%)	205 259 (100%)	275168 (100%)	256627 (100%)	84487 (100%)
Forwarded cases to the court	193 (0.08%)	198 (0,08%)	292 (0.14%)	68 (0.025%)	31 (0.012%)	241 (0.28%)
Issued notarial payment orders	216.753 (89%)	204 310 (84,4%)	175 760 (85.6%)	247393 (90%)	246534 (96.07%)	79771 (94.42%)
Final and enforceable payment orders	120.396 (49.5%)	115 027 (47.5%)	101 003 (49.4%)	125816 (51%)	125085 (51%)	27973 (35.1%)
Filed oppositions	13.061 (5.4%)	8 610 (3,5%)	7490 (3.7%)	6963 (3%)	7251 (2.94%)	3733 (4.68%)

Source: Notary Public Chamber of Republic of Macedonia

21 Art. 418 para 1 of the CPA.

22 Regarding the reasons for introduction of such a procedure, Section XIX of the Preamble of the Ley de Enjuiciamiento Civil states that it is deemed that through the channels of this procedure, which is efficient in several countries, a rapid and effective protection of monetary claims will be obtained, especially for professionals and medium and small businesses.

23 According to the statistical data provided by the General Council of Judiciary in 2016 a total of 537,054 *monitorio* proceedings were registered in first instance courts in Spain. See Consejo General del Poder Judicial, “La Justicia dato a dato”, Madrid, 2016, p. 64.

monitorio notarial. Its substance is two folded: it is aimed to provide a protection of claims, on the one hand, and to lighten the workload of the courts, on the other. As it is explicitly noted in the Preamble of Ley de la Jurisdicción Voluntaria: "It can contribute significantly to a substantial decrease in the volume of cases that enters annually in the Courts, by constituting itself as an alternative to the judicial collection of claims."²⁴ Unlike the legal regulation in Macedonia, the Spanish system provides a concurrent competence of the courts and notaries regarding the certification of uncontested claims. Namely, monitorio notarial is an optional instrument available to the creditor for recovery of certain claims²⁵ that exists as alternative to the proceso monitorio. It is considered to be a fast and convenient mechanism for obtaining enforceable title in those cases where the creditor has a document that accredits the debt but lacks enforceability, avoiding the court proceedings when there is no contentiousness among the parties but an unjustified resistance of the debtor to fulfill his obligations.

3. Claims Suitable for Certification and Grounds for Certification

The laws of both countries prescribe several criteria that the recoverable claim must meet in order for the creditor to obtain an enforceable title based on the presumption that the claim will remain uncontested. Those criteria refer to the nature and the characteristics of the claim as well as the appropriate written evidence that prove the existence of the claim. Fulfillment of such criteria is essential for the admissibility and justification of the application for certification of uncontested claims.

The scope of application of procedures for certification of uncontested claims is limited only to monetary claims in both legal systems. While in Macedonia, the legislator insists that the claim must be monetary and due, the Spanish approach is more detailed, providing that the claim must be monetary, liquid, specific, due and exigible.²⁶

Regarding the issue whether the certification of uncontested claims should be limited only on claims up to a certain amount, unlike some procedural systems where the access to the available procedural mechanisms is restricted by introduction of a ceiling as to the amount that can be claimed²⁷, in Macedonia and Spain these procedures are accessible to the creditors regardless of the amount. Though, Macedonian legislator has never provided an upper limit regarding the availability of such procedures, in Spain that wasn't always the case. Namely, in 2000 when it was introduced for the first time, proceso monitorio was suitable for recovery of claims up to 30.000 Euros. Since May 2010, the ceiling was raised considerably to an amount of 250.000 Euros. As of October 2011, the value census was vacated entailing that

24 See Section XI of the Preamble of Ley de la Jurisdicción Voluntaria, 15/2015, of 2 July, 2015.

25 According to Art. 70 para 1 of the Spanish NPA certain claims cannot be recovered through this procedure, such as claims based on a contract between an entrepreneur or professional and a consumer or user or claims in which public administration is concerned.

26 See Art. 418 para 1 of Macedonian CPA, Art. 70 para 1 of Macedonian NPA, Art. 812 para 1 of Spanish CPA, Art. 70 para 1 of Spanish NPA.

27 The issuance of a payment order up to a certain amount is common for Austria (for monetary claims up to 75.000 Euros) and Portugal (for monetary claims arising from contracts up to 15.000 Euros)

the monitorio procedure is accessible for recovery of monetary claims irrespective of their value.²⁸

As for the requirement of production of written evidence that justifies the existence of the claim that is to be recovered through a procedure of certification, both countries have accepted the “evidence” model of procedure for certification of uncontested claims meaning that the creditor is obligated to deliver documentary evidence in order for the procedure to be admissible.²⁹ In that regard, procedural provisions ask for production of certain documents as an essential prerequisite for processing of the claim having *numerus clausus* approach³⁰ when prescribing them. According to the Macedonian law, these documents are set under the term of a trustworthy document. The CPA sets the following documents as trustworthy: public documents; bills of exchange and checks with protest and with return accounts if those are necessary for founding of the claim; invoices; and documents which according to separate regulations have the meaning of public documents. The NPA regulation slightly defers, prescribing the excerpt from certified business books of bank, savings bank, financial corporation, financial lessor or insurance company in addition to the documents mentioned previously.³¹ According to the Spanish CPA, one of the following documents is required to substantiate the application submitted: documents which are signed by the debtor or contain his seal, stamp, imprint or trademark or any other physical or electronic sign, regardless of their form and nature or the support used; invoices, delivery notes, certifications, telegrams, telefax or any other documents that, even unilaterally created by the creditor, are commonly used to document the credits and debts in relations that appears between creditor and debtor.³² In addition to this, the CPA provides that the *proceso monitorio* can be used when together with the document recording the debt, commercial documents evidencing a previous enduring relationship are provided and the debt is credited by means of certification of non-payment of amounts due for common expenses of communities of owners of urban real estate.³³ Regarding the enumeration of the trustworthy documents in both legal systems, obviously there is significant difference in the type of qualified documents prescribed. For example, as to the negotiable instruments, like bills of exchange and checks prescribed by the Macedonian laws,

28 Although the uncontested nature of the claim cannot be related to the magnitude of the amount involved in anyway, the justification of any such constraint of access can possibly be found in the protection of the debtor due to the fact that the certification of uncontested claims is an *ex parte* procedure. But, this reasoning can be acceptable only if the ordinary proceeding provides a higher degree of protection of the debtor than the proceedings for certification of uncontested claims. As for Spain, the limitation of the amount that can be claimed can partly be explained by the novelty of the payment order procedure to its procedural system. See Green Paper, p. 21.

29 The acceptance of the “evidence” model is intended to provide for the debtor’s protection as a safeguard against frivolous applications allowing the issuance of a payment order only after a summary examination of the merits of the case is done by a competent authority.

30 The *numerus clausus* approach regarding the trustworthy documents is a result over the practical experience that the claims for which there are written evidences that deserve trust with regard to their origin and content generally exist and the arguing over them in litigation *ex post* commonly turns out to be pointless. S. Triva, M. Dika, *Građansko parnično procesno pravo* [Civil Litigation Procedural Law], Zagreb, 2004, p. 812.

31 Arts. 418-a of CPA and 70 para 2 of the NPA.

32 Art. 812 para 1 of the Spanish CPA

33 Art. 812 para 2 of the Spanish CPA.

the same type of documents in Spain is subject to a different fast-track procedure for recovery of debts, the *proceso cambiario*.

4. Initiation and Course of the Proceedings for Certification of Uncontested Monetary Claims

The initiation of the proceedings for certification of uncontested claims is in the disposition of the creditor. The creditor whose claim fulfills the criteria for obtaining an enforceable title through proceedings for certification can file a motion³⁴ to the competent authority (court or notary public) with regard to the provisions regulating the jurisdiction. Both countries have the same approach when prescribing the rules on jurisdiction in these procedures with minor differences. In general, courts and notaries of the domicile of the debtor have the jurisdiction for certification of uncontested claims.³⁵ The provisions that regulate the further processing of the claims are more or less the same. After the initial motion, the competent authority *ex parte* examines whether the criteria for certification of uncontested claims are fulfilled, and if the motion is admissible and the assessment of the information given and the documentary evidence produced indicates that the claim is founded, the court or the notary public shall issue a payment order obligating the debtor either to recover the claim or to file an opposition in the specified time limit.

According to Macedonian law, the judicial payment order is issued without holding a hearing. In the payment order the court shall declare that the defendant (debtor) is obligated to fulfill the claim within 8 days (in disputes over bills of exchange or check, within 3 days) or to submit an opposition against the issued order within the same time limits. If the court does not accept the proposal for issuing a payment order, it shall continue the procedure upon the claim.³⁶ The procedure for issuing judicial payment order has to be completed within 3 months.³⁷ Regarding the notarial payment order, the notary public is only entitled to act upon admissible and justified proposals for issuance of notarial payment order. In that case, the notary shall render a decision granting the relief south i.e. he shall oblige the debtor within eight days to settle the creditor's claim or to file an opposition. If the notary considers that the proposal is inadmissible or unjustified, it shall forward the case to the competent court for further action and deciding as if a claim was filed. The final and enforceable decision for issuing a notarial payment order is an enforceable title.³⁸

Regarding Spanish procedures, once the *proceso monitorio* is initiated, if the

34 In Macedonia, the proceeding for issuance of judicial payment order is commenced with a claim and the procedure for issuance of notarial payment order is commenced with a proposal. In Spain, both *proceso monitorio* and *monitorio notarial* are commenced with a request.

35 According to Macedonian law, the court and notary of the domicile of the debtor have the jurisdiction to process the claim (Art. 68 para 1 of the Macedonian NPA and Art. 39 of the Macedonian CPA). In Spain, the jurisdiction lies with the court or the notary of the domicile of the debtor, the habitual residence or the place where the debtor could be found (Art. 813 of the Spanish CPA and Art. 70 para 1 of the Spanish NPA).

36 See Art. 420 and 421 of the CPA.

37 Art. 418 para 2 of the CPA.

38 Arts. 71 para 1/4, 78 and 73 para 4 of the NPA.

documents are valid or constitute a prima facie evidence of the right of the creditor, confirmed by what is set out in the request, the court clerk shall request the debtor to pay the creditor within a time-limit of 20 days or to appear before the court to oppose. If the debtor does not comply with the payment order or does not appear, the court clerk shall issue a decree terminating the payment order procedure and transfer the matter to the enforcement office. If the debtor complies with the payment order, the court clerk shall order the staying of the proceedings as soon as the payment has been evidenced.³⁹ In compliance with the judgment of the Court of Justice of the European Union of 14 June 2012⁴⁰, holding that Spanish law is not in accordance with the EU law on consumer protection since it does not allow the judge before which an application for an order for payment has been brought to assess of its own motion, in *limine litis* or at any other stage during the proceedings, whether a term contained in a contract concluded between a seller or supplier and a consumer is unfair, in 2015 the new provision was introduced regarding the *monitorio* procedure. It lays down that if the claim is grounded on agreements concluded with consumers, the judge shall *ex officio* examine whether any of the contractual terms may be classified as unfair. If any of the terms appears that could be found as unfair, the judge shall hear the parties and render a decision. If any of the terms are deemed to be unfair, the judge may decide either to decline the claim as inadmissible or to continue with the proceedings without applying the terms considered to be unfair.⁴¹ In respect of *monitorio notarial*, if the request of the creditor is admissible and justified, the notary shall require the debtor to pay the creditor within 20 days. If the defendant appears before the notary to formulate an opposition, the proceedings before the notary shall be terminated without prejudice to the creditor's right to recover the claim through judicial proceedings. If within the given time limit the debtor does not appear before a notary or does not file an opposition, the notary shall record such circumstance. In this case, the minutes shall be considered as enforcement title.⁴²

Although provisions regulating ordinary civil procedure prescribe presence of qualified representatives (attorney or procurator) above a certain amount, the Spanish CPA explicitly states that the presentation of the initial request in *proceso monitorio* shall not require an attorney or procurator.⁴³ In Macedonia, representation in the procedure for issuance of judicial payment order is not required. On the contrary, the NPA provides mandatory presence of an attorney when filing the proposal for issuing a notarial payment order.⁴⁴

5. Protection of the Debtor

Given the fact that procedural mechanisms for certification of uncontested

39 Arts. 815, 816 and 817 of the Spanish CPA.

40 Judgment of 14 June 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349.

41 See Art. 815 para 4 of the Spanish CPA.

42 Art. 71 of the Spanish NPA.

43 Art. 814 para 2 of the Spanish CPA.

44 Art. 68 para 2 of the NPA.

monetary claims are carried out as *ex parte* proceedings, the protection of the debtor is an important issue to be discussed. In comparative context, there are a number of instruments intended to provide for the debtor's protection: by introducing a ceiling as to the amount that can be claimed in this type of proceedings; by establishing the so called "evidence" procedural model where the creditor should produce written evidence which proves the justification of the claim; or by the possibility of stating an opposition against the issued payment order.

Both countries recognize the same mechanisms for protection of debtor's rights. They both have the so-called "evidence" model of payment order procedure and the possibility of opposing the issued payment order. Until recently, Spain also provided a ceiling for the access to the order for payment procedure.

Nevertheless, the possibility of filing an opposition against the payment order is considered as the most solid mechanism for protection of the debtor's rights. It is important to notice that in both legal systems the opposition is the only legal remedy available to the debtor in this type of proceedings meaning that the debtor has only one opportunity to contest the claim. The issuance of the payment order is regulated as one step procedure, so there is no further possibility of an ordinary appeal against the decision in the absence of opposition.

Regarding the opposition, the time limit for contesting the claims differs in both countries.⁴⁵ In Macedonia, the CPA provides that the debtor can oppose the judicial payment order within 8 days and in disputes over bills of exchange and checks, within 3 days from reception of the payment order.⁴⁶ As for the notarial payment order, it can be opposed within 8 days from reception of the decision for issuance of the notarial payment order.⁴⁷ In Spain, time limits for filing opposition are significantly longer. In *monitorio* procedure the debtor can file an opposition within 20 days from the notification.⁴⁸

Another question that arises in this context is whether the opposition should be reasoned. In many countries, the opposition against the issued payment order does not require the debtor to provide any justification. It is sufficient to state that he objects without the need for any further explanation.⁴⁹ Procedural provisions of both countries insist on reasoned opposition. This can be explained with the tendency of providing some kind of safeguard against frivolous oppositions given the fact that their filing can be used as dilatory tactic. The Macedonian CPA states that in the opposition the debtor is obligated to state the facts and evidence in respect of the contested part of the judicial payment order.⁵⁰ On the other hand, the NPA does not contain any provision whether the opposition against the notarial payment order should be reasoned or not. By our opinion, the opposition should be reasoned, stating the facts and evidence against the rendered decision of the notary. As for the Spanish *monitorio* procedure, in

45 Even though setting time-limits is rather a technical matter for the policymaker, granted time-limits should be such to provide a real opportunity for the debtor to prepare his defense.

46 Art. 420 para 2 of the CPA.

47 Art. 72 para 2 of the NPA.

48 Art. 815 para 1 of the Spanish CPA.

49 For example, in Germany and Sweden.

50 Art. 423 para 3 of the CPA.

2015 there was an amendment to include an obligation for the defendant, if opposing to the order for payment to file a founded and reasoned opposition, as opposed to succinct as was previously the case. The current procedural provision states that the debtor is obligated in a justified and grounded manner to allege the reasons why, in his opinion, he does not owe the amount claimed, either in full or in part.⁵¹

Regarding the filing of the opposition, it should be noted that in certain cases a need of a qualified representative is required. According to Spanish law, the opposition should be signed by an attorney or a procurator if their intervention is required depending on the amount of the claim. The CPA imposes their intervention if the amount exceeds 2000 Euros.⁵² In Macedonia, the intervention of the attorney is obligatory only if opposing against the decision of the notary for issuing a notarial payment order.⁵³ If opposing against judicial payment order there is no need of legal representation.

As for the course of the proceedings if the debtor files an opposition, the initiated procedure regularly follows the path of civil litigation. In Spain, there are distinct rules depending on the amount of the claim. If the amount does not exceed that set for “juicio verbal” (for claims not exceeding 6000 Euros), the court clerk shall terminate the monitorio procedure and the procedure will continue in accordance with the provisions for the oral procedure. If the amount of the claim exceeds 6000, the creditor shall be given a time limit of 1 month to file the claim according to the rules of ordinary civil procedure (juicio ordinario), on the contrary he shall issue an order declaring the staying of the proceedings and ordering the creditor to pay the costs.⁵⁴ Regarding the monitorio notarial, if the defendant appears before the notary to formulate an opposition, the proceedings before the notary shall be terminated without prejudice to the creditor’s right to recover the claim through judicial proceedings.⁵⁵

In Macedonia, if an opposition is filed against the judicial payment order within the given time limit the court shall assess whether it is necessary to schedule a preparatory hearing, or it may immediately schedule a main hearing. In the decision on the main issue, the court shall decide whether the payment order completely or partially stays in force or it is vacated.⁵⁶ Upon opposition against the notarial payment order, it is provided that the competent court decides in accordance with the provisions of the CPA, which means in a same manner as if opposition against the judicial payment order was filed.⁵⁷ The opposition is to be filed before a notary who rendered the payment order. The notary should submit the opposition to the competent court within 3 days from the date it was filed.⁵⁸ With the amendments of the CPA introduced in 2015, the procedure upon the opposition against the notarial payment order before the first instance court has to be completed within six months from the date of receipt

51 Art. 815 para 1 of the Spanish CPA.

52 Art. 818 para 1 of the Spanish CPA.

53 The opposition should be written by an attorney, containing his seal and signature. Art. 68 para 2 of the NPA.

54 Art. 818 para 2 of the Spanish CPA.

55 Art. 71 para 2 of the Ley del Notariado.

56 Art. 423 para 5 of the CPA.

57 Art. 428-a para 1 of the CPA.

58 Art. 72 para 3 of the NPA.

of the case. If an appeal against the court decision is filed, the second instance court must render its decision within 30 days.⁵⁹ The prescribed time frame is expected to contribute to greater efficiency of the procedure.

Conclusion

The comparative analysis of Macedonian and Spanish legislative framework showed that the available procedural mechanisms for obtaining an enforceable title for uncontested claims differ, more or less, in their conceptual organization and arrangement of the procedure. Notwithstanding the dissimilarities, both countries have established functional and effective systems that deliver encouraging results while coping with the problem of mass recovery of uncontested claims. Even though, in both countries the system for certification of uncontested monetary claims is considered as efficient and operative, there is always a room for improvement, especially if compared with national systems that carried out reforms which proved to be more than successful in this field. The identified effectiveness and good practices of particular mechanisms for certification of uncontested monetary claims can be an example for the policymakers regarding the optimization of the proceedings in their regulatory framework. By our opinion, the following steps should be taken into account as key reform measures regarding the further improvement of the system for certification of uncontested claims. The abandonment of the “evidence” model should be considered, given the fact that the “non-evidence” model significantly simplifies and shortens the time the competent authority needs to process the motion for certification. Simultaneous digitalization and centralization of the process should be taken into account as well. Centralized and fully electronic systems for obtaining enforceable title for uncontested claims are most appropriate in the context of mass recovery of uncontested claims since they provide expectable timelines, minimal engagement of judges or other high profiled legal professionals, equal workload for the officials competent for processing the claim and greater opportunity for cost-effective procedure.

Bibliography

A. Јаневски, Т. Зороска Камиловска, Граѓанско процесно право, книга прва, парнично право [Civil Procedural Law, First Book, Civil Litigation Procedure], Скопје, 2012, p. 511.

A.Uzelac, M. Bratković, Certificiranje nespornih tražbina u domaćem i poredbenom pravu [Certification of Uncontested Claims in National and Comparative Law], Zbornik Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i uporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća, Split, 2015, p. 83; Green Paper, p. 8

⁵⁹ Art. 428-v para 2 of the CPA.

Consejo General del Poder Judicial, “La Justicia dato a dato”, Madrid, 2016, p. 64.

S. Triva, M. Dika, Građansko parnično procesno pravo [Civil Litigation Procedural Law], Zagreb, 2004, p. 812.

Galič, Izdavanje platnog naloga i arbitraža [Issuing of a Payment Order and Arbitration], Pravo u gospodarstvu, Vol. 51, br. 6, 2012, str. 1482.

Green Paper on a European Order for Payment Procedure and on Measures to Simplify and Speed up Small Claims Litigation COM (2002) 746, p.7 (hereinafter Green Paper).

World Bank, Towards Effective Enforcement of Uncontested Monetary Claims: Lessons from Eastern and Central Europe, June 2017, p. 15, 17.

Sviluppo sostenibile: l'evoluzione giuridica di un concetto mai definito

Sustainable development: the legal evolution of a never defined concept

Stefania Pedrabissi¹

Sommario: Astratto; Note introduttive; 1. Sviluppo sostenibile e funzione amministrativa; 2. Il principio precauzionale quale minimo comun denominatore; 3. La doverosità giuridica del principio di sostenibilità e il ruolo delle Regioni: il caso della legge regionale dell'Emilia Romagna n. 24 del 21 dicembre 2017; 4. Le città "intelligenti"; Riflessioni conclusive; Bibliografia

Astratto: L'esigenza di comprendere, in concreto, quali strumenti possano e dare attuazione a politiche di governance aderenti al concetto di sviluppo sostenibile, pone l'interprete dinnanzi ad una serie di interrogativi: anzitutto, se sia possibile trasferire il principio di sviluppo sostenibile dal suo "habitat" naturale, la dimensione sovranazionale di strumento di soft law, al diritto positivo. A questo primo quesito è possibile fornire, da subito, una risposta positiva: il c.d. Codice dell'Ambiente, introdotto nel nostro ordinamento con d. lgs. 3 aprile 2006 n.152 nella prima versione non conteneva alcun riferimento allo sviluppo sostenibile né ad altri principi ambientali; solo a seguito del correttivo del 2008 (d.lgs.16 gennaio 2008, n.4 che ha modificato il d.lgs. n.152) essi sono stati codificati. L'art. 3 - quater è dedicato allo sviluppo sostenibile, segnatamente al I comma dispone "ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future". Nel II comma il legislatore si rivolge principalmente all'attività delle pubbliche amministrazioni sancendo come essa debba "essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa tra interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione".

Parole chiave: sviluppo sostenibile; evoluzione giuridica;

Abstract: The need to understand, in practice, which tools can and implement governance policies adhering to the concept of sustainable development, places the interpreter in front of a series of questions: first of all, whether it is possible to transfer the principle of sustainable development from its Natural "habitat", the supranational dimension of a soft law tool, to positive law. To this first question it is possible to immediately provide a positive answer: the so-called Environmental Code, introduced into our legal system with d. lgs. 152 of 3 April 2006 in the first version did not contain any reference to sustainable development or to other environmental principles; only following the 2008 corrective (legislative decree 16 January 2008, n.4 which modified the legislative decree n.152) have they been codified. Art. 3 - quater is dedicated to sustainable development, in particular the first paragraph states "every human activity legally relevant under this code must comply with the principle of sustainable development, in order to ensure that the satisfaction of the needs of current generations cannot compromise the quality of life and the possibilities of future generations ". In the second paragraph, the legislator mainly addresses the activity of public administrations, sanctioning how it must "be aimed at allowing the best possible implementation of the principle of sustainable development, so that in the context of the comparative choice between public and private interests characterized by discretion interests in the protection of the environment and cultural heritage must be given priority consideration ".

Keywords: Sustainable development; legal evolution;

¹ Professore aggregato di Diritto dell'ambiente, Università di Parma.

Recebido em: 10.01.2020
Aprovado em: 07.04.2020

Università di Parma
Itália

Volume 1, Número 1,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

Note introduttive

Il mio contributo all'Incontro di Studi internazionali ideato da Iberojur e dedicato al Diritto, alle Tecnologie e allo Sviluppo², muove da un'iniziale riflessione sulla peculiare genesi etimologica che caratterizza il concetto di sviluppo sostenibile per poi spostare il filtro di indagine verso quegli strumenti giuridici che ne consentono una concreta traduzione. L'obiettivo è quello di fornire un differente angolo visuale dal quale osservare la complessa tematica per cercare di comprendere come convivano e interagiscano principi dai contorni un po' nebulosi, quali lo sviluppo sostenibile e la precauzione, con altri "pilastri" del diritto dotati di forza precettiva e, come tali, cogenti. La complessità del rapporto tra sviluppo sostenibile e principi dotati di forza precettiva è, poi, ulteriormente ampliata dall'innegabile difficoltà di circoscrivere la portata applicativa del primi nei confronti dei secondi. Com'è noto, in particolare ai giuristi, le enunciazioni di principio caratterizzate da un elevato livello di indeterminatezza mal si conciliano con il principio della certezza del diritto che, sotto il profilo della tecnica di redazione delle norme, poco tollera formulazioni vaghe o nebulose; poiché enunciazioni di tale forma sono inidonee a garantire interpretazioni uniformi del diritto³. Pertanto il titolo da me scelto, ad una prima lettura, potrebbe rimandare ad un'accezione negativa, del concetto di sviluppo sostenibile. Ma così non è. Indubbiamente, il canone dello sviluppo sostenibile, su di un piano generale, assume ancora oggi un contenuto piuttosto indeterminato, un aspetto nebuloso il cui lato precettivo a fatica si distingue dal lato morale. La nozione di "sviluppo sostenibile" elaborata per la prima volta nel rapporto "Our common future"⁴, ma convenzionalmente indicato come Rapporto Brundtland - dal nome dell'ex premier della Norvegia allora Presidente della commissione incaricata di redigerlo - è un concetto caratterizzato da

2 Il presente saggio rielabora la Relazione presentata al III Encontro Iberoamericano de Direito e Desenvolvimento, Universidade Lusófona do Porto, Porto 3-4 settembre 2019.

3 Tema diffusamente trattato in dottrina, si veda, senza alcuna pretesa esaustiva: M. CAFAGNO, Principi e strumenti di tutela ambientale, Torino, 2007; F. FRACCHIA, Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana, Napoli, 2010; ID, Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future, in <http://www.rqda.eu/>; ID., Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art.2 cost. e doveri di solidarietà ambientale; in Dir. econ., 2002, 215 ss; ID, Il principio dello sviluppo sostenibile, in Studi sui principi del diritto amministrativo (a cura di M. RENNA F. SAITTA), Milano 2012, 437 ss.; D. SORACE, Principi e discipline generali dei procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente, in Trattato di Diritto dell'Ambiente (a cura di R. FERRARA, M. A. SANDULLI), Torino, 2014, 3 ss; M.P. VIPIANA, Tutela dell'ambiente e giudice amministrativo fra istruttoria processuale e sindacato dell'istruttoria procedimentale, in Diritto e processo amministrativo, 2015, 2-3, 937-964, ID, La soluzione "all'italiana" della posizione del proprietario di un sito inquinato non responsabile dell'inquinamento: il suggello della Corte di giustizia, in Giur.it., 2015, 6, 1480-1487.

4 Si veda il Report della World Commission on Environment and Development istituita nel 1983 dalle Nazioni Unite e composta dai rappresentanti di ventuno Paesi "(...) Uno sviluppo sostenibile deve perlomeno non apportare danni ai sistemi naturali che costituiscono la base della vita sulla Terra, vale a dire l'atmosfera, le acque, il suolo e gli esseri viventi. Non esistono precisi limiti alla crescita in termini di popolazione o di uso delle risorse, superati i quali si abbia disastro ecologico. Per il consumo di energia, materie prime, acqua e terra valgono limiti differenziati; molti di essi si manifestano in forma di costi crescenti e profitti calanti, anziché in forma di un'improvvisa scomparsa di una base di risorse. L'accumulo di conoscenze e lo sviluppo della tecnologia possono incrementare la capacità di conservare tale base; ma esistono pur sempre limiti ultimi, e la sostenibilità esige che, assai prima che li si raggiunga, il mondo assicuri equo accesso alle risorse limitate e riorienti gli sforzi tecnologici allo scopo di alleggerire le pressioni sull'ambiente". Il concetto è stato, in seguito, ripreso nel corso della Conferenza svoltasi a Rio de Janeiro nel 1992 e conclusasi con la Dichiarazione sull'ambiente. Nel 1997, a livello comunitario a seguito della firma del Trattato di Amsterdam, è stato inserito il riferimento a uno "sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche" (art.2 Trattato sull'Unione Europea).

un elevato grado di indeterminatezza; la sua utilità consiste nell'indicare la necessità di bilanciare il valore dello sviluppo con quello della tutela ambientale⁵. Ma nessuna indicazione se ne ricava in ordine al punto nel quale fissare l'equilibrio tra i due valori. A rendere ulteriormente indeterminato il concetto di sviluppo sostenibile contribuisce, altresì, l'elevato grado di incertezza che non consente agli interpreti di preventivare con esattezza la validità delle misure adottate in un'ottica futura. Eppure, proprio all'elevato grado di indeterminatezza che caratterizza i contorni del concetto di sviluppo sostenibile, si deve la fortuna del concetto medesimo, poiché la grande flessibilità ne ha consentito un'estesa applicazione, differentemente declinata nei vari ambiti di riferimento. Dimostrazione ne è il fatto che siamo qui, oggi, a parlarne in maniera multidisciplinare. Da tale cedevolezza logica ne discende come il reale significato di sviluppo sostenibile derivi dalla applicazione in concreto del principio stesso; ovvero si traduca e coincida con quelle scelte che di volta in volta vengono compiute dai soggetti investiti, ai vari livelli, del potere normativo. L'esercizio dei pubblici poteri deve, necessariamente, tradursi in strumenti che abbiano una prospettiva futura, a salvaguardia delle generazioni future che ricevono un'eredità fortemente "limitata" nell'utilizzo delle risorse naturali. Diviene fondamentale indirizzare i singoli strumenti, espressione di una pubblica potestà, verso un obiettivo di gestione diligente delle risorse naturali, in funzione della conservazione delle risorse stesse. Tali strumenti diventano, infatti, fondamentali nella traduzione sul piano giuridico di quei principi morali propri della responsabilità intergenerazionale. Il concetto di sviluppo sostenibile necessita, pertanto, di un novero di regole di condotta e di strumenti effettivi che gli consentano di acquisire una vera e propria portata precettiva e, al contempo, di liberarsi da quella miope visione iniziale che lo relegava a mera "sensibilità ambientale", un trust per le generazioni future (si veda infra). A questo punto appare maggiormente agevole comprendere il titolo del mio scritto: l'evoluzione giuridica coincide con le politiche di governance che in maniera progressiva sono state compiute in nome dello sviluppo sostenibile. La sostenibilità integra, oggi, gli aspetti ambientali con quelli economici⁶, la dimensione lavorativa⁷ con quella sociale e impone un approccio e un metodo interdisciplinare in grado di giustificare l'esercizio di poteri pubblici saldamente vincolati ai principi di legalità e proporzionalità.

1. Sviluppo sostenibile e funzione amministrativa

L'esigenza di comprendere, in concreto, quali strumenti possano e dare attuazione a politiche di governance aderenti al concetto di sviluppo sostenibile, pone l'interprete dinnanzi ad una serie di interrogativi: anzitutto, se sia possibile trasferire il principio di sviluppo sostenibile dal suo "habitat" naturale, la dimensione

5. Id,

6 Tema diffusamente trattato, si veda M. CLARICH, La tutela dell'ambiente attraverso il mercato, in *Annuario Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2007.

7 Basti pensare alle profonde innovazioni sostenibili nel mondo del lavoro, sul tema si vedano le riflessioni di A. BOSCATI, Il lavoro agile nell'ordinamento italiano come strumento di conciliazione vita-lavoro e di incremento della competitività nell'impresa e nella pubblica amministrazione, in questo Volume.

sovrana di strumento di soft law, al diritto positivo. A questo primo quesito è possibile fornire, da subito, una risposta positiva: il c.d. Codice dell'Ambiente, introdotto nel nostro ordinamento con d. lgs. 3 aprile 2006 n.152 nella prima versione non conteneva alcun riferimento allo sviluppo sostenibile né ad altri principi ambientali; solo a seguito del correttivo del 2008 (d.lgs.16 gennaio 2008, n.4 che ha modificato il d.lgs. n.152) essi sono stati codificati. L'art. 3 - quater è dedicato allo sviluppo sostenibile, segnatamente al I comma dispone "ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future". Nel II comma il legislatore si rivolge principalmente all'attività delle pubbliche amministrazioni sancendo come essa debba "essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa tra interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione". La norma attribuisce allo sviluppo sostenibile il rango di principio applicabile non solo alle scelte ambientali, ma a tutta l'attività amministrativa discrezionale⁸. Ne origina un ulteriore interrogativo e, cioè, se lo sviluppo sostenibile possa effettivamente orientare la funzione amministrativa. Per tentare di rispondere a quest'ultima domanda è necessario analizzare come e con quali limiti convivano lo "sviluppo sostenibile" e la "funzione amministrativa"⁹. Ci troviamo, infatti, di fronte a due nozioni apparentemente incompatibili. La prima, l'espressione funzione, dal latino *functio*, indica etimologicamente, l'adempimento di un compito, di una mansione. Il termine funzione, collegato all'esercizio di un pubblico potere, finisce con il coincidere con il concetto stesso di Amministrazione: come la più Autorevole dottrina ha avuto modo di sostenere¹⁰ l'affermazione di questa coincidenza ha come presupposto la constatazione che lo Stato provvede al perseguimento dei suoi fini per mezzo di una serie di attività che costituiscono le sue funzioni¹¹. E' in questo senso, dunque, che diviene possibile intendere e far coincidere l'amministrazione come una funzione dello Stato: essa è "l'attività pratica che lo Stato dispiega per curare in modo, immediato, gli interessi pubblici che assume nei propri fini". Pertanto la funzione amministrativa caratterizza il *proprium* dell'attività amministrativa: cura gli interessi pubblici, ricompresi nei fini dello Stato, in modo immediato. Secondo una delle definizioni più note¹², "funzione" è ogni potestà esercitata non per un interesse proprio o almeno esclusivamente proprio, ma per un interesse altrui o per un interesse oggettivo. Nella nozione di funzione sono da cogliere i due momenti della potestà e della alienità od

8 Così F. FRACCHIA, Sviluppo sostenibile, cit., 180.

9 Sia consentito il rinvio a S. PEDRABISSI, L'attuazione dello sviluppo sostenibile attraverso la funzione amministrativa, in *Un diritto per il futuro* (a cura di A. D'ALOIA, R. BIFULCO), Napoli, 2008, 377-399.

10 G. ZANOBINI, L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici, in *Trattato Orlando*, vol. II, 3° parte, Milano, Giuffrè, 1920, 2045.

11 G. MIELE, Pubblica Funzione e servizio pubblico, in *Noviss. Dig. It.*, VII, 1961,686, "(...) più opportunamente si ritiene allora che la pubblica funzione sia caratterizzata dall'ordinarsi e coordinarsi di una serie di attività intorno ad un potere giuridico pubblicistico dello Stato o di altro ente pubblico, e quindi consista in un complesso di attività organizzato per l'esercizio di un potere giuridico pubblicistico dello Stato o di altro ente pubblico"; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, Cedam, 1967, 227.

12 S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1937, 142.

oggettività dell'interesse con essa perseguiti. Questi due momenti possono ritrovarsi insieme anche nel diritto privato (si pensi agli istituti della patria potestà, dell'ufficio dell'esecutore testamentario, degli amministratori), ma anche nel diritto pubblico, laddove il loro ricorrere dovrebbe considerarsi predominante, avuto riguardo alle funzioni esercitate dallo Stato e dagli altri enti pubblici. Da ciò discende come sia ancora di estrema attualità l'accezione di funzione, quale attività necessaria all'adempimento o all'esercizio di mansioni, in un'ottica di odierna trasposizione dell'attività propria di un munus o di un officium¹³ che sorge da un originario significato di ufficio, ossia di astratta prefigurazione della competenza per lo svolgimento di una determinata attività e giunge ad una nozione di "funzione attiva" ed immediata. L'enunciazione del concetto di sviluppo sostenibile è parsa, da subito, idonea a esprimere un'esigenza proiettata al futuro, una visione mediata, sicuramente connessa all'utilizzo delle risorse naturali¹⁴. Lo sviluppo sostenibile definito nelle carte e documenti internazionali da Rio de Janeiro in poi, è pertanto quello sviluppo che si propone di soddisfare le esigenze del presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future. D'altra parte risulta ugualmente evidente come il principio dello sviluppo sostenibile assuma su di un piano generale, un contenuto ancora piuttosto indeterminato. Tuttavia se sino a poco più di un decennio fa la dottrina internazionalistica era ancora divisa sul punto se il principio dello sviluppo sostenibile assumesse o meno rilievo sul piano del diritto consuetudinario¹⁵, ad oggi si ritiene sostanzialmente corretta la tesi che ricollega allo sviluppo sostenibile un obbligo giuridico di attivazione,¹⁶ ontologicamente connesso ad una finalità di matrice pubblicistica che si traduce nel garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente e delle risorse naturali. Alla consacrazione di detto orientamento ha, di molto, contribuito quella parte della dottrina che ha evidenziato come sussista sempre uno stretto legame tra valori e principi: "(...) non c'è regola che non corrisponda a un principio e non c'è principio che non si colleghi a un valore. Il principio del medium nel quale troviamo un'apertura "morale" al valore e un'apertura

13 M.S. GIANNINI, Corso di diritto amministrativo, I-II, Milano, Giuffrè, 1965, 146 (a proposito del munus), 149 (a proposito dell'officium); sull'officium in Diritto romano, S. CANCELLI, Saggio sul concetto di "officium" in diritto romano, in Riv.it.scienze giur.,1957-1958, 351.

14 Si vedano le riflessioni di R. BIFULCO, Diritto e generazioni future: problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale, Milano, 2008.

15 Alcuni autori propendono per la tesi negativa, in ragione dell'epoca relativamente recente di affermazione di tale principio, per il quale saremmo in presenza dell'inizio di un processo piuttosto che della sua conclusione e, per la natura prevalentemente di soft law degli strumenti in cui lo stesso viene richiamato. Aderendo a tale orientamento, si giungerebbe a condividere l'idea secondo la quale un obbligo giuridico di conservazione o gestione razionale delle risorse naturali graverebbe sulle generazioni presenti nei confronti di quelle future, secondo lo schema del trust, parrebbe poco (o per nulla) rispondente alle caratteristiche proprie dell'ordinamento internazionale. Gli autori in parola preferiscono parlare di una semplice tendenza de lege ferenda all'affermazione del principio, pur ammettendo che vi siano alcuni aspetti della nozione di sviluppo sostenibile oramai prossimi al traguardo della consacrazione sul piano del diritto internazionale consuetudinario. Altri autori si sono invece espressi nel senso che il principio dello sviluppo sostenibile e l'idea di utilizzazione durevole delle risorse naturali farebbero oramai parte del diritto consuetudinario. Accogliendo quest'ultimo orientamento dottrinale, si giungerebbe ad una visione che consentirebbe di superare quell'impronta morale connessa ai concetti di sviluppo sostenibile e di responsabilità intergenerazionale, che inizialmente appariva di difficile traduzione giuridica.

16 T. MARTINES, L'ambiente come oggetto di diritti e di doveri, in Politica e legislazione ambientale, a cura di V. PEPE, Napoli, 1996, 23 ss; G. MORBIDELLI, Il regime speciale dell'ambiente, in Scritti in onore di A. Predieri, Milano 1977, II, 1121, 1166; S. GRASSI, Costituzioni e tutela dell'ambiente, in Costituzioni, razionalità, ambiente, a cura di S. SCAMUZZI, Torino, 1994 ss; R. FERRARA, Etica, ambiente e diritto: il punto di vista del diritto, in R. FERRARA - M.A. SANDULLI (diretto da), Trattato di diritto dell'ambiente, vol. I, Milano, 2014, 19 ss.

“pratica” alla regola”¹⁷. In quest’ottica l’apparente contrasto prospettato in apertura, tra funzione amministrativa e sviluppo sostenibile, si risolve laddove si consideri come la valutazione d’insieme della nozione di sviluppo sostenibile passi anche e soprattutto attraverso la cristallizzazione di comportamenti dei privati e la gestione delle funzioni amministrative. Ciò risulta meglio comprensibile ove si tenga conto di due fondamentali considerazioni: da un lato la nozione di funzione amministrativa deve essere intesa in senso “attivo”, ossia come un elemento in continua trasformazione ma pur sempre finalizzato a quell’oggettività dell’interesse che costituisce il proprium dell’azione amministrativa. In questa continua e globale evoluzione assumono primaria importanza sia la tipologia degli strumenti scelti sia i risultati effettivamente ottenuti. Dall’altro, lato si deve considerare come il principio di sviluppo sostenibile necessiti di un novero di regole di condotta e di strumenti effettivi che gli consentano di acquisire una vera e propria portata precettiva. Quanto sopra esposto consente di compiere un ulteriore passaggio: l’importanza del ruolo amministrativo, da intendersi quale funzione amministrativa “attiva” finalizzata all’effettiva attuazione dello sviluppo sostenibile, è ben comprensibile se filtrato attraverso il ricorso al principio precauzionale nella versione che impone un vero e proprio divieto di intraprendere determinate attività in difetto della prova della loro accettabilità ambientale. Il minimo comun denominatore tra i due concetti di funzione amministrativa e sviluppo sostenibile diviene, dunque il principio precauzionale¹⁸.

2. Il principio precauzionale quale minimo comun denominatore

Il principio dell’azione precauzionale costituisce uno sviluppo del criterio di prevenzione, in quanto richiede di agire (o a seconda dei casi di non agire) anche in mancanza di prova scientifica sugli effetti di un’attività determinata ed in presenza di una semplice minaccia di danno ambientale seri¹⁹. Tuttavia, permangono rilevanti

17 G. ZAGREBELSKY, Diritto per: valori, principi o regole? in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, L’ordine giuridico europeo: radici e prospettive, Il Milano, 2002, 877.

18 Il primo riconoscimento del principio di precauzione nell’ambito del diritto internazionale risale all’inizio degli anni Ottanta (Carta mondiale della Natura adottata dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1982). La nozione è stata poi ripresa in altri documenti internazionali sulla protezione dell’ambiente, tra i quali, in particolare, la dichiarazione ministeriale della seconda Conferenza internazionale sulla protezione del mare del nord (1987): “una strategia di precauzione si impone al fine di proteggere il Mare del Nord dai potenziali effetti dannosi delle sostanze più pericolose. Tale strategia può richiedere l’adozione di misure di controllo delle emissioni di tali sostanze prima che sia stabilito formalmente un legame di causa a effetto sul piano scientifico”. Ad esito della terza Conferenza internazionale sulla protezione del Mare del Nord (1990), una nuova dichiarazione ministeriale specifica ulteriormente la dichiarazione precedente: “I governi firmatari devono applicare il principio di precauzione, vale a dire adottare misure volte ad evitare gli impatti potenzialmente nocivi di sostanze che sono persistenti, tossiche e suscettibili di accumulazione biologica, anche quando non vi sono prove scientifiche dell’esistenza di un nesso causale tra le emissioni e gli effetti”. Il principio di precauzione trova consacrazione nel principio n. 15 della Dichiarazione di Rio (Conferenza di Rio sull’ambiente e lo sviluppo-Rio de Janeiro, 1992): “Al fine di proteggere l’ambiente, il principio di precauzione sarà ampiamente applicato dagli Stati secondo le rispettive capacità. Laddove vi siano minacce di danni seri o irreversibili, la mancanza di piene certezze scientifiche non potrà costruire un motivo per ritardare l’adozione di misure efficaci in termini di costi volte a prevenire il degrado ambientale”.

19 Si veda in dottrina S. GRASSI, Procedimenti amministrativi e tutela dell’ambiente, in Codice dell’azione amministrativa (a cura di A.M. SANDULLI), laddove l’A. afferma come “solo i principi sono in grado di guidare in modo trasversale, coordinandoli, i vari settori delle discipline giuridiche che vengono necessariamente coinvolti nella definizione delle politiche e delle legislazioni a tutela dell’ambiente”.

dubbi sia sul concreto significato sia sulla portata giuridica del principio medesimo. Segnatamente, parte della dottrina evidenzia in maniera critica come esso si basi su di un insieme di elementi per ognuno dei quali sussiste un margine di valutazione soggettiva molto ampio, il che può tradursi in significative difficoltà di applicazione, quali ad esempio l'esigenza che in presenza di ragionevoli di pericolo, spetterebbe a colui il quale intende porre in essere una determinata attività l'onere di provarne la compatibilità con le esigenze ambientali. A queste incertezze dal punto di vista contenutistico fanno riscontro significativi dubbi quanto all'efficacia giuridica del principio: ad oggi non risulta ancora essere chiara quale collocazione assuma sul piano giuridico.

La permanenza dei dubbi appena accennati, anche se si è di molto ridotta negli ultimi decenni, non sembra comunque essere sufficiente a demolire il ruolo di "anello mancante" fiduciosamente attribuito al principio dell'azione precauzionale: da un punto di vista funzionale esso costituisce evidentemente un "principio guida" per l'adozione delle decisioni in materia ambientale²⁰. Da ultimo deve essere sottolineato come l'introduzione del principio precauzionale quale linea guida incida innegabilmente e maggiormente a livello regionale in virtù della recente visione dei rapporti tra enti locali e collettività.

La matrice di doverosità è il sostrato comune di ambiente e sviluppo sostenibile²¹ e impone di adottare quelle scelte, legislative, prima, esecutive, poi, in grado di assicurare un uso sostenibile delle risorse e di assumere un atteggiamento precauzionale a fronte dell'incertezza. Il diritto ambientale costituisce, pertanto, il luogo naturale in cui si incontrano concetti tradizionali del diritto, quali la funzione amministrativa, e principi di matrice sovranazionale come quello dello sviluppo sostenibile. A completare il quadro della doverosità ambientale vi è poi il principio precauzionale che impone un vero e proprio divieto di intraprendere determinate attività in difetto della prova della loro accettabilità ambientale.

3. La doverosità giuridica del principio di sostenibilità e il ruolo delle Regioni: il caso della legge regionale dell'Emilia Romagna n. 24 del 21 dicembre 2017

Per le ragioni poc'anzi condivise è possibile affermare come le Regioni ricoprano un ruolo nevralgico nel tradurre gli stimoli sovranazionali e dare concreta attuazione ai principi di sviluppo sostenibile e precauzione, in virtù del rapporto di sussidiarietà tra enti locali e collettività. L'importanza di ben si comprende laddove si consideri come talvolta il legislatore regionale sia maggiormente sensibile, rispetto al legislatore nazionale, a garantire una reale collocazione sistemica a quei profili poc'anzi evidenziati. Un caso paradigmatico di perfetta integrazione è, infatti, rappresentato dai differenti interventi legislativi regionali in materia urbanistica che si sono susseguiti

20 M. AINIS, Questioni di "democrazia ambientale": il ruolo delle associazioni ambientaliste, in Riv. giur. ambiente, 1995, 217.

21 Così F. FRACCHIA, Il principio dello sviluppo sostenibile, in Diritto dell'Ambiente (a cura di G. ROSSI), Torino, 2017, spec.175.

in tempi recenti. Il 1 gennaio 2018 è entrata in vigore la legge regionale dell'Emilia Romagna n. 24 del 21 dicembre 2017, recante la "Disciplina regionale sulla tutela e l'uso del territorio". Già ad una prima lettura della "nuova legge" urbanistica emerge, quale tratto caratterizzante l'intero articolato legislativo, la "differente" concezione di governo del territorio - ma anche di pianificazione, di consumo del suolo e di impiego delle risorse territoriali - enunciata dal legislatore regionale e maggiormente aderente agli stimoli sovranazionali. La ratio della riforma del 2017 risiede nell'idea di un utilizzo urbano del territorio sostenibile e, più in generale, riproduce a livello locale quelle politiche di sustainability governance che il legislatore nazionale fatica, ancora, a positivizzare²². L'elemento di discontinuità rispetto alla precedente disciplina²³ che, all'esito della sua applicazione è parsa fortemente inadeguata e dai risultati per lo più deludenti, può essere sintetizzato nella concreta introduzione di una politica di pianificazione del territorio improntata ad una logica di contenimento del consumo di suolo attraverso la promozione del riuso e di rigenerazione di spazi già urbanizzati, unitamente al miglioramento della qualità urbana ed edilizia²⁴.

La genesi che caratterizza la legge del 2017 è ben nota e molteplici sono i fattori che hanno contribuito alla sua adozione: la progressiva centralità ricoperta, all'interno delle agende di politica internazionale, dal concetto di rigenerazione urbana²⁵ e di limitazione del consumo del suolo²⁶; l'ipertrofia sistemica cui è oramai giunta la disciplina del territorio; la frammentazione delle competenze e il pluralismo procedimentale sono le principali cause endogene ed esogene al sistema di pianificazione urbanistica che hanno contribuito all'emanazione della legge emiliana del 2017. In questa logica, la semplificazione degli strumenti di pianificazione territoriale pare essere la risposta sistemica all'esigenza, da più voci sollevata, di ripensare l'intera disciplina in una chiave di reale sussidiarietà orizzontale, in grado di fornire una concreta traduzione degli stimoli sovranazionali da tempo indirizzati ad un uso sostenibile del territorio. La l. r. n. 24 del 2017 non rappresenta l'unico intervento legislativo finalizzato ad affrontare il tema del consumo del suolo e della rigenerazione urbana; negli ultimi anni, anche a livello nazionale, si riscontra un costante interesse ai profili sopra evidenziati che non si accompagna, però, ad una puntuale traduzione sul piano giuridico. L'assenza di un quadro legislativo organico ha consentito alle Regioni di disporre di ampi margini di manovra; la legge emiliana ripensa la cura degli spazi urbani e semplifica le procedure,

22 Sul tema si rinvia a G. F. CARTEI, Il problema giuridico del consumo del suolo, in Trattato di diritto dell'ambiente, diretto da P. DELL'ANNO - E. PICOZZA, Padova Cedam, 2015; M.P. CHITI, Il ruolo della Comunità europea nel governo del territorio, in Riv. giur. Edilizia, 2003, 3, 91 ss; G. GUIZZARDO, La regolazione multilivello del consumo del suolo e del riuso dell'abitato, in Riv. it dir. pubbl. comunit., 2018, 1, 125 ss; G. TORELLI, La rigenerazione urbana nelle recenti leggi urbanistiche e del governo del territorio. in Ist. Fed., 2017, 663 ss.

23 Sul tema si veda M. DUGATO, L'uso accettabile del territorio, in Istituz. Fed., 2017, 3, 598. Più in generale si consideri come la l.r. n. 20 del 2000, sia risultata poco efficace sotto il profilo pratico a causa, principalmente, dell'elevato numero di strumenti di pianificazione estremamente complessi nell'elaborazione e nel coordinamento.

24 Si rinvia all'ampia trattazione di: A. ASSINI, Pianificazione urbanistica e governo del territorio, Padova, 2000; F. CORTESE, La pianificazione urbanistica, in D. DE PRETIS, A. SIMONATI (a cura di), Diritto urbanistico e delle opere pubbliche, Rimini, 2017, 44 ss.

25 Si veda Comunicazione della Commissione Tabella di marcia verso un'Europa efficiente nell'impiego delle risorse, COM (2011) 571; Comunicazione della Commissione, La problematica urbana: orientamenti per un dibattito europeo, COM (97) 119.

26 Comunicazione della Commissione Europa 2020, Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, COM (2010) 2020.

aspetti verso i quali da tempo si è indirizzata l'attenzione dei riformatori con esiti mai soddisfacenti. Alle criticità del sistema, rinvenibili principalmente nel aver delineato un meccanismo di difficile realizzazione con particolare riferimento ai quei Comuni che per le ridotte dimensioni non dispongono di idonee competenze tecniche²⁷, la l.r. n.24 del 2017 intende porre rimedio perseguendo, anzitutto, l'obiettivo della semplificazione degli strumenti urbanistici in un'ottica sostenibile.

4. Le città "intelligenti"

Ma la sostenibilità è legata anche all'impiego delle tecnologie e la trattazione di quest'ulteriore profilo mi consente di ricollegarmi ad un altro tema evocato dal titolo dell'odierno Incontro: il concetto di smart city, progetto che nasce per indicare l'infrastruttura tecnologica di cui le città più innovative si possono dotare per essere moderne, sostenibili e maggiormente competitive nell'organizzazione dei servizi e degli individui²⁸. L'idea centrale della smart city²⁹ è quella di modificare i processi urbani fino a costituirne un'infrastruttura più vicina alla governante cittadina. In quest'ottica la smart city è promessa di nuovi standard di efficienza e competitività, obiettivo sul quale ha investito l'Unione Europea con il Settimo Programma Quadro per la ricerca e con la Strategia Europe 2020, dove la smart city è uno dei pilastri per lo sviluppo economico dei prossimi anni. Ampliando l'orizzonte e i confini attraverso uno sguardo globale ci rivela due tipi di smart city: da un lato città costruite dal nulla secondo una logica top-down perfettamente in linea con l'immaginario iper-tecnologico promosso dalle grandi Corporation come Masdar negli Emirati Arabi, Songdo nella Corea del Sud o Living Plan IT in Portogallo. Questo modello, però talvolta tradisce lo spirito originario della smart city che pone al centro il cittadino e scelte di governance pensate per principalmente per soddisfare le esigenze specifiche della collettività, per divenire altro. Dall'altro, ci sono numerose città internazionali quali Boston e New York, ma anche Genova, Milano, Londra e Manchester che hanno cercato di implementare progetti mirati nel campo dell'energia o in quello dei trasporti o in entrambi i segmenti per rispondere a specifici problemi su scala locale. Questo secondo modello che pensa a soluzioni da applicarsi in contesti urbani socialmente e politicamente complessi è, forse, maggiormente aderente all'idea originaria di smart city. Una città è smart quando può contare su un'economia dove gli individui sono votati all'imprenditorialità e alla creatività e dove c'è un mercato del lavoro flessibile e integrato nei mercati internazionali³⁰. In Italia le città c.d. smart sono nella maggioranza dei casi dei progetti

27 Il modello basato sulla scomposizione tra piano strutturale comunale e regolamento urbanistico ed edilizio si è rivelato, infatti, meno virtuoso e assai più complesso del previsto.

28 Così L. SARTORI, *Alla ricerca della smart citizenship*, in *Ist. Fed.*, 4, 2015, spec. 927.

29 Tecnicamente l'espressione "smart" indica la capacità di un'applicazione o di un servizio di imparare da situazioni pregresse per poter comunicare con altri dispositivi e utilizzatori. Nell'uso comune le espressioni "smart city" e "città intelligenti" sono spesso impiegate quali sinonimi anche se non perfettamente sovrapponibili. Smart rimanda a una visione maggiormente aderente all'impiego di risorse tecnologiche mentre la locuzione "città intelligenti" involge il concetto, più ampio, di un processo urbano governato da risoluzioni economiche, tecnologiche e sociali di nuova generazione.

30 Si veda L. SARTORI, *Alla ricerca*, op. cit., 930 ss.

non ancora realizzati anche per la mancata centralità dei cittadini, pur tuttavia tra le varie declinazioni del concetto di smart community assume particolare rilevanza lo spazio che le città intelligenti progettano per i trasporti intelligenti. La politica della smart mobility sta avendo un grande successo, ma disgiunta da una rimodulazione dei modelli sottostanti ad altre attività sociali, come l'orario delle scuole o dei pubblici uffici, rischia di vanificarne gli effetti. La mobility smart si riferisce invece a sistemi di trasporto integrati, moderni, sostenibili e organizzati sulla base di dati raccolti da diversi tipi di sensori. Altro strumento di governo della città che ha dato buoni risultati è Open government, la collaborazione tra una pubblica amministrazione trasparente e un cittadino partecipativo: l'amministrazione apre i dati in suo possesso affinché possano essere elaborati unitamente a quelli raccolti dalle infrastrutture smart da cittadini e imprese per risolvere problemi su scala locale³¹. Per raggiungere questi standard di efficienza è necessario implementare il ricorso allo strumento del partnership pubblico-privato con l'obiettivo di attrarre nuovo capitale umano e sociale per alimentare classi sociali emergenti che si configurano come attori collettivi, la c.d. "classe creativa" che coniuga i pregi dell'imprenditorialità privata alla realizzazione di progetti pubblici. Il pregio della smart city è la responsabilizzazione del singolo, l'idea di far partecipare attivamente il cittadino alla governance della città intelligente attraverso processi di co-creazione a livello locale.

Riflessioni conclusive

Se da un lato pare fuor dubbio come il principio di sviluppo sostenibile sia giunto al termine di quel processo di cristallizzazione "positivizzando" il consenso generale della Comunità internazionale - esso è richiamato da una pluralità di atti dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, ed in numerosi documenti adottati al termine di conferenze intergovernative - dall'altro una pari diffusione la si riscontra in leggi nazionali, documenti programmatici nazionali e regionali³². Basti pensare al già citato Codice dell'Ambiente il cui perno è costituito dallo sviluppo sostenibile, esso rappresenta, infatti, la sintesi tra la possibilità da parte dei singoli di fruire liberamente del bene Ambiente (bene indivisibile, immateriale, non patrimoniale) e il vincolo posto in capo alle generazioni attuali a garanzia di quelle future. Con l'ulteriore premessa che le funzioni attribuite alle amministrazioni e destinate alla tutela dell'ambiente debbano essere esercitate a monte, anziché a valle delle attività umane, come accade nel procedimento di valutazione di impatto ambientale, per l'appunto, disciplinato dal c.d. Codice dell'Ambiente³³. Si tratta, in sintesi, di un procedimento amministrativo (con funzione autorizzatoria) finalizzato all'adozione di un provvedimento finale, c.d. VIA, integralmente improntato ai principi di precauzione, prevenzione e sostenibilità. La VIA è una valutazione preventiva che "processa" le scelte prima che vengano realizzate

31 Sia consentito il rinvio a S. PEDRABISSI, Il capitale umano nella pubblica amministrazione: dall'accesso al conferimento degli incarichi dirigenziali, tra conoscenze e competenze, Relazione al Convegno Associazione Professori di Diritto Amministrativo, in www.diritto-amministrativo.org.

32 M. ALMERIGHI e G. ALPA, Diritto e ambiente, I-II, Padova, Cedam, 1995, 687.

33 Si veda M. A. SANDULLI, Brevi riflessioni sulla V.I.A., in Riv.giur.ed., 1989,5,133-141.

in concreto le opere. A fronte della necessità di realizzare un'opera la cui incidenza negativa sulla risorsa dell'ambiente non è predeterminata, diviene necessaria una valutazione tecnico- scientifica degli effetti diretti ed indiretti del progetto di opera sull'ambiente. La valutazione antecedente al compimento dell'azione umana è, altresì, ben presente nei recenti interventi di riforma del governo del territorio, laddove il legislatore delegato

Il progressivo emergere della dimensione giuridica dell'ambiente ha spinto il legislatore nazionale e delegato ad affrontarne, in tutta la sua complessità sistemica, i principali elementi di criticità. La progressiva centralità assunta nelle agende politiche internazionali di politiche sustainability governance ha consentito a detti principi di ricevere una collocazione assiologica primaria, seppur non immediata. L'ambiente è oggetto di un dovere di solidarietà che grava sull'essere umano, l'ambiente non è il risultato di un'attività della pubblica amministrazione, è la somma di una pluralità di comportamenti virtuosi da parte dell'insieme dei soggetti privati e pubblici e la funzione dell'amministrazione è quella di garantirne il risultato.

Bibliografia

A. BOSCATI, Il lavoro agile nell'ordinamento italiano come strumento di conciliazione vita-lavoro e di incremento della competitività nell'impresa e nella pubblica amministrazione, in questo Volume.

A S. PEDRABISSI, Il capitale umano nella pubblica amministrazione: dall'accesso al conferimento degli incarichi dirigenziali, tra conoscenze e competenze, Relazione al Convegno Associazione Professori di Diritto Amministrativo, in www.diritto-amministrativo.org.

A. ASSINI, Pianificazione urbanistica e governo del territorio, Padova, 2000;

C. MORTATI, Istituzioni di diritto pubblico, I, Padova, Cedam, 1967, 227.

D. DE PRETIS, A. SIMONATI (a cura di), Diritto urbanistico e delle opere pubbliche, Rimini, 2017, 44 ss.

D. SORACE, Principi e discipline generali dei procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente, in Trattato di Diritto dell'Ambiente (a cura di R. FERRARA, M. A. SANDULLI), Torino, 2014, 3 ss;

F. FRACCHIA, Il principio dello sviluppo sostenibile, in Diritto dell'Ambiente (a cura di G. ROSSI), Torino, 2017, spec. 175.

F. FRACCHIA, Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana, Napoli, 2010;

G. F. CARTEI, Il problema giuridico del consumo del suolo, in Trattato di diritto dell'ambiente, diretto da P. DELL'ANNO - E. PICOZZA, Padova Cedam, 2015;

G. GUIZZARDO, La regolazione multilivello del consumo del suolo e del riuso dell'abitato, in Riv. it dir. pubbl. comunit., 2018, 1, 125 ss;

G. MIELE, Pubblica Funzione e servizio pubblico, in Noviss. Dig. It, VII, 1961, 686

- G. MORBIDELLI, Il regime speciale dell'ambiente, in Scritti in onore di A. Predieri, Milano 1977, II, 1121, 1166;
- G. TORELLI, La rigenerazione urbana nelle recenti leggi urbanistiche e del governo del territorio. in Ist. Fed., 2017, 663 ss.
- G. ZAGREBELSKY, Diritto per: valori, principi o regole? in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, II Milano, 2002, 877.
- G. ZANOBINI, L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici, in Trattato Orlando, vol. II, 3° parte, Milano, Giuffrè, 1920, 2045.
- L. SARTORI, Alla ricerca della smart citizenship, in Ist. Fed., 4, 2015, spec. 927.
- M. A. SANDULLI, Brevi riflessioni sulla V.I.A., in Riv.giur.ed., 1989, 5, 133-141.
- M. AINIS, Questioni di "democrazia ambientale": il ruolo delle associazioni ambientaliste, in Riv. giur. ambiente, 1995, 217.
- M. ALMERIGHI e G. ALPA, Diritto e ambiente, I-II, Padova, Cedam, 1995, 687.
- M. CAFAGNO, Principi e strumenti di tutela ambientale, Torino, 2007;
- M. CLARICH, La tutela dell'ambiente attraverso il mercato, in Annuario Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Milano, 2007.
- M. DUGATO, L'uso accettabile del territorio, in Istituz. Fed., 2017, 3, 598
- M.P. CHITI, Il ruolo della Comunità europea nel governo del territorio, in Riv. giur. Edilizia, 2003, 3, 91 ss;
- M.P. VIPIANA, Tutela dell'ambiente e giudice amministrativo fra istruttoria processuale e sindacato dell'istruttoria procedimentale, in Diritto e processo amministrativo, 2015, 2-3, 937-964;
- M.S. GIANNINI, Corso di diritto amministrativo, I-II, Milano, Giuffrè, 1965, 146 (a proposito del munus), 149 (a proposito dell'officium); sull'officium in Diritto romano,
- R. BIFULCO, Diritto e generazioni future: problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale, Milano, 2008.
- R. FERRARA - M.A. SANDULLI (diretto da), Trattato di diritto dell'ambiente, vol. I, Milano, 2014, 19 ss.
- S. CANCELLI, Saggio sul concetto di "officium" in diritto romano, in Riv.it.scienze giur., 1957-1958, 351.
- S. GRASSI, Costituzioni e tutela dell'ambiente, in Costituzioni, razionalità, ambiente, a cura di S. SCAMUZZI, Torino, 1994 ss;
- S. PEDRABISSI, L'attuazione dello sviluppo sostenibile attraverso la funzione amministrativa, in Un diritto per il futuro (a cura di A. D'ALOIA, R. BIFULCO), Napoli, 2008, 377-399.
- S. ROMANO, Corso di diritto amministrativo, Padova, Cedam, 1937, 142.
- T. MARTINES, L'ambiente come oggetto di diritti e di doveri, in Politica e legislazione ambientale, a cura di V. PEPE, Napoli, 1996, 23 ss;

Direitos fundamentais e contrato de trabalho intermitente no Brasil: uma leitura propositiva

Fundamental rights and intermittent labor contract in Brazil: a propositive reading

Denise Fincato¹

Sumário: Resumo; Introdução; 1. Perspectiva Comparada, Definição E Elementos Essenciais; 2. Trabalho Intermitente no Brasil: A Tramitação Do PLC Nº 38/2017 (Reforma Trabalhista); 3. Comentários à Disciplina do Trabalho Intermitente no Brasil; 4. Conclusão; Revisão bibliográfica

Resumo: O trabalho intermitente é fato social antigo na sociedade brasileira. A ausência de regulamentação a esse tipo de prestação de serviços gerava a precarização da relação e, conseqüentemente, condenações trabalhistas vultosas. O contrato intermitente já é utilizado em diversos países, onde pode ser chamado de contrato de zero hora ou contrato à chamada, assentando-se sempre na premissa do pagamento do trabalho por hora efetivamente laborada. A Reforma Trabalhista insere o contrato intermitente no § 3º do artigo 443, desenvolvendo-o nos artigos 452-A e seguintes. Houve regramento temporário pela Medida Provisória nº 808/2017, que perdeu vigência em Abril de 2018 e atualmente vige Portaria ministerial que o regula. O estudo analisa as intenções da proposta legislativa e, com base no princípio da boa-fé (que também se aplica ao legislador), entende-a favorável ao mercado de emprego do Brasil, especialmente no tocante à entrega de um padrão mínimo de garantias fundamentais.

Palavras-Chave: Contrato Intermitente. Reforma Trabalhista. Direitos Fundamentais.

Abstract: Intermittent work is an old social fact in Brazilian society. The absence of regulation to this type of service rendered the precariousness of the relationship and, consequently, high labor condemnations. The intermittent contract is already used in several countries, where it can be called a zero-hour contract or contract to call, always based on the premise of the payment of work per hour actually worked. The Labor Reform inserts the intermittent contract in § 3 of article 443, developing it in articles 452-a and following. There was a temporary amendment by Provisional Measure No. 808/2017, which lost its validity in April 2018 and is currently in force with the Ministerial Order that regulates it. The study analyzes the intentions of the legislative proposal and, on the basis of the principle of good faith (which also applies to the legislator), considers it favorable to the Brazilian employment market, especially with regard to the delivery of a minimum standard of fundamental guarantees .

Keywords: Intermittent Contract. Labor Reform. Fundamental rights.

¹ Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidad Complutense de Madrid (Espana). Doutora em Direito pela Universidad de Burgos (Espana). Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professora Pesquisadora do PPGD da PUCRS. Acadêmica Titular da Cadeira nº 34 da ASRDT. Advogada e Consultora Trabalhista, Sócia de Souto Correa, Cesa, Lumertz e Amaral Advogados. E-mail: dpfincato1@gmail.com.

Recebido em: 11.03.2020
Aprovado em: 14.05.2020

Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul
Brasil

Volume 1, Número 1,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487

Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

Introdução

Interpretações em linhas diversas das majoritárias costumam trilhar caminhos espinhosos em determinadas áreas do saber. Assim acontece com o Contrato Intermitente que, no Brasil, foi visto como precarizador das relações de trabalho. A velocidade das últimas transformações não tem permitido a reflexão e sequer a sedimentação de conhecimentos mínimos e este estudo avança em busca de outras leituras ao instituto. O “contrato de trabalho intermitente” é realidade no Brasil há tempos e sua utilização sem a imposição de observância de parâmetros legais mínimos era geradora de insegurança jurídica.

O trabalho intermitente é popularmente chamado de “bico” e constitui-se em uma espécie de trabalho informal, já incorporado à cultura laboral brasileira que, com a inserção da nova modalidade contratual no conjunto normativo, torna-se passível de registro e regularização. A questão do trabalho intermitente é especialmente sensível ao setor da hotelaria, bares e restaurantes, sabidamente com maior movimento em determinados dias da semana ou épocas do ano. Tais trabalhadores, prestam serviços sem qualquer registro de seu trabalho, recebendo valores ajustados diretamente com o tomador de serviços, sem vinculação à previdência social, depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e muito menos recebimentos de férias e 13º salário.

O contrato intermitente impõe a quebra do paradigma do trabalho ao molde da Revolução Industrial: um trabalho a tempo contínuo e integral, no qual paga-se pelo uso do dia da pessoa e não pelo trabalho efetivamente prestado. No novo cenário do trabalho verifica-se a crescente rarefação do emprego, a contratação a tempo parcial como tendência, a remuneração do trabalho estritamente prestado e a auto-gestão da vida laboral e previdenciária como algo básico a qualquer cidadão.

Sem dúvidas, o trabalho intermitente é relevante à sociedade, pois seus operadores constituem massa trabalhadora necessária ao movimento dos setores onde atuam. Mais: a atividade intermitente incrementa os orçamentos familiares e sua normatização permite o registro da experiência na profissão, tão necessária em se falando de “primeiro emprego”. No entanto, é de se reconhecer, sem regulamentação, há precariedade para ambos os lados.

O ingresso do tipo contratual no ordenamento jurídico significa apenas a regulamentação de um fato social incontestado, a potencial pacificação das relações e a inserção de pessoas no mercado formal de emprego e previdência social.

Seu bom ou mau uso, dependem exclusivamente da índole dos envolvidos em cada relação. Toma-se como pressuposto deste raciocínio o contido no Relatório da Comissão Legislativa Especial, segundo o qual a Reforma Trabalhista teria por principal objetivo “[...] aprimorar as relações do trabalho no Brasil [e] atualizar os mecanismos de combate à informalidade da mão-de-obra no país [...]”.

O estudo bordeia os Direitos Fundamentais Sociais (art. 7º CF/88), testando se, no plano jurídico, a inserção da modalidade contratual na codificação nacional fere os primados básicos sobre tais títulos ou, ao revés, realiza-os.

A pesquisa teve abordagem dedutiva, métodos de procedimento histórico, comparativo e funcionalista e método de interpretação o exegético-sistemático. As fontes utilizadas foram eminentemente bibliográfico-documentais.

1. Perspectiva Comparada, Definição E Elementos Essenciais

O contrato de trabalho intermitente é espécie contratual por prazo indeterminado, a tempo parcial, mas sem jornada ou carga horária específica e pré-contratada, que mescla períodos de atividade e inatividade, em que o trabalhador aguarda chamado de seu empregador para a prestação laboral, sendo remunerado pelas horas efetivamente trabalhadas, em igualdade proporcional de condições. As atividades empresariais, no caso, são permanentes, mas com fluxo e demanda descontínuas. Calcini² aponta o fenômeno do trabalho intermitente como produto do comportamento humano dos dias atuais. Segundo o autor, adotando esta modalidade contratual, o trabalhador poderia moldar o momento em que deseja e pode trabalhar, tal qual o faz atualmente quando decide o melhor momento para consumir programas de entretenimento³.

Trata-se de forma contratual bastante utilizada no Direito Comparado. Na Inglaterra, por exemplo, o contrato intermitente expressou uma possibilidade de flexibilização das relações de trabalho que traria ganho no quantitativo de empregos e serviu à formalização de relações, aumentando a quantidade de pessoas abrangidas pela legislação trabalhista. Ganhou a alcunha de contrato zero hour uma vez que não há prévio ajuste de jornada mínima, remunerando-se com base no que efetivamente trabalhado. Em 2014, o governo britânico proibiu o uso de cláusulas de exclusividade⁴ mas, sem dúvidas, o novo padrão contratual quebrou o paradigma tradicional de total subordinação do empregado a um empregador e, ainda, da venda de seu “tempo de vida” e não de seu trabalho.

Na Itália, o chamado contrato a chiamata ou de lavoro intermittente, teve como objetivo garantir relações de trabalho inicialmente não protegidas. É endereçado a trabalhadores ingressantes (até 25 anos) ou aos que desejam retornar ao mercado de trabalho (acima dos 45 anos), podendo estender-se a outros trabalhadores através de autorização ministerial ou previsão em negociação coletiva⁵. Sua duração se limita a até 400 dias em 3 anos, salvo nos setores de entretenimento, turismo, comércio e “atendimento ao público em geral”.

2 <https://www.megajuridico.com/contrato-de-trabalho-intermitente-pontos-positivos-e-negativos/>

3 Talvez seja uma transformação na qual vem passando o mundo, hoje os indivíduos em geral não querem por exemplo, esperar um determinado horário para assistir um programa de TV [...]. Podemos fazer esse paralelo com o direito do trabalho e, quebrando a ideia tradicional de subordinação intensa, passar a entender com o contrato de trabalho intermitente, uma forma do trabalhador escolher quando deseja prestar serviço.

4 PRETTI, Gleibe. Trabalhador Intermitente na Prática. São Paulo: LTr, 2018. p. 26

5 PRETTI, Gleibe. Trabalhador Intermitente na Prática. São Paulo: LTr, 2018. p. 25

No Brasil, a Lei nº 13.467/17⁶, ao acrescentar o § 3º ao art. 443⁷ da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) inseriu o contrato de trabalho intermitente no rol dos contratos típicos trabalhistas.

Intermitente é a característica daquilo que sofre interrupções, que é intervalado. O trabalho intermitente, portanto, rompe a lógica do trabalho que acontece de forma continuada e presencial. Justamente por isso se lhe exige forma escrita. Ausente a forma, ineficaz a modalidade supostamente avençada.

O contrato de trabalho intermitente, como ocorreu com o contrato a tempo parcial, não observa a continuidade como elemento de configuração do vínculo empregatício e aponta para um novo padrão em que, havendo interesse das partes, poderá existir subordinação conjugada com descontinuidade.

Durante a *vacatio legis* da Reforma Trabalhista, foi possível identificar que destinatários e intérpretes não estavam compreendendo a essência do novo instituto e, por isto, a Medida Provisória pôs-se a explicar seu ponto fulcral: os períodos de inatividade. Esta norma reforçava o conceito de intermitência, deixando claro que neste contrato não há a tradicional habitualidade na prestação de serviços e que isto não implica em violação ao sistema protetivo trabalhista, pois não há regra que garanta ao trabalhador brasileiro o direito de trabalhar no mínimo 8hs por dia ou 44hs semanais, ao revés, há tempos a própria CLT já admitia o contrato a tempo parcial no artigo 58-A⁸, sem limite mínimo de tempo de trabalho e sem que isto afetasse a caracterização de vínculo empregatício⁹.

Assim, aparentemente, a dificuldade está em compreender que o tempo sem trabalho do empregado intermitente não é tempo a disposição de seu empregador, mas sim, tempo de inatividade e liberdade.

Como são limitados os momentos de prestação de serviços, todas as consequências financeiras do contrato serão conectadas aos períodos de atividade, instituindo novo padrão de relacionamento em que a assunção dos riscos empresariais e a própria função social da empresa devem ser proporcionalizados, o que realmente é de difícil compreensão quando se pensa e se decide a partir de esquemas mentais alicerçados na Revolução Industrial e no Estado de Bem Estar Social.

Em suma, o modelo contratual não retira ou reduz direitos fundamentais de conteúdo trabalhista (previstos no art. 7º da CF/88), mas garante-os, proporcionalmente, a grupo de trabalhadores até então alijados de qualquer formalização e proteção.

6 Ver histórico da Reforma Trabalhista brasileira em FINCATO, D.P. Reforma Laboral no Brasil – Tópicos. I Colóquio Hispano-Brasileiro Direito do Trabalho e Reformas. Disponível em e-book https://issuu.com/unifatos/docs/i_coloquio_hispano_brasileiro_downl. Cascavel: UNIVEL, 2017, p. 94.

7 [...] a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

8 CLT, Art. 58-A. Considera-se trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a trinta horas semanais, sem a possibilidade de horas suplementares semanais, ou, ainda, aquele cuja duração não exceda a vinte e seis horas semanais, com a possibilidade de acréscimo de até seis horas suplementares semanais.

9 Diferentemente ocorre com os trabalhadores domésticos, para os quais, ainda há tempo mínimo exigido (continuidade) para a caracterização da vinculação empregatícia: LC 150/2015: Art. 1º - Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana, aplica-se o disposto nesta Lei.

2. Trabalho Intermitente no Brasil: A Tramitação Do PLC Nº 38/2017 (Reforma Trabalhista)

O Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 38/2017 agregou diversas matérias à proposta governista original, o PL nº 6787/2016, entre elas o Contrato Intermitente. O Relatório apresentado pela Comissão Especial de Deputados em abril de 2017¹⁰, durante a tramitação da Reforma Trabalhista, dedica algumas linhas para justificar a inserção do contrato intermitente entre as modalidades contratuais que passariam a ser admitidas pela legislação brasileira. Apontaram os Deputados que tal inserção se justificava face ao objetivo de “modernizar as relações de trabalho”, sinalizando não ser seu desejo a precarização do emprego. Segundo os parlamentares, as regras da CLT de 1943 estariam impedindo a absorção de milhões de brasileiros que integram as estatísticas oficiais de “desemprego, subemprego e dos que desistiram de procurar emprego”. O relatório parte, ainda, do pressuposto de que o Tribunal Superior do Trabalho já haveria sinalizado certa simpatia ao tema do pagamento por horas trabalhadas ao editar a Orientação Jurisprudencial nº 358 da SDI-1¹¹.

Após passar na Câmara dos Deputados, o PLC nº 38/2017 foi votado e aprovado com maioria importante no Senado Federal sendo, após, enviado à Presidência da República que o sancionou, com vacatio legis de 120 dias. Após seu ingresso em vigor, em 11/11/2017, a norma sofreu nova alteração com a Medida Provisória nº 808/2017 que a afetou de forma muito concreta e ampla. A Medida Provisória publicada no dia 14/11/2017, entretanto, perdeu vigência em 23/04/2018, ao não ser convalidada em lei. Como último movimento que atinge o tema do contrato intermitente, em 24/05/2018 entrou em vigor a Portaria nº 349 do Ministério do Trabalho e Emprego. Todos os elementos normativos referidos são analisados a seguir.

3. Comentários à Disciplina do Trabalho Intermitente no Brasil

O trabalho intermitente foi inserido no rol das possibilidades de pactuação empregatícia com referência explícita no caput do art. 443 da CLT¹² e inclusão do § 3º do art. 443 da CLT¹³. O termo “intermitente”, entretanto, não é novo na CLT, sendo

10 Versão integral disponível no site do Senado Federal - <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129049>

11 OJ nº 358 da SDI1 - SALÁRIO MÍNIMO E PISO SALARIAL PROPORCIONAL À JORNADA REDUZIDA. POSSIBILIDADE. EMPREGADO SERVIDOR PÚBLICO (Nova redação. 16.02.2016). I – Havendo contratação para cumprimento de jornada reduzida, inferior à previsão constitucional de oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais, é lícito o pagamento do piso salarial ou do salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado. II – Na Administração Pública direta, autárquica e fundacional não é válida remuneração de empregado público inferior ao salário mínimo, ainda que cumpra jornada de trabalho reduzida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

12 O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.

13 [...]§ 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

já mencionado nos art. 237 e 243 (ferroviários)¹⁴ e 248 (navegadores)¹⁵. Sua disciplina foi inserida nos artigos 452-A e seguintes da CLT¹⁶, atualmente complementada pela Portaria nº 349/2018, que serão comentados a seguir.

a) Da Contratação

Os contratos de trabalho intermitente são enquadráveis como “contratos especiais de trabalho”, não se admitindo forma verbal ou tácita aos mesmos¹⁷. Na Portaria ministerial, se determina o registro do vínculo intermitente na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) do empregado, mesmo que a contratação esteja prevista em convenção ou acordo coletivo, dada sua excepcionalidade, em evidente intenção regulatório-protetiva. A Portaria avança no detalhamento do contrato e, se antes exigia apenas a indicação do valor-hora do salário do trabalhador intermitente, agora elenca outros elementos obrigatórios.

b) Da Remuneração

Em nova técnica legislativa, ao determinar a necessária constância do salário-hora do trabalhador, exige que este “não seja inferior ao valor horário ou diário do salário mínimo”, recomendando a igualdade salarial em comparação aos demais empregados do estabelecimento, exercentes de mesma função, de onde se extrai que, havendo piso regional ou piso da categoria, por exemplo, o salário-hora deverá ser calculado sobre este. A característica de especialidade do contrato intermitente foi reforçada pelo § 3º do art. 2º da Portaria nº 349/2018¹⁸, ao estabelecer que não haverá irregularidade ou prática discriminatória no pagamento, ao intermitente, de

14 Art. 237 - O pessoal a que se refere o artigo antecedente fica dividido nas seguintes categorias: [...] d) pessoal cujo serviço é de natureza intermitente ou de pouca intensidade, embora com permanência prolongada nos locais de trabalho; vigias e pessoal das estações do interior, inclusive os respectivos telegrafistas. Art. 243 - Para os empregados de estações do interior, cujo serviço for de natureza intermitente ou de pouca intensidade, não se aplicam os preceitos gerais sobre duração do trabalho, sendo-lhes, entretanto, assegurado o repouso contínuo de dez horas, no mínimo, entre dois períodos de trabalho e descanso semanal.

15 Art. 248 - Entre as horas 0 (zero) e 24 (vinte e quatro) de cada dia civil, o tripulante poderá ser conservado em seu posto durante 8 (oito) horas, quer de modo contínuo, quer de modo intermitente. § 1º - A exigência do serviço contínuo ou intermitente ficará a critério do comandante e, neste último caso, nunca por período menor que 1 (uma) hora.

16 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>, acesso em 17set 2017. MP nº 808/2017 disponível em <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=14/11/2017&jornal=521&pagina=1&totalArquivos=2>. Acesso em 14 nov. 2017

17 CLT - Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não. Portaria 349/2018 - Art. 2º O contrato de trabalho intermitente será celebrado por escrito e registrado na Carteira de Trabalho e Previdência Social, ainda que previsto em acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva, e conterá: I - identificação, assinatura e domicílio ou sede das partes; II - valor da hora ou do dia de trabalho, que não poderá ser inferior ao valor horário ou diário do salário mínimo, nem inferior àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função, assegurada a remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; e III - o local e o prazo para o pagamento da remuneração.

18 § 3º Dadas as características especiais do contrato de trabalho intermitente, não constitui descumprimento do inciso II do caput ou discriminação salarial pagar ao trabalhador intermitente remuneração horária ou diária superior à paga aos demais trabalhadores da empresa contratados a prazo indeterminado.

salário-hora superior ao empregado em tempo contínuo¹⁹.

Reputa-se equivocada a alegação de violação constitucional²⁰ e perda de status de empregado ao trabalhador intermitente, por não receber, mensalmente, ao menos um salário mínimo nacional²¹. Pelo já explicado, pode-se afirmar que o trabalhador intermitente poderá receber até mais que o mínimo nacional, por hora, como já faculta a pré-citada OJ nº 358 da SDI-1 do TST.

c) Da Chamada, Da Resposta E Das Penalizações

É o art. 452-A da CLT que dispõe sobre a chamada para o trabalho e sua dinâmica, atendendo à necessidade de agilidade comunicacional e organizativa e, ainda, à razoabilidade, uma vez que em tempos de whatsapp, messenger e telefones celulares há, inclusive, certa expectativa de imediatidade nas respostas.

A MP nº 808/2017, enquanto vigente, alterava a previsão do prazo de resposta do empregado de um dia útil para vinte e quatro horas contínuas, mantendo a presunção de recusa em caso de silêncio. A Portaria nº 349/2018 refere o tema de forma periférica, dizendo que as partes poderão ajustar em contrato individual as formas de chamada e de resposta²².

O empregador fará as convocações com três (3) dias corridos de antecedência. O empregado poderá aceitar, ou não, tal convocação, tendo o prazo de um (1) dia útil para responder ao chamado, presumindo-se que seu silêncio equivale a recusa, não caracterizando ato de insubordinação. Percebe-se que, diferentemente do modelo italiano²³, no Brasil não é prevista a possibilidade de vinculação obrigatória do trabalhador à chamada do empregador. Assim, no Brasil, há a liberdade do trabalhador em aceitar, ou não, o trabalho para o qual é chamado²⁴.

No entanto, uma vez aceita a chamada pelo empregado, se este não comparecer,

19 Em que pese a norma, acredita-se que por equívoco, mencione “tempo indeterminado”, vez que o contrato intermitente também se estabelece a prazo indeterminado, com chamadas e prestações de serviço descontínuas.

20 Atualmente, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade que tramitam no Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o contrato intermitente são: ADI 5806 - Requerente: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA ATIVIDADE PROFISSIONAL DOS EMPREGADOS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SEGURANÇA PRIVADA, DE MONITORAMENTO, RONDA MOTORIZADA E DE CONTROLE ELETRO-ELETRÔNICO E DIGITAL – CONTRASP - Entrada no STF em: 06.11.2017. ADI 5950 - Requerente: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NO COMÉRCIO (CNTC). Entrada no STF em: 23.05.2018. ADI 5829 - Requerente: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES E OPERADORES DE MESAS TELEFÔNICAS – FENATTEL. Entrada no STF em 27.11.2017. ADI 5826 - Requerente: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS EMPREGADOS EM POSTOS DE SERVIÇOS DE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS DE PETRÓLEO - FENEPOSPETRO. Entrada no STF em: 23.11.2017.

21 Neste sentido, Cavalcante e Do Val afirmam que o trabalhador perderia o status de empregado por não receber, mensalmente, o salário mínimo, em interpretação equivocada do conjunto constitucional: “[...] o empregado intermitente é considerado pela legislação reformista como um empregado, mesmo não recebendo salário mínimo [...]”. CAVALCANTE, R.A.; DO VAL, Renata. Reforma Trabalhista comentada artigo por artigo de acordo com princípios, Constituição Federal e Tratados Internacionais. São Paulo: LTr, 2017, p. 60

22 Art. 3º É facultado às partes convencionar por meio do contrato de trabalho intermitente: I - locais de prestação de serviços; II - turnos para os quais o empregado será convocado para prestar serviços; e III - formas e instrumentos de convocação e de resposta para a prestação de serviços.

23 Decreto legislativo 276 de 10 de setembro de 2003 (*Legge Biagi*), alterado e regulamentado pelo Decreto Legislativo 81, de 15 de junho de 2015. Disponível em <<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2003/10/09/003G0297/sg>> Acesso em 05set2017.

24 Art. 452-A, § 3º A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente.

sem justo motivo, ficará obrigado indenizar o empregador no prazo de 30 dias, para o que foi estabelecida uma multa de 50%, a ser calculada sobre a remuneração que lhe seria paga, permitida a compensação em igual prazo²⁵. Sinalo-se, no entanto, que a regra não se refere apenas ao empregado como o obrigado à multa. Ao dispor da expressão “parte” como potencial descumpridora da avença, o legislador também atribui ao empregador o dever de indenizar ao empregado, caso o convoque para o trabalho e, sem justo motivo, não lhe dê tarefas. A MP trazia a expressão “reparação recíproca” no artigo 452-B, IV, o que facilitava a compreensão da sistemática. No particular, é de se destacar que a Medida Provisória permitia a negociação de forma diversa, no interesse das partes. A atual Portaria nada refere sobre o tema.

De todo o modo, o § 4º do art. 2º da Portaria nº 349, reproduzindo o outora constante da MP, reitera que os fatos se sobrepõem aos documentos e que, constatando-se o trabalho não há que se falar em cumprimento ou não de formalidades, quer na chamada, quer na resposta²⁶.

d) Da Inatividade

Os períodos de não-convocação (denominados períodos de “inatividade”) não serão computados como tempo de serviço ou de disposição ao empregador, para qualquer fim²⁷. A Portaria nº 349²⁸ acrescenta à questão da inatividade conceitos e delimitadores e busca deixar indene de dúvidas o novo paradigma “tempo de inatividade” que, diferentemente do “tempo a disposição” de outora, não será contado para qualquer fim e, especialmente, não poderá ser remunerado. O empregado intermitente está liberado para prestar serviços a qualquer empregador ou tomador de serviços em seus horários livres, inclusive aos de mesma atividade econômica.

A Portaria, entretanto, é implacável: havendo remuneração do tempo à disposição, não há que se falar em contrato intermitente, classificando-se o ajuste como contrato-padrão (por prazo indeterminado e a tempo contínuo/integral). Embora se critique a normatização da exceção, a norma busca evitar o mascaramento de relações contínuas em intermitentes. O § 5º do art. 452-A reitera a compreensão do período de inatividade, diferenciando-o do tempo a disposição do empregador, e é

25 Art. 452-A, § 4º Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo.

26 Constatada a prestação dos serviços pelo empregado, estarão satisfeitos os prazos previstos nos §§ 1º e 2º do Art. 452-A da Consolidação das Leis do Trabalho.

27 Art. 452-A, § 5º O período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes.

28 Art. 4º Para fins do disposto no § 3º do art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho, considera-se período de inatividade o intervalo temporal distinto daquele para o qual o empregado intermitente haja sido convocado e tenha prestado serviços nos termos do § 1º do art. 452-A da referida lei. § 1º Durante o período de inatividade, o empregado poderá prestar serviços de qualquer natureza a outros tomadores de serviço, que exerçam ou não a mesma atividade econômica, utilizando contrato de trabalho intermitente ou outra modalidade de contrato de trabalho. § 2º No contrato de trabalho intermitente, o período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador e não será remunerado, hipótese em que restará descaracterizado o contrato de trabalho intermitente caso haja remuneração por tempo à disposição no período de inatividade.

evidentemente protetivo, visando fortalecer o previsto no artigo 9º da CLT²⁹.

e) Dos Pagamentos

Os pagamentos realizados no contrato intermitente também foram alvo da Medida Provisória, que havia alterado a redação anterior do §6º do art. 452-A³⁰, na definição do momento de quitação das parcelas listadas. A Portaria nº 359/2018, no inciso III do art. 2º, reitera os termos da MP regulando que será fixado no contrato o local e prazo para pagamento das parcelas remuneratórias. Adiante, a autoridade ministerial pensou nos contratos com chamadas que se estendem para além de um mês, atrelando-os à regra do art. 459 da CLT (pagamento até o 5º dia útil subsequente ao mês trabalhado)³¹. A ressalva ao § 6º evita que o trabalhador, convocado para trabalhos superiores a um mês, fique período maior que este sem recebimentos. O mês, na hipótese, se contará a partir do primeiro dia da prestação de serviço daquela chamada, observando a relação de cada trabalhador, individualmente.

O legislador ainda determinou que se registrem todas as parcelas pagas em recibos minuciosamente preenchidos³², entregando-se cópia ao trabalhador.

Quanto às parcelas remuneratórias, ao referir os “adicionais legais”, quis o legislador mencioná-los exatamente assim, de forma abrangente: extraordinários, noturnos, perigosos, insalubres, ou seja, os que incidirem naquela relação de emprego. Os adicionais calculados sobre o valor hora do trabalho (extraordinários e noturnos, p.ex.) não geram dúvidas de sua compatibilidade com a nova modalidade contratual, não anunciando qualquer dificuldade harmonizativa futura.

No tocante aos adicionais de risco (insalubridade e periculosidade), há que se ponderar. O adicional perigoso, calculado à razão de 30% sobre o salário contratual do empregado, já flutuava tradicionalmente, de acordo com a variação salarial do trabalhador, não se revelando novidade que, dadas as variações remuneratórias da

29 Tendo em vista que a Reforma Trabalhista não afeta os artigos 3º e 9º da CLT, entende-se que as relações que não estiverem formalmente adequadas ao previsto nos dispositivos 452-A e seguintes da CLT, serão apreciadas pelo Poder Judiciário a partir da presunção mais favorável ao trabalhador: vínculo empregatício a tempo contínuo e integral, com consectários integrais pertinentes.

30 § 6º Na data acordada para o pagamento, observado o disposto no § 11, o empregado receberá, de imediato, as seguintes parcelas: I - remuneração; II - férias proporcionais com acréscimo de um terço; III - décimo terceiro salário proporcional; IV - repouso semanal remunerado; e V - adicionais legais.

31 § 2º Na hipótese de o período de convocação exceder um mês, o pagamento das parcelas a que se referem o § 6º do Art. 452-A da Consolidação das Leis do Trabalho não poderá ser estipulado por período superior a um mês, devendo ser pagas até o quinto dia útil do mês seguinte ao trabalho, de acordo com o previsto no § 1º do art. 459 da CLT

32 § 7º O recibo de pagamento deverá conter a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas referidas no § 6º deste artigo.

intermitência, também no contrato intermitente seja inconstante seu valor final³³. O adicional de insalubridade, entretanto, calcula-se à razão de 10%, 20% ou 40% sobre o salário mínimo³⁴, razão esta de toda a discórdia, sendo comum que a jurisprudência, reiteradamente, garanta o adicional mesmo diante da exposição intermitente, determinando seu cálculo sobre o salário mínimo nacional³⁵, não autorizando reduções.

f) Das Férias

Quanto às férias, pode-se dizer que o §9º do art. 452-A³⁶ se refere à usufruição de descanso anual, uma vez que as férias com 1/3 foram pagas paulatinamente, à medida dos acertos das convocações, ao longo do respectivo período aquisitivo. Não se aplicam aqui, portanto, os critérios do art. 130 da CLT no que pertine aos abatimentos proporcionais das faltas injustificadas.

Com a MP 808/2017 passou-se a admitir o fracionamento das férias em até três períodos conforme a previsão do art. 134, aplicando-se, no que cabível, os demais dispositivos do capítulo de férias, como o artigo 135 da CLT, que prevê a necessidade de aviso ao empregado sobre a concessão das férias com um mês de antecedência. Expirada a vigência da MP, a Portaria Ministerial em seu artigo 2º, §1º passou a suprir a lacuna por esta deixada, admitindo o fracionamento das férias mediante mútuo acordo³⁷.

g) Contribuições Previdenciárias e FGTS

33 A Súmula 364 do TST há tempos garante a percepção do adicional de periculosidade na exposição intermitente ao risco. Comenta-se aqui, apenas, de sua base de cálculo, que nos termos do art. 193 § 1º da CLT será o salário do trabalhador, sem acréscimos [ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE (inserido o item II) - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016. I - Tem direito ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido. (ex-Ojs da SBDI-1 nºs 05 - inserida em 14.03.1994 - e 280 - DJ 11.08.2003)] (grifou-se) II - Não é válida a cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho fixando o adicional de periculosidade em percentual inferior ao estabelecido em lei e proporcional ao tempo de exposição ao risco, pois tal parcela constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantida por norma de ordem pública (arts. 7º, XXII e XXIII, da CF e 193, §1º, da CLT.)

34 Art. 192 - O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo

35 Neste sentido: “RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE PROPORCIONAL AOS DIAS TRABALHADOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. O Regional reformou a sentença para determinar que os valores referentes ao adicional de insalubridade fossem apurados de acordo com os dias efetivamente trabalhados, conforme registrados nos cartões de ponto, excluindo-se do cálculo os dias de afastamento relativos às férias, licenças e ausências injustificadas do reclamante. Ocorre que o art. 192 da CLT prevê apenas que o cálculo do adicional de insalubridade será feito segundo a correspondência entre o percentual do salário mínimo e a classificação das condições insalubres nos graus máximo, médio e mínimo. Não há, portanto, nenhuma previsão legal que determine o pagamento da parcela de forma proporcional aos dias efetivamente trabalhados, sendo indevida tal limitação. Recurso de Revista conhecido e provido.” (TST – RR: 810003920125130026, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 29/03/2017, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2017). (grifou-se)

36 Art. 452-A, § 9º A cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador.

37 O empregado, mediante prévio acordo com o empregador, poderá usufruir suas férias em até três períodos, nos termos dos §§ 1º e 3º do art. 134 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Os recolhimentos de contribuições previdenciárias³⁸ e os depósitos de FGTS são obrigatórios no contrato intermitente e tomarão como base os valores efetivamente pagos aos trabalhadores. Os depósitos mensais do FGTS não poderão ser substituídos por pagamentos diretos ao empregado, devendo ser depositados na sua conta vinculada de FGTS.

No tocante à contribuição previdenciária, o empregador procederá com o empregado intermitente da mesma forma que procede com relação ao empregado contínuo: fará os recolhimentos, inclusive em nome do trabalhador (INSS)³⁹, o que é reiterado pela Portaria nº 349/2018⁴⁰. Neste particular, a MP inovava e era mais protetiva, ao permitir a complementação das contribuições pelo próprio empregado, quando o valor mensal fosse inferior ao mínimo legal⁴¹, evitando o descarte dos períodos e/ou a perda de cobertura nos benefícios contributivos. A MP, ainda, assegurava a cobertura dos trabalhadores enfermos ou das trabalhadoras gestantes desde o primeiro dia de incapacidade e diretamente pelo INSS.

A previsão não se repetiu na Portaria Ministerial após a perda de validade da MP, estando o trabalhador intermitente, hoje, em verdadeiro limbo normativo quanto aos reflexos previdenciários de seu contrato.

h) Verbas Rescisórias

A letra pura da Lei nº13.467/2017 também não conseguiu disciplinar de forma eficiente a extinção do contrato intermitente, o que vinha bem posto na MP. Novamente a Portaria nº 349/2018⁴² tenta contemporizar o quadro, sem a precisão e completude

38 Dos empregados, retidas dos respectivos pagamentos e dos empregadores, calculadas sobre a folha de salários, conforme arts. 20 e 23 da Lei 8212/91.

39 Art. 452-A, § 8º O empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações

40 Art. 6º No contrato de trabalho intermitente, o empregador efetuará o recolhimento das contribuições previdenciárias próprias e do empregado e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações.

41 Vide art. 452-H cumulado com art. 911-A, inseridos na CLT pela MP 808/2017. Art. 452-H. No contrato de trabalho intermitente, o empregador efetuará o recolhimento das contribuições previdenciárias próprias e do empregado e o depósito do FGTS com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações, observado o disposto no art. 911-A. Art. 911-A O empregador efetuará o recolhimento das contribuições previdenciárias próprias e do trabalhador e o depósito do FGTS com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações. § 1º Os segurados enquadrados como empregados que, no somatório de remunerações auferidas de um ou mais empregadores no período de um mês, independentemente do tipo de contrato de trabalho, receberem remuneração inferior ao salário mínimo mensal, poderão recolher ao Regime Geral de Previdência Social a diferença entre a remuneração recebida e o valor do salário mínimo mensal, em que incidirá a mesma alíquota aplicada à contribuição do trabalhador retida pelo empregador. § 2º Na hipótese de não ser feito o recolhimento complementar previsto no § 1º, o mês em que a remuneração total recebida pelo segurado de um ou mais empregadores for menor que o salário mínimo mensal não será considerado para fins de aquisição e manutenção de qualidade de segurado do Regime Geral de Previdência Social nem para cumprimento dos períodos de carência para concessão dos benefícios previdenciários.

42 Art. 5º As verbas rescisórias e o aviso prévio serão calculados com base na média dos valores recebidos pelo empregado no curso do contrato de trabalho intermitente. Parágrafo único. No cálculo da média a que se refere o caput, serão considerados apenas os meses durante os quais o empregado tenha recebido parcelas remuneratórias no intervalo dos últimos doze meses ou o período de vigência do contrato de trabalho intermitente, se este for inferior

da Medida Provisória⁴³. O ajuste rescisório se fará observando a motivação da extinção e, daí as verbas respectivas. Reitere-se que algumas parcelas já terão sido pagas ao trabalhador ao longo da relação (férias e 13º salário, por exemplo), sendo necessários ajustes e compensações no termo rescisório. Por interpretação literal da norma ministerial, é possível aduzir que o aviso prévio, em se tratando de contrato intermitente, será indenizado, já que se indica a forma de seu cálculo, nada mencionando sobre o aviso prévio trabalhado.

Será utilizada a média aritmética simples para o cálculo de parcelas trabalhistas que necessitem destes parâmetros, tais como aviso prévio indenizado, férias com 1/3 e 13º salário⁴⁴. Aviso e ajuste rescisório devem observar o prazo do art. 477 § 6º, atualmente uniformizados em 10 dias (contínuos), contados do término do contrato. Admite-se no pacto intermitente, a extinção contratual por mútuo acordo, prevista no art. 484-A da CLT⁴⁵, pela qual o aviso indenizado e o acréscimo rescisório do FGTS serão pagos por metade.

i) Levantamento do FGTS, Seguro Desemprego e Quarentena

A extinção contratual permite, ainda, a movimentação dos depósitos realizados na conta vinculada do FGTS⁴⁶ e, a depender da motivação da rescisão e dos requisitos próprios, o benefício previdenciário do Seguro Desemprego⁴⁷.

A Medida Provisória havia criado espécie de norma de contenção, pela qual (e

43 Art. 452-D. Decorrido o prazo de um ano sem qualquer convocação do empregado pelo empregador, contado a partir da data da celebração do contrato, da última convocação ou do último dia de prestação de serviços, o que for mais recente, será considerado rescindido de pleno direito o contrato de trabalho intermitente. Art. 452-E. Ressalvadas as hipóteses a que se referem os art. 482 e art. 483, na hipótese de extinção do contrato de trabalho intermitente serão devidas as seguintes verbas rescisórias: I - pela metade: a) o aviso prévio indenizado, calculado conforme o art. 452-F; e b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, prevista no § 1º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990; e II - na integralidade, as demais verbas trabalhistas. § 1º A extinção de contrato de trabalho intermitente permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei nº 8.036, de 1990, limitada a até oitenta por cento do valor dos depósitos. § 2º A extinção do contrato de trabalho intermitente a que se refere este artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego. Art. 452-F. As verbas rescisórias e o aviso prévio serão calculados com base na média dos valores recebidos pelo empregado no curso do contrato de trabalho intermitente. § 1º No cálculo da média a que se refere o caput, serão considerados apenas os meses durante os quais o empregado tenha recebido parcelas remuneratórias no intervalo dos últimos doze meses ou o período de vigência do contrato de trabalho intermitente, se este for inferior. § 2º O aviso prévio será necessariamente indenizado, nos termos dos § 1º e § 2º do art. 487. Art. 452-G. Até 31 de dezembro de 2020, o empregado registrado por meio de contrato de trabalho por prazo indeterminado demitido não poderá prestar serviços para o mesmo empregador por meio de contrato de trabalho intermitente pelo prazo de dezoito meses, contado da data da demissão do empregado. Art. 453. No tempo de serviço do empregado, quando readmitido serão computados os períodos, ainda que não contínuos, em que tiver trabalhado anteriormente na empresa, salvo se houver sido despedida por falta grave ou tiver recebido indenização legal.

44 Para os quais se observarão, “apenas os meses durante os quais o empregado tenha recebido parcelas remuneratórias no intervalo dos últimos doze meses ou o período de vigência do contrato de trabalho intermitente, se este for inferior.”

45 Art. 484-A. O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas: I - por metade: a) o aviso prévio, se indenizado; e b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no § 1o do art. 18 da Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990; II - na integralidade, as demais verbas trabalhistas. (grifou-se).

46 Vide Lei do FGTS. Fato novo foi trazido pelo art. 484-A § 1º da CLT, que inseriu o inciso I-A ao art. 20 da Lei do FGTS, determinando que o empregado poderá movimentar até 80% dos depósitos no caso de extinção contratual por mútuo consentimento. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8036consol.htm

47 Consultar o site do Ministério do Trabalho: <http://www.trabalho.gov.br/seguro-desemprego/modalidades/seguro-desemprego-formal>

até dezembro de 2020) proibia-se a contratação no interregno de 18 meses⁴⁸ de um ex-empregado, antes contínuo e a tempo integral como intermitente, o que não se reiterou na Portaria nº 349/2018.

Longe de resolver todas as lacunas e dúvidas decorrentes da utilização do Contrato Intermitente, este estudo buscou explicitar seus detalhes e apontar formas mais seguras para seu uso. Sem dúvidas, trata-se de modalidade de pacto da qual a sociedade atual carece, justamente para o fim de inserir mais trabalhadores no cenário do emprego, alcançando-lhes para além do direito fundamental ao trabalho, as garantias mínimas da contratação digna, previstas no art. 7º da CF.

Conclusão

Há tempos se percebe que a onda flexibilizatória bate às portas do mercado de trabalho brasileiro, impulsionada por idênticos movimentos em âmbito internacional. Este texto aponta que o contrato intermitente, apesar de algumas fragilidades regulatórias, pode ser vislumbrado como mecanismo de inclusão e pacificação.

Inclusão dos trabalhadores tradicionalmente excluídos do mercado formal de trabalho no cenário regular do emprego, entregando-lhes as garantias constitucionais próprias. Pacificação, pois dada a cultura nacional, a positividade de uma relação impõe as condutas e estabelece as bases e limites, o que foi importante para admitir a dinâmica regular do trabalho subordinado não continuado.

O contrato intermitente brasileiro exige forma específica (expressa e escrita) sob pena de desconfiguração do contrato sob tal regime. Impõe, ainda, a previsão da avença das condições contratuais mínimas (salário, sistema de chamada e de resposta, etc.) e resguarda os direitos mínimos trabalhistas (igualdade salarial e demais direitos previstos no art. 7º da CRFB). Além da formalização, os trabalhadores passam a ter depósitos em contas de FGTS e a receber 13º salário e férias, tudo calculado proporcionalmente ao que trabalharem e pago imediatamente à prestação do serviço. Pequenos pontos, entretanto, ainda merecem atenção: a perda de vigência da Medida Provisória nº 808/2017, por exemplo, lançou os desdobramentos previdenciários deste tipo contratual num mar de conjecturas e incertezas.

O contrato intermitente deve ser utilizado e interpretado a partir dos objetivos declarados no relatório da Comissão Especial da Câmara de Deputados, segundo os quais trata-se de ferramenta contratual a serviço da modernização da legislação e do enfrentamento pró-ativo do desemprego. Como já afirmado, entende-se o positivo e arrojado, próprio de países que vislumbraram a sutileza da dinâmica relacional dos novos tempos, guiada por conceitos como flexibilidade, segurança e sustentabilidade.

Referências Bibliográficas

48 Art. 452-G. Até 31 de dezembro de 2020, o empregado registrado por meio de contrato de trabalho por prazo indeterminado demitido não poderá prestar serviços para o mesmo empregador por meio de contrato de trabalho intermitente pelo prazo de dezoito meses, contado da data da demissão do empregado

CALCINI, Ricardo. Contrato de Trabalho Intermitente: pontos positivos e negativos. <https://www.megajuridico.com/contrato-de-trabalho-intermitente-pontos-positivos-e-negativos/>. Acessado em 25 Out 2018.

CAVALCANTE, R.A; DO VAL, Renata. Reforma Trabalhista comentada artigo por artigo de acordo com princípios, Constituição Federal e Tratados Internacionais. São Paulo: LTr, 2017.

FINCATO, D.P. Reforma Laboral no Brasil – Tópicos. I Colóquio Hispano-Brasileiro Direito do Trabalho e Reformas. Disponível em e-book https://issuu.com/unifatos/docs/i_coloquio_hispano_brasileiro_downl. Cascavel: UNIVEL, 2017.

FINCATO, D.P.; MORAES, S.G. Reforma Trabalhista e Trabalho Intermitente: Impactos Previdenciários. Revista Brasileira de Direito Previdenciário. Porto Alegre: LexMagister, 2018. v. 46. ago/set. p.5-18

HIGA, Flávio da Costa. Reforma trabalhista e contrato de trabalho intermitente. Consultor Jurídico. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-08/flavio-higa-reforma-trabalhista-contrato-trabalho-intermitente>> acesso em 05 set 2017.

LIMA, F.M.M de; LIMA, F.P.R.M. de. Reforma Trabalhista: entenda ponto a ponto. São Paulo: LTr, 2017.

PRETTI, Gleibe. Trabalhador Intermitente na Prática. São Paulo: LTr, 2018.

Il ruolo dell'autonomia individuale nella sottoscrizione del patto di demansionamento

*The role of individual autonomy in the signing of the
demansion agreement*

Alessandro Boscati¹

Sommario: Astratto; 1. Premessa. Il patto di demansionamento quale riconoscimento dell'autonomia individuale; 2. I requisiti dell'accordo individuale e la qualificazione del patto di demansionamento quale accordo novativo; 3. Gli interessi del lavoratore; 4. La necessaria sottoscrizione nelle c.d. sedi protette e l'assistenza eventuale di soggetti qualificati; 5. Mutamento consensuale delle mansioni e formazione; 6. Possibili vizi dei patti di demansionamento e sindacabilità giudiziale; Bibliografia.

Astratto: Tra le questioni oggetto di interesse quella relativo al ruolo dell'autonomia individuale nella regolamentazione del rapporto di lavoro ha acquisito negli ultimi anni un rinnovato interesse. Il principio secondo cui il contratto individuale può porre solo condizioni migliorative rispetto alla legge ed alla contrattazione collettiva, per un amplissimo arco temporale considerato patrimonio indiscusso del diritto del lavoro italiano, è stato in parte depotenziato da alcuni recenti interventi normativi.

Parole chiave: dell'autonomia individuale; rapporto di lavoro; retribuzione.

Abstract: Among the issues of interest, the one relating to the role of individual autonomy in the regulation of the employment relationship has acquired renewed interest in recent years. The principle according to which the individual contract can only place better conditions than the law and collective bargaining, for a very long period of time considered undisputed heritage of Italian labor law, has been partially weakened by some recent regulatory interventions.

Keywords: individual autonomy; employment relationship; salary.

¹ Ordinario di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Milano

Recebido em: 23.02.2020
Aprovado em: 30.04.2020

Università degli Studi di Milano
Itália

Volume 1, Número 1,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487

Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

1. Premessa. Il patto di demansionamento quale riconoscimento dell'autonomia individuale

Tra le questioni oggetto di interesse quella relativo al ruolo dell'autonomia individuale nella regolamentazione del rapporto di lavoro ha acquisito negli ultimi anni un rinnovato interesse. Il principio secondo cui il contratto individuale può porre solo condizioni migliorative rispetto alla legge ed alla contrattazione collettiva, per un amplissimo arco temporale considerato patrimonio indiscusso del diritto del lavoro italiano, è stato in parte depotenziato da alcuni recenti interventi normativi².

Tra questi può essere annoverata anche la disciplina del patto di demansionamento. L'art. 2103 cod.civ., nella riscrittura operata dall'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015, al comma 6 prevede che “nelle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma, o avanti alle commissioni di certificazione, possono essere stipulati accordi individuali di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione, nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita. Il lavoratore può farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro”.

La discontinuità rispetto al precedente testo dell'articolo che sanciva la nullità di ogni patto di demansionamento è evidente. E questo nonostante la giurisprudenza avesse riconosciuto come legittima l'attribuzione di mansioni inferiori, anche tramite il perfezionamento di uno specifico patto, in presenza di specifici presupposti aventi quale elemento unificante la tutela di beni di rango superiore, segnatamente quello alla conservazione del posto di lavoro a fronte di un possibile licenziamento per giustificato motivo oggettivo³. L'idea su cui si fondava la legittimazione della sottoscrizione di un patto di demansionamento era quella del c.d. male minore in una logica di bilanciamento di differenti interessi di livello costituzionale⁴. La diversa utilizzazione del lavoratore era ritenuta non contrastante con le esigenze di rispetto della dignità della persona, configurandosi anzi come una situazione per lui più favorevole⁵. In questi casi si assisteva ad un “bilanciamento non fra interessi antagonisti del rapporto di lavoro, ma fra due interessi facenti capo entrambi al prestatore di lavoro, uno interno

2 In merito v., per tutti, A. Garilli, *Il rapporto tra le fonti nel nuovo diritto del lavoro*, DML, 2017, 407 ss.

3 Da ultimo, con riguardo alla disciplina antecedente la novella del 2019, v. Cass. 26 febbraio 2019, n. 5621 che riconosce la legittimità del patto, anche in presenza di un consenso espresso in forma tacita, purché libero e desumibile da fatti univocamente attestanti la volontà del lavoratore di aderire alla modifica “in peius” delle mansioni, successivamente richiamata anche da Cass. 11 novembre 2019, n. 29100. Cfr. anche Cass. 7 febbraio 2005, n. 2375; Cass. 10 ottobre 2006, n. 21700, RGL, 2, II, 244; Cass. 12 aprile 2012, n. 5780; Cass. 1 luglio 2014, n. 14944; Cass. 12 giugno 2015, n. 12253; Cass. 6 ottobre 2015, n. 19930; Cass. 28 ottobre 2015, n. 22029 che considera in questo caso legittima l'attribuzione di mansioni inferiori con conseguente retribuzione inferiore; Cass. 22 febbraio 2016, n. 3422, RIDL, 2016, II, 494; Cass. 8 marzo 2016, n. 4509, che parla di “un adeguamento del contratto alla nuova situazione di fatto”.

4 In dottrina, con specifico riguardo al c.d. principio del “male minore”, v. R. Voza, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, CSDLE, It, n. 262/2015; C. Zoli, *Il controllo giudiziario e gli atti di esercizio del potere direttivo: il trasferimento del lavoratore e il mutamento delle mansioni*, DRI, 2014, 709; U. Gargiulo, *Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 cod.civ.*, in CSDLE, It, n. 286/2015, 12.

5 In questo senso Cass. 21 gennaio 2013, n. 1323 che richiama in motivazione Cass. 18 marzo 2009, n. 6552; Cass. SU 24 novembre 2006, n. 25033; Cass. 18 ottobre 1999, n. 11727; Cass. 29 novembre 1988, n. 6441. V. anche Cass. 7 agosto 1998, n. 7755, RIDL, 1999, II, 170.

alla norma (la professionalità), l'altro esterno (l'occupazione), e di rilevanza graduata nel senso che quello esterno presenta spessore maggiore, tanto da assorbire quello interno"⁶. Contrastanti risultavano, invece, le posizioni della giurisprudenza allorché il demansionamento fosse richiesto dal lavoratore per soddisfare un proprio interesse, non direttamente collegato alla esigenza di conservazione del posto di lavoro di fronte ad un possibile licenziamento⁷.

Alle aperture della giurisprudenza si univano alcuni provvedimenti legislativi volti a legittimare l'introduzione da parte della contrattazione collettiva di deroghe al divieto di demansionamento, con la finalità di privilegiare il mantenimento dell'occupazione in una prospettiva di valenza anche super individuale⁸. Vi erano poi tutte le disposizioni volte alla tutela delle lavoratrici madri, dei lavoratori divenuti invalidi, dei lavoratori esposti ad agenti chimici, fisici e biologici, ove il demansionamento era previsto a prescindere dall'intervento della fonte collettiva, ed in cui era richiesta la garanzia del consenso del lavoratore all'adibizione a mansioni inferiori ed era sancita l'intangibilità della retribuzione correlata alla mansione originaria⁹. La novella dell'art. 2103, e segnatamente l'espressa previsione della possibile sottoscrizione di un patto di demansionamento, non ha inciso sulla permanente vigenza di tali disposizioni normative.

2. I requisiti dell'accordo individuale e la qualificazione del patto di demansionamento quale accordo novativo

La circostanza che ai sensi del comma 6 dell'art. 2103 l'attribuzione di mansioni inferiori avvenga in forza della stipulazione di un accordo individuale esclude la sussistenza di un diritto del prestatore di lavoro al demansionamento nel proprio interesse¹⁰. Mentre il consenso datoriale è espressione di una volizione sostanzialmente insindacabile (eccettuato il caso della sua riconducibilità ad un motivo illecito o discriminatorio), in quanto frutto di una valutazione prettamente discrezionale che sarà

6 Così C. Cester, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, GDLRI, 2008, 384.

7 Nel breve volgere di pochi mesi la Cassazione aveva dapprima sancito l'assoluta inderogabilità dell'art. 2103 cod.civ. e l'illegittimità dell'assegnazione a mansioni inferiori richiesta dal lavoratore per soddisfare un interesse personale (Cass. 14 aprile 2011, n. 8527) e successivamente aveva assunto una posizione diametralmente opposta (Cass. 8 agosto 2011, n. 17095). Sempre la Suprema Corte aveva già riconosciuto la legittimità di un temporaneo demansionamento disposto dal datore di lavoro per consentire al lavoratore di apprendere nuove tecniche lavorative in vista dell'acquisizione di una più ampia professionalità (Cass. 1 marzo 2001, n. 2948).

8 L'art. 4, comma 11, della l. n. 223/1991 ha consentito il possibile riassorbimento di lavoratori eccedentari in mansioni inferiori a seguito della sottoscrizione di un accordo collettivo nel corso delle procedure sindacali previste nel caso di licenziamento collettivo; in seguito l'art. 8 del d.l. n. 138/2011, disposizione di "Sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità" ha ricompreso tra le materie delle specifiche intese finalizzate alla maggiore occupazione anche quella relativa "alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale" [art. 8, comma 2, lett. b)].

9 Così l'art. 3 della l. n. 1204 del 1971 e ss.mm.ii. (per la tutela delle lavoratrici madri); l'art. 4 comma 4 della l. n. 68 del 1999 (per i lavoratori divenuti invalidi per infortunio o malattia durante il rapporto di lavoro ovvero in caso di inidoneità alla mansione specifica ex art. 42 del d.lgs. n. 81 del 2008); art. 299 comma 5 del d.lgs. n. 81 del 2008 (per i lavoratori esposti ad agenti chimici, fisici o biologici). Per la ricollocazione dei lavoratori pubblici in disponibilità anche in una qualifica inferiore o in posizione economica inferiore della stessa o di inferiore area o categoria di un solo livello v. art. 34, comma 4, del d.lgs. n. 165/2001.

10 Così anche C. Cester, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 cod.civ.* GDLRI, 2016, 181.

fondata sulla possibilità di un utile impiego del lavoratore¹¹, il consenso del lavoratore deve essere supportato e qualificato da una specifica motivazione da rinvenirsi, per espressa previsione del legislatore, nell'interesse alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita¹². In presenza di uno di tali interessi l'accordo può condurre, in alternativa tra loro o cumulativamente, ad una modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento, cui si correla una modifica della relativa retribuzione.

La necessaria stipulazione dell'accordo in una delle specifiche sedi "protette" indicate dal legislatore porta a ritenere che lo stesso debba necessariamente rivestire la forma scritta¹³. Il patto deve contenere anche l'indicazione di uno degli interessi del lavoratore individuati nella norma che deve sussistere al momento della sua sottoscrizione, ma non deve necessariamente permanere¹⁴. I due richiamati profili – sottoscrizione in sede protetta e indicazione dell'interesse del prestatore di lavoro – "costituiscono presupposti di validità della deroga"¹⁵.

In ragione degli evidenziati requisiti formali e sostanziali è indubbio che il patto di demansionamento comporti una novazione oggettiva del contratto di lavoro¹⁶ e sia riconducibile, in ragione dell'assistenza qualificata ed obbligatoria di organismi pubblici (cui si può aggiungere quella eventuale di altri soggetti), entro il modello della negoziabilità assistita¹⁷. Alle parti individuali è riconosciuto un potere normativo di

11 Cfr. R. Voza, L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 cod.civ. RGL, 2017, I, 10; analogamente U. Gargiulo, Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 cod.civ., 11; A. Tampieri L'accordo individuale di dequalificazione, VTDL, 2016, 111.

12 V. M. Brollo, Disciplina delle mansioni (art. 3,) in F. Carinci (a cura di), Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi, ADAPT University Press, 2015, 77 che afferma che l'interesse del lavoratore al demansionamento non è generico, ma qualificato dalla specificazione degli interessi.

13 Negli stessi termini A. Tampieri L'accordo individuale di dequalificazione, cit., 116; R. Voza, L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 cod.civ., cit., 9. Secondo M.L. Buconi, La mobilità verticale nel nuovo testo dell'art. 2103 c.c., in Labor, 2018, n. 1, 45, la previsione della forma scritta a pena di nullità costituirebbe una garanzia comune a tutte le ipotesi demansionamento legittimo previste dall'art. 2103 cod.civ.

14 In questi termini condivisibilmente C. Pisani, La nuova disciplina del mutamento delle mansioni, Torino, 2015, 89-90; M. Menegotto, La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act. Nuovi spazi per la flessibilità funzionale, ADAPT Research Fellow Working Paper n. 7/2016, 23.

15 A. Garilli, La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro, GDLRI, 2016, 141; in termini sostanzialmente analoghi C. Cester, La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 cod.civ., cit., 181 sottolinea come la compensazione della "larga" deregolazione prevista dalla norma si muova su due piani la "tipizzazione degli interessi a giustificazione delle modifiche e la garanzia offerta, almeno teoricamente, dalle sedi nelle quali il patto modificativo deve essere sottoscritto".

16 Così G. Santoro Passarelli, Sulle categorie del diritto del lavoro "riformate", DRI, 2016, 22; A. Garilli, La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro, cit., 141; C. Lazzari, La tutela della dignità professionale del lavoratore, GDLRI, 2017, 674. In senso contrario E. Balletti, I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto, in Aa.Vv., Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario, Milano, 2017, 120 secondo cui non si produrrebbe "un effetto strictu iure novativo".

17 In questo senso G. Santoro Passarelli, Sulle categorie del diritto del lavoro "riformate", cit., 22; in termini anche M. Brollo, La disciplina delle mansioni dopo il Jobs act, ADL, 2015, 1177 la quale rileva come tale disposizione si inserisca nel processo di de-regolazione e sia da considerare quale prima manifestazione della c.d. deregolamentazione assistita; M. Corti, Jus variandi e tutela della professionalità dopo il "Jobs Act" (ovvero cosa resta dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori), VTDL, 2016, 52 che evidenzia che si tratta di una ipotesi di volontà assistita mediante la quale il lavoratore rinuncia all'applicazione della norma inderogabile. Cfr. anche C. Cester, La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 cod.civ., cit., 180 il quale evidenzia che si tratta della prima applicazione normativa del modello della c.d. negoziabilità assistita in quanto "non si tratta di atti dispositivi di diritti già sorti in base alla normativa inderogabile, ma di una diversa disciplina, per il futuro, dell'assetto di interessi diviso dal legislatore", nonché R. Voza, L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 cod.civ., cit., 4. In generale sulla derogabilità assistita v. R. Voza, L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro, Bari, 2007.

modifica del trattamento normativo e non anche dispositivo perché non si tratta di rinunciare o transigere e quindi di disporre di diritti acquisiti¹⁸. È indubbio che il patto ponendosi in una fase c.d. “genetica”, anche se intervenuta in un contesto in cui è già in essere un rapporto contrattuale tra le parti, si differenzia dalle rinunzie e dalle transazioni disciplinate dall’art. 2113 cod.civ. che operano, invece, con riguardo a diritti già entrati nel patrimonio del titolare in applicazione di una norma inderogabile e sono, dunque, riferite a diritti già maturati nel corso della parte di rapporto di lavoro già eseguito. Il richiamo operato dal comma 6 dell’art. 2103 cod.civ. all’art. 2113 cod. civ. vale solo per individuare le sedi e non per gli effetti¹⁹.

L’accordo configura un cambiamento per il futuro dell’assetto contrattuale in essere²⁰ e, più precisamente, comporta un mutamento dell’oggetto dell’obbligazione principale del prestatore di lavoro destinata a valere per la prosecuzione del rapporto di lavoro. Se la modifica di mansioni, livello di inquadramento e categoria legale non pone questioni particolari, per quanto concerne la modifica del trattamento economico è palese la necessaria permanenza della correlazione tra la prestazione lavorativa e quella retributiva corrispettiva, ancorché ridefinita eventualmente in termini peggiorativi in ragione del più basso inquadramento, dovendosi tuttavia escludere una modifica del trattamento economico ulteriore e peggiorativa rispetto a quella propria delle nuove mansioni. Se così fosse la determinazione pattizia si porrebbe in contrasto con i principi di proporzionalità e sufficienza della retribuzione dettati dall’art. 36 della Costituzione²¹.

3. Gli interessi del lavoratore

Il legislatore individua tre differenti interessi del lavoratore per la legittima sottoscrizione del patto: la conservazione dell’occupazione, l’acquisizione di una diversa professionalità e il miglioramento delle condizioni di vita. L’utilizzo della disgiuntiva “o” presuppone la sussistenza di uno solo di tali interessi, potendo, con tutta evidenza, anche coesistere in tutto o in parte²².

L’interesse del lavoratore si pone quale requisito causale del patto. Lo scambio si realizza tra la revisione, parziale o totale, dell’oggetto dell’obbligazione lavorativa e la soddisfazione di un interesse specifico del prestatore che si coniuga con quello del datore di riorganizzare l’azienda impiegando utilmente il personale²³.

18 Così, G. Santoro Passarelli, Sulle categorie del diritto del lavoro “riformate”, cit., 22.

19 Così C. Pisani, La nuova disciplina del mutamento delle mansioni, cit., 87; analogamente U. Gargiulo, Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 cod.civ., cit., 14.

20 A. Tampieri, L’accordo individuale di dequalificazione, cit., 109 ritiene più corretto parlare di accordo e non di patto in quanto l’intesa può modificare in senso deteriore l’inquadramento, la retribuzione e la categoria di appartenenza.

21 E. Balletti, I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto, cit., 121; ma negli stessi termini M. Corti, Jus variandi e tutela della professionalità dopo il “Jobs Act” (ovvero cosa resta dell’art. 13 dello Statuto dei lavoratori), cit., 61 e M. Miscione, Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione, LG, 2015, 438 s.

22 V. R. Voza, L’adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 cod.civ., cit., 10.

23 In dottrina con riguardo a questo scambio v. A. Tampieri, L’accordo individuale di dequalificazione, cit., 111 e 112; U. Gargiulo, Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 cod.civ., cit., 11; R. Voza, L’adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 cod.civ., cit., 10; C. Cester, La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 cod.civ., cit., 181.

I tre interessi indicati dal legislatore meritano un'autonoma considerazione. Essi, pur nelle loro differenze, sono tutti coperti da una intensa protezione a livello costituzionale che comporta la necessità di prestare particolare attenzione nella loro declinazione.

a) L'interesse alla conservazione dell'occupazione è in apparenza il meno complesso. È tuttavia discusso se l'interesse del lavoratore sussista solo in presenza di una modifica degli assetti organizzativi idonea a prefigurare una perdita del posto di lavoro che si presenti fondata, concreta ed attuale²⁴, sì da sottintendere la sussistenza di un giustificato motivo oggettivo di licenziamento²⁵, oppure se sia sufficiente “una possibilità di perdita del posto di lavoro anche solo “futura” e/o soltanto eventuale”²⁶.

Ancorché la prima soluzione si ponga in continuità con il pregresso orientamento giurisprudenziale volto ad autorizzare il demansionamento quale c.d. “male minore” a fronte del c.d. “male maggiore” rappresentato dalla effettiva possibilità di perdita del posto di lavoro²⁷, proprio la circostanza che il legislatore non abbia specificato che deve trattarsi di un interesse alla conservazione del posto di lavoro in caso di sopravvenute circostanze che ne giustificerebbero la soppressione²⁸ induce a privilegiare una soluzione meno rigorosa. Al primo dato testuale se ne aggiunge un secondo, ovvero che mentre per il demansionamento quale effetto dell'esercizio del potere datoriale unilaterale il legislatore esplicita l'esigenza di una modifica degli assetti organizzativi che incidono sulla posizione del lavoratore, nulla dice nel caso di demansionamento concordato²⁹. Peraltro i dati ravvisabili nella lettera della norma (o, meglio, in quello che la lettera della norma non dice) per supportare una conclusione “più aperta” trovano un loro rafforzamento nella considerazione della ratio della disposizione che intende tutelare un generale (e non generico) interesse alla conservazione dell'occupazione finanche in casi in cui la conservazione del posto di lavoro non era posta in dubbio dal datore di lavoro. Alcuni esempi possono aiutare. Si pensi all'ipotesi di una decisione gestionale che nel rispetto della regola del comma 1 dell'art. 2103 intenda assegnare al prestatore compiti diversi, più gravosi, che, ad esempio, implicino differenti orari di lavoro o l'esigenza di trasferte difficili da coniugare con le esigenze familiari o personali del lavoratore (in ipotesi lo svolgimento di attività sportiva dilettantistica, oppure esigenze di studio, personali o riferite alla necessità di seguire un figlio minore). Più in generale si pensi a tutti i casi nei quali

24 C. Lazzari, La tutela della dignità professionale del lavoratore, cit., 674 s.

25 Così A. Tampieri, L'accordo individuale di dequalificazione, cit., 118 ss. Sulla doverosità dell'offerta dell'accordo modificativo da parte del datore di lavoro (sempre nel caso che sussista un posto vacante) cfr. F. Liso, Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro, CSDLE, It, n. n. 275/2015, 11; in giurisprudenza negli stessi termini App. l'Aquila 8 novembre 2018, n. 701, in *Dejure*.

26 E. Balletti, I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto, cit., 123.

27 S. Brusati, Brevi note sul nuovo art. 2103 cod.civ., in *Unicost* - <http://www.unicost.eu/centro-studi-nino-abbate/diritto-civile-sostanziale/brevi-note-sul-nuovo-art-2103-cc-di-brusati.aspx>.

28 Secondo R. Voza, Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni, cit., 11 tale esplicitazione sarebbe stata necessaria, si da ricondurre espressamente il patto di demansionamento entro la logica della *extrema ratio*.

29 Secondo F. Liso, Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro, cit., 11 vi è difficoltà a distinguere i presupposti del demansionamento unilaterale e di quello concordato per soddisfare l'esigenza del lavoratore a conservare l'occupazione.

si sia realizzata una sostanziale e legittima modifica delle condizioni di lavoro che incida sulla posizione del prestatore di lavoro, ovvero una situazione analoga a quella disciplinata dal quarto comma dell'art. 2112 cod.civ. [secondo cui "Il lavoratore, le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, può rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui all'articolo 2119, primo comma"], dalla cui interpretazione possono desumersi ulteriori ed utili elementi di indagine.

In queste ipotesi, a differenza di quelle riferite ad un interesse al miglioramento delle condizioni di vita (di cui infra), il lavoratore potrebbe addivenire alla sottoscrizione del patto di demansionamento in presenza di una modifica (o di una potenziale modifica) della propria condizione lavorativa; e potrebbe così essere indotto a concordare una soluzione lavorativa idonea a conservare una occupazione consona alle proprie esigenze personali. Né una tale interpretazione può essere considerata idonea a favorire eventuali abusi del datore di lavoro; è, infatti, evidente come la necessità del consenso del lavoratore espresso nelle sedi c.d. protette sia idoneo a tutelare la genuinità della decisione del prestatore di lavoro. Appare alquanto improbabile una situazione in cui il datore di lavoro eserciti legittimamente i propri poteri per addivenire ad un mutamento delle condizioni di lavoro del dipendente che abbia quale fine ultimo la sottoscrizione di un patto di demansionamento. Si aggiunga, ancora, che l'accoglimento dell'interpretazione più rigorosa comporterebbe nei fatti la stipulazione del patto solo in presenza di un licenziamento già sostanzialmente irrogato, ovvero nel caso delle imprese di maggiori dimensioni e per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 nel corso della procedura disciplinata dall'art. 7 della l. n. 604/1966.

b) Il secondo interesse è dato dalla acquisizione di una diversa professionalità.

La diversa professionalità cui si riferisce la norma non può che essere riferita allo svolgimento di mansioni ascrivibili ad un livello di inquadramento inferiore, dato che per "acquisire" una professionalità dello stesso livello di inquadramento o superiore non sono richiesti specifici accordi³⁰, nonché a mansioni del medesimo livello di inquadramento, ma riconducibili ad una diversa categoria legale (arg. ex art. 2103, comma 1, cod.civ.).

Una parte della dottrina si è espressa in maniera molto critica in merito all'indicazione di tale interesse, riferendosi ad un legislatore che "si è mosso ai limiti dell'irriverenza"³¹, nonché ad una "proposizione velata da non poca ipocrisia"³² e più moderatamente all'impossibilità di vedere "in che cosa possa consistere l'interesse del lavoratore"³³. Nella disposizione non vi sarebbe alcuna traccia che rimandi ad un arricchimento professionale potendo la professionalità essere non solo inferiore, ma anche completamente diversa, "ossia priva di qualsiasi collegamento con il patrimonio di competenze del lavoratore"³⁴. All'opposto la norma è stata considerata

30 C. Cester, La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 cod.civ., cit., 182; U. Gargiulo, Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 cod.civ., cit., 13; C. Lazzari, La tutela della dignità professionale del lavoratore, cit., 674

31 Così A. Tampieri, L'accordo individuale di dequalificazione, cit., 114.

32 U. Gargiulo, Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 cod.civ., cit., 13.

33 A. Garilli, La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro, cit., 142.

34 R. VOZA, *L'ADIBIZIONE A MANSIONI INFERIORI MEDIANTE PATTI IN DEROGA NEL RIFORMATO ART. 2103 COD.CIV.*, cit., 15.

da altra dottrina espressione della volontà del legislatore di recuperare un isolato tentativo giurisprudenziale di c.d. demansionamento espansivo che aveva consentito di adibire il lavoratore a mansioni inferiori nell'ambito di un complessivo percorso di riqualificazione on the job³⁵. Si è così ipotizzato che detto interesse possa sussistere nel caso di intervenuta obsolescenza professionale con riguardo alle mansioni svolte fino a quel momento³⁶, ovvero dell'assegnazione ad "una linea professionale inferiore in partenza, ma suscettibile di migliori sviluppi di carriera, ovvero più congeniale alle inclinazioni personali del lavoratore"³⁷, ed ancora alla situazione in cui in un determinato reparto si stia sviluppando un prodotto innovativo e si registri un interesse del lavoratore, sulla base del proprio bagaglio formativo e professionale, a sviluppare una certa esperienza cambiando anche categoria di inquadramento³⁸.

Senza dubbio l'interesse all'acquisizione di una diversa professionalità presenta profili di criticità, ma non per questo si può liquidare la previsione come un fuor d'opera. L'interesse indicato dalla norma non può essere aprioristicamente escluso in capo al lavoratore, potendosi verificare una delle situazioni già indicate in dottrina, ferma l'esigenza di una valutazione rigorosa circa l'effettiva sussistenza³⁹.

c) Il terzo interesse è rappresentato dal miglioramento delle condizioni di vita.

Anche con riferimento a tale interesse sono state espresse in dottrina voci fortemente critiche. Vi è chi ha sostenuto che sfiora il ridicolo "ipotizzare che una riduzione della retribuzione conduca con sé un miglioramento delle condizioni di vita del singolo lavoratore" a meno di "non voler ritenere che siano considerate migliorative le mansioni ad orario fisso perché libere dall'obbligo della prestazione dello straordinario"⁴⁰. Altri, sul presupposto della mancata concretezza di questa ipotesi, come tale idonea al rischio di abusi atteso che si tratta di una scelta tanto soggettiva da sfuggire a qualsiasi controllo, ha concluso nel senso di ritenere difficile poter sostenere "che la disposizione possa assolvere la declamata funzione di tutelare esigenze del lavoratore e non invece quella di rafforzare ulteriormente l'interesse

35 Così M. Brolo, La disciplina delle mansioni dopo il Jobs act, cit., 1178 il cui riferimento è a Cass. 1 marzo 2001, n. 2948.

36 Cfr. S. Brusati, Brevi note sul nuovo art. 2103 cod.civ., cit.; analogamente U. Gargiulo, Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 cod.civ., cit., 13 anche se afferma trattarsi di ipotesi raramente ricorrente nella realtà. In merito anche E. Balletti, I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto, cit., 123 che con riferimento all'obsolescenza della professionalità evidenzia una funzione di tutela dell'occupazione ancorché in un medio-lungo periodo.

37 C. Cester, La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 cod.civ., cit., 182. A. Feltre, Il controllo giudiziale sullo ius variandi dopo il Jobs Act, Ricerche giuridiche, vol. 5, num. 1 – giugno 2016, 73 fa l'esempio di un progettista desideroso di sviluppare la propria professionalità in ambito commerciale o viceversa.

38 Così E. Massi, Nuova disciplina delle mansioni, DPL, 2015, 1814; F. Perrone, L' "interesse" del lavoratore nel nuovo art. 2103 c.c.: presupposti e limiti del sindacato giurisdizionale sul demansionamento unilaterale e pattizio, RGL, 2019, 511 evidenzia come il legislatore impiegando i concetti di "acquisizione" e di "professionalità diversa" richiami la necessità che l'adibizione a nuove mansioni produca un effetto innovatore sul patrimonio professionale del lavoratore.

39 Con riguardo alla previgente disciplina Trib. Venezia 26 settembre 2017, n. 5749, richiamata da F. Perrone, L' "interesse" del lavoratore nel nuovo art. 2103 c.c.: presupposti e limiti del sindacato giurisdizionale sul demansionamento unilaterale e pattizio, cit., 508 ha ritenuto che il demansionamento non fosse autenticamente diretto a realizzare un effettivo interesse del lavoratore all'acquisizione di una diversa professionalità in ragione dell'adibizione a mansioni di livello particolarmente basso rispetto all'inquadramento di provenienza e del loro pregresso svolgimento nelle fasi iniziali della carriera.

40 Così V. Ferrante, La nuova disciplina delle mansioni del lavoratore, in Quaderni del CEDRI n. 1/2015, 9.

dell'impresa alla flessibilità gestionale"⁴¹. Al contrario, in termini positivi, si è posto in luce come “la disposizione mostra di dare rilevanza e di costruire una delle ‘misure per la conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro’ in sintonia con la rubrica del coetaneo d.lgs. n. 80/2015, figlio della stessa legge delega n. 183/2014”⁴². E tra le situazioni idonee a garantire un interesse del lavoratore al miglioramento delle condizioni di vita sono state indicate il mutamento di mansioni che comporti non solo un cambiamento di orario, ma anche di turno o addirittura un vero e proprio trasferimento ad un'unità produttiva più vicina all'abitazione del lavoratore, oltre l'ipotesi del demansionamento funzionale allo svolgimento di mansioni meno stressanti ed impegnative e più in generale l'esigenza di svincolarsi da un ambiente di lavoro percepito come inidoneo alle proprie esigenze personali e relazionali⁴³.

L'ipotesi interpretativa più aperta appare maggiormente coerente con la lettera e soprattutto con la ratio della norma considerata alla luce del complessivo intervento di riforma che intende valorizzare il rilievo della volontà individuale⁴⁴. La valutazione del lavoratore circa la convenienza dello scambio non appare sindacabile (fermo quanto si dirà circa la sussistenza di eventuali vizi della volontà). La prova dell'interesse non può essere in alcun modo addossata al datore la cui manifestazione di volontà sarà, invece, “sorretta da (implicite) esigenze all'utile impiego del personale riconducibili al suo interesse organizzativo che, in questo caso, risultano irrilevanti, se non discriminatorie o illecite”⁴⁵.

Qualora il demansionamento sia collegato ad un trasferimento geografico, devono essere seguiti due passaggi: la stipulazione del patto di demansionamento e il successivo trasferimento del lavoratore che può legittimamente avvenire solo in presenza delle comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive richieste dal penultimo comma dell'art. 2103 cod.civ. Tali ragioni assumono una valenza oggettiva, non potendo in alcun modo essere presunte dall'accettazione del lavoratore al trasferimento a seguito della stipulazione del patto di demansionamento che può avere ad oggetto il solo mutamento di mansioni, di livello e di categoria legale e non può estendersi a derogare alla previsione dell'art. 2103 cod.civ. nella parte relativa al trasferimento. La questione in apparenza banale non lo è solo se si consideri il caso

41 Così A. Garilli, La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro, cit., 142; nel senso della mancata concretezza di questa ipotesi e della sua possibile fonte di abusi v. anche U. Gargiulo, Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 cod.civ., cit., 13.

42 Così M. Brollo La disciplina delle mansioni dopo il Jobs act, cit., 1178; in senso contrario A. Garilli, La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro, cit., 142 secondo cui il riferimento al miglioramento delle condizioni di vita “potrebbe celare l'intento di aggirare le norme di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro”.

43 Cfr. C. Cester, La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 cod.civ., cit., 182; S. Brusati, Brevi note sul nuovo art. 2103 cod.civ., cit.; E. Massi, Nuova disciplina delle mansioni, cit., 1814. Vi anche A. Tampieri, L'accordo individuale di dequalificazione, cit., 113 secondo cui il lavoratore può essere indotto a richiedere un demansionamento quale estremo rimedio ad una sopravvenuta insostenibilità della situazione lavorativa, a fronte di problemi familiari o comunque extralavorativi operando a tal fine un parallelo con la richiesta del lavoratore di trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale. R. Voza, L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 cod.civ., cit., 16 s. evidenzia che “l'accordo deve comportare una sorta di decrescita felice (o, quantomeno, gradita)” che configura quale “altra possibile declinazione della logica del male minore”.

44 V. sempre A. Tampieri, L'accordo individuale di dequalificazione, cit., 113 il quale a fondamento del rilievo della volontà individuale opera un collegamento con il successivo comma 7 ove anche con riguardo alle mansioni superiori è richiesto il consenso del lavoratore.

45 Così M. Brollo, La disciplina delle mansioni dopo il Jobs act, cit., 1178.

del lavoratore che dopo qualche tempo rivendichi un ritorno all'unità produttiva di provenienza eccependo la mancanza dei presupposti oggettivi per il trasferimento. La circostanza che l'accordo sia stato sottoscritto in una delle c.d. sedi protette non è idoneo a consentire la deroga, atteso che, come visto, l'art. 2113 cod.civ. è richiamato per individuare le sedi e non gli effetti. A questa prima questione se ne unisce una seconda. Nel caso di un patto di demansionamento propedeutico ad un trasferimento geografico appare, in ogni caso, necessario (fermo quanto evidenziato sopra) esplicitare i termini dello scambio, ovvero che il patto di demansionamento è stato stipulato in vista del successivo trasferimento (evidenziando l'impegno del datore di lavoro a garantire il trasferimento), sì da subordinarne l'efficacia (in termini sospensivi o risolutivi) al verificarsi dell'evento dedotto quale condizione⁴⁶.

Un'interessante questione attiene al rapporto tra l'interesse alla conservazione dell'occupazione, come interpretato da chi scrive, e il miglioramento delle condizioni di vita. Si è ritenuto che il primo interesse (alla conservazione dell'occupazione) non sussista unicamente quale alternativa ad un licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Certamente i due interessi, per come ricostruiti da chi scrive, presentano alcune sovrapposizioni. Il punto di unione è dato dal fatto che il lavoratore vuole mutare la propria condizione di lavoro per far fronte ad esigenze personali. Senonché sussiste una significativa differenza. Nel caso di conservazione dell'occupazione è, comunque, presupposto un cambiamento organizzativo e gestionale tale da modificare (anche potenzialmente) l'assetto in essere. Nel caso di miglioramento delle condizioni di vita ciò non è presupposto, ovvero non vi deve alcun mutamento, neppure potenziale, ma unicamente una esigenza soggettiva (o, meglio, percepita come tale) del lavoratore ad un cambiamento dallo stesso ritenuto idoneo a soddisfare il proprio interesse.

4. La necessaria sottoscrizione nelle c.d. sedi protette e l'assistenza eventuale di soggetti qualificati.

La previsione della necessaria sottoscrizione in sede protetta pone una doppia questione. La prima attiene all'individuazione delle sedi protette; la seconda, strettamente connessa alla prima, concerne la definizione delle prerogative assegnate agli organismi pubblici indicati dal legislatore e, segnatamente, l'individuazione dell'oggetto della verifica cui sono tenuti in relazione all'interesse indicato dal lavoratore.

L'elencazione delle sedi contenute nel comma 6 deve ritenersi tassativa⁴⁷.

⁴⁶ Analogamente R. Voza, L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 cod.civ., cit., 17 il quale pone dubitativamente un'altra questione, ovvero se qualora, a seguito del patto e del trasferimento, si dovessero verificare i presupposti (ovvero le comprovate ragioni) idonee a giustificare un nuovo trasferimento il lavoratore possa impugnare il patto in deroga pretendendo la rassegnazione alle mansioni originariamente svolte. A parere di chi scrive tranne il caso in cui sia dimostrabile un comportamento datoriale in frode alla legge, il lavoratore non può vantare alcun diritto a tornare a svolgere le mansioni originarie anche perché si presuppone che non vi sia alcuna necessità in tal senso da parte del datore che avrà già adibito altro lavoratore a quelle mansioni, sempreché siano ancora disponibili in azienda.

⁴⁷ Così A. Garilli, La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro, cit., 141; v. anche R. Voza, L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 cod. civ., cit., 18.

La norma, come già evidenziato, si riferisce alle sedi individuate dall'art. 2113, comma quarto, ovvero – in ragione del rinvio in esso contenuto ad altre norme – alla conciliazione intervenuta ai sensi degli articoli 185 (conciliazione in sede giudiziale, ancorché sarebbe stato più pertinente il riferimento all'articolo 420), 410 e 411 (conciliazione in sede amministrativa), 412-ter (conciliazione in sede sindacale) e 412-quater (collegio di conciliazione e arbitrato irrituale) del codice di procedura civile, nonché alle commissioni di certificazione di cui all'art. 76 del d.lgs. n. 276/2003 (enti bilaterali, direzioni territoriali del lavoro, università e fondazioni universitarie, consigli provinciali dei consulenti del lavoro)⁴⁸.

La seconda questione si presenta più complessa. È indubbio che il comma 6 dell'art. 2103 cod.civ. imponga il duplice vincolo del rispetto della procedura e dell'esplicitazione della motivazione, posto “a bilanciamento delle posizioni delle parti, a necessario supporto del lavoratore contraente debole e per contrastare possibili abusi in suo danno”⁴⁹.

Il legislatore, tuttavia, non esplicita quale debba essere il ruolo esercitato dagli organismi indicati in merito alla considerazione dell'interesse del lavoratore. È senza dubbio evidente che tali organismi lo devono coadiuvare nella stipulazione di un patto modificativo del contratto di lavoro che determina un mutamento sostanziale e qualitativo della prestazione di lavoro e non lo devono assistere nel compimento di un atto dispositivo di un diritto già acquisito⁵⁰. Ed è del pari chiaro che l'individuazione delle sedi ove sottoscrivere l'accordo risieda nell'esigenza di proteggere la libera formazione della volontà del lavoratore dal rischio di pressioni indebite, tanto più ipotizzabili in ragione del fatto che l'accordo avviene in costanza di rapporto in una situazione di indubbia asimmetria di condizioni psicologiche⁵¹.

La sede protetta non potrà limitarsi a svolgere un compito “prettamente notarile”, ma dovrà svolgere un'assistenza effettiva⁵². Tale esigenza impone che a tale sede sia demandato il compito non soltanto di rendere edotto il lavoratore degli effetti

48 In termini critici, in merito ad alcune disarmonie dei rinvii operati che si sarebbero potute evitare con una più ponderata valutazione v. R. Voza, L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 cod.civ., cit., 18 ss.; v. anche A. Tampieri, L'accordo individuale di dequalificazione, cit., 112.

49 Così E. Balletti, I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto, cit., 121 ripreso da R. Voza, L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 cod.civ., cit., 10.

50 Così A. Garilli, La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro, cit., 141 il quale condivisibilmente prosegue evidenziando come non sia escluso di poter inserire all'interno del patto anche una transazione concernente pretese collegate alle mansioni svolte; tuttavia – prosegue l'A. – il patto principale, ovvero quello previsto dall'art. 2103, non è, anche in tale ipotesi, stipulato in funzione transattiva, perché esso è contraddistinto dall'interesse delle parti alla sostituzione della obbligazione dedotta in contratto con altra obbligazione.

51 F. Amendola, La disciplina delle mansioni nel d.lgs. n. 81 del 2015, DLM, 2015, 512.

52 R. Voza, L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 cod.civ., cit., 11. In maniera condivisibile U. Gargiulo, Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 cod.civ., cit., 14 afferma che l'assistenza non si configura come strumento d'integrazione del consenso, ma come percorso di irrobustimento di quella volontà e che l'autenticità del processo di formazione del consenso costituisce un profilo eccedente il ruolo dei soggetti chiamati ad affiancare il lavoratore e a registrare l'atto volitivo; analogamente V. Ferrante, La nuova disciplina delle mansioni del lavoratore, cit., 9 ritiene che l'assistenza fornita dai soggetti richiamati nella norma non possa valere, al di là di una eventuale testimonianza, ad attribuire alla volizione una efficacia rafforzata.

conseguenti alla deroga e di attestare la genuinità della sua volontà⁵³, ma anche di verificare “almeno secondo una delibazione sommaria”⁵⁴ la sussistenza degli interessi indicati dalla norma che consentono il realizzarsi della causa del contratto⁵⁵. Ancorché si sia evidenziato che il lavoratore non avrebbe un problema di comprensione degli effetti di ciò che è chiamato a sottoscrivere, ma di carenza di valide alternative all'accettazione di una modifica peggiorativa delle condizioni di lavoro⁵⁶, è indubbio che il comma 6 dell'art. 2103, a differenza dell'art. 2113 che non prevede alcun filtro circa le motivazioni che sorreggono la volontà dispositiva, tipizza gli interessi che il patto in deroga deve necessariamente perseguire, sì da implicare non solo la loro esplicitazione, ma anche la verifica circa la loro sussistenza⁵⁷. Vi è, dunque, la necessità di esplicitare nell'accordo l'interesse del lavoratore alla sua sottoscrizione e di valutarne la sussistenza, avendo riguardo al momento della sua stipulazione, non potendo assumere rilievo circostanze sopravvenute e, finanche di segno contrario, rispetto a quelle che avevano indotto a perfezionare l'accordo⁵⁸.

Altra questione concerne la possibilità per il lavoratore di farsi assistere in sede protetta da soggetti qualificati, ovvero dal rappresentante di una associazione sindacale alla quale aderisce o conferisce mandato, da un avvocato o da un consulente del lavoro. Si tratta con tutta evidenza di un'assistenza eventuale⁵⁹. Tuttavia l'individuazione selettiva di una rosa di soggetti esclude da tale eventuale attività coloro che non siano compresi nell'elenco, con conseguente “legittimità del rifiuto di ammettere la presenza di soggetti diversi da quelli indicati dalla norma”⁶⁰.

Un tema di rilievo attiene all'eventuale facoltà del lavoratore di non presentarsi personalmente innanzi agli organismi individuati dal comma 6 dell'art. 2103 e di farsi rappresentare da uno dei soggetti indicati nella stessa norma. Ancorché il dato testuale (“Il lavoratore può farsi assistere”) non sembri escludere l'applicazione dei principi della delega alla rappresentanza, sul piano sistematico pare più congruo privilegiare una soluzione che richieda la presenza del lavoratore. Due considerazioni conducono a questa conclusione. Innanzitutto la sottoscrizione del patto di demansionamento attiene ad una questione direttamente concernente la sfera personale del prestatore di lavoro; ma soprattutto in sede protetta deve essere accertata la genuinità del

53 Così M. Corti, *Jus variandi e tutela della professionalità dopo il “Jobs Act”* (ovvero cosa resta dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori), cit., 52. Secondo M. Brollo, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs act*, cit., 1179 in sede di manifestazione del consenso assistito andrà verificata e precisata anche la durata della dequalificazione correlata all'interesse manifestato, con ovvio riferimento al caso dell'esistenza di un accordo di demansionamento limitato nel tempo.

54 Così testualmente C. Cester, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 cod.civ.*, cit., 182.

55 A. Garilli, *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, cit., 142.

56 U. Gargiulo, *Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 cod.civ.*, cit., 15.

57 R. Voza, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, cit., 13 il quale aggiunge che il patto debba contenere una clausola in cui si esplicita lo scambio.

58 V. per ulteriori riferimenti M. Brollo, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs act*, cit., 1179 afferma che “salvo il caso di espresso accordo circa la temporaneità del mutamento e al di là delle ipotesi fisiologiche di mobilità verticale, non sono ammessi ripensamenti del lavoratore”.

59 Così A. Tampieri, *L'accordo individuale di dequalificazione*, cit., 110 che sottolinea la facoltatività a differenza dell'assistenza obbligatoria da parte degli organismi di cui all'art. 2113, comma 4 e della commissione di certificazione.

60 Così R. Voza, *L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 cod.civ.*, cit., 24; E. Massi, *Nuova disciplina delle mansioni*, cit., 1814.

consenso prestato e la consapevolezza degli effetti dell'accordo valido per il futuro, presupposti che sembrerebbero implicare la presenza fisica del lavoratore⁶¹.

5. Mutamento consensuale delle mansioni e formazione

Il rapporto tra mutamento consensuale delle mansioni e formazione del lavoratore rappresenta un'altra tematica di interesse. Occorre chiedersi se il terzo comma dell'art. 2103 nell'affermare che "Il mutamento di mansioni è accompagnato, ove necessario, dall'assolvimento dell'obbligo formativo, il cui mancato adempimento non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni", si riferisca ai soli mutamenti unilaterali⁶².

In senso adesivo rispetto a questa conclusione si potrebbe invocare il legame tra formazione e *jus variandi* quale esercizio di un potere unilaterale – in cui peraltro la formazione deve intendersi come un mero onere del datore di lavoro (e non già un obbligo)⁶³ – essendo, invece, le parti libere nel caso di stipulazione di un patto di demansionamento di decidere, nell'esercizio dell'autonomia privata individuale, in merito alla necessità o meno della formazione. Nel senso indicato potrebbe condurre anche la collocazione della disposizione, inserita tra i commi 2 e 4, dedicati rispettivamente al demansionamento disposto in via unilaterale per intervenuta modifica dell'assetto organizzativo incidente sulla posizione del lavoratore e a quello autorizzato dalla contrattazione collettiva.

Questioni, con tutta evidenza, non si pongono qualora le parti individuali all'interno del patto disciplinino anche i profili formativi o il contratto collettivo imponga un obbligo formativo a fronte di un mutamento di mansioni. Peraltro, la regolamentazione a livello individuale e/o collettivo è senza dubbio opportuna nel caso in cui l'interesse del lavoratore alla sottoscrizione del patto sia da rinvenire nell'acquisizione di una diversa professionalità⁶⁴.

Le parti potrebbero tuttavia escludere esplicitamente l'esigenza di qualsivoglia attività formativa⁶⁵ o più semplicemente non prevedere alcunché sul punto. La tesi che conduce ad escludere in questi casi lo svolgimento di un'attività formativa, merita una riflessione più approfondita.

Innanzitutto la lettera del comma 3 dell'art. 2103 riferendosi al mutamento di mansioni non differenzia tra mutamento unilaterale e mutamento consensuale. Inoltre, la ratio della disposizione porta a ritenere che l'adempimento formativo sia esteso a tutte le ipotesi di modifica delle mansioni che renda necessario l'aggiornamento professionale del dipendente, anche a quella consensuale⁶⁶. E ciò non solo qualora

61 In merito vedi criticamente anche E. Massi, Nuova disciplina delle mansioni, cit., 1814 il quale si esprime nel senso di una mera preferenza di presenza e non di obbligo.

62 C. Pisani, La nuova disciplina del mutamento delle mansioni, cit., 146.

63 Secondo C. Pisani, Tipologie vecchie e nuove di demansionamento e tecniche di tutela, RGL, 2018, I, 334 la formazione si configura come un onere del datore di lavoro e un obbligo per il lavoratore.

64 R. Voza, L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 cod.civ., cit., 9.

65 L. Ferluga, La dequalificazione unilaterale nella nuova disciplina delle mansioni, VTDL, 2016, 92.

66 Così in senso condivisibile M. Corti, *Jus variandi* e tutela della professionalità dopo il "Jobs Act" (ovvero cosa resta dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori), cit., 64.

le parti a livello individuale abbiano serbato il silenzio sul punto, ma anche nel caso in cui abbiano escluso la necessità di un percorso formativo essendo necessario che le parti rendano possibile l'esecuzione della prestazione⁶⁷. Sul piano sistematico occorre valorizzarne la funzione della disposizione in chiave di tutela della dignità professionale del lavoratore, certamente non rispettata qualora il prestatore di lavoro sia chiamato a svolgere compiti rispetto ai quali mancava di adeguata formazione⁶⁸. Sempre sul piano sistematico si consideri che ai sensi dell'art. 2104 cod.civ. il prestatore di lavoro è tenuto ad "usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta", sì da configurare la diligenza quale criterio di commisurazione della prestazione dovuta e da presupporre che il lavoratore sia in grado di esprimerla adeguatamente. Il che può avvenire solo qualora sia stato adeguatamente formato⁶⁹.

6. Possibili vizi dei patti di demansionamento e sindacabilità giudiziale

Quanto ai possibili vizi dei patti di demansionamento l'indiscusso punto di partenza è dato dalla nullità di tutti gli accordi sottoscritti al di fuori della "sedi protette" o che non rispettino gli altri limiti desumibili dalla norma⁷⁰. Il richiamo alle sedi protette di cui all'art. 2113 cod.civ. non garantisce – lo si ribadisce – la inoppugnabilità dell'accordo modificativo in quanto tale effetto avrebbe avuto bisogno di una espressa formulazione⁷¹.

Posto che l'effettiva esistenza degli interessi che giustificano l'accordo derogatorio è sempre sindacabile in sede giudiziale⁷², il tema che si pone attiene, però, ai limiti di tale sindacabilità. In linea di principio è senza dubbio condivisibile la soluzione interpretativa che ravvisa la nullità del patto nel caso di insussistenza in capo al lavoratore degli interessi esplicitati nell'accordo⁷³. La questione concerne, tuttavia, i profili probatori, ovvero se della prova dell'insussistenza si debba fare carico il lavoratore o se, viceversa, sia il datore di lavoro tenuto a dimostrarne l'esistenza.

67 Ovviamente il datore di lavoro è tenuto agli obblighi di formazione previsti dal d.lgs. n. 81/2008 ove la formazione è definita quale "processo educativo attraverso il quale trasferire ai lavoratori ed agli altri soggetti del sistema di prevenzione e protezione aziendale conoscenze e procedure utili alla acquisizione di competenze per lo svolgimento in sicurezza dei rispettivi compiti in azienda e alla identificazione, alla riduzione e alla gestione dei rischi" (art. 2, comma 1, lett. aa, d.lgs. n. 81/2008).

68 V. C. Lazzari, La tutela della dignità professionale del lavoratore, cit., 693.

69 Secondo C. Cester, La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 cod.civ., cit., 178 la formazione ove riferita anche alle modifiche consensuali di cui al comma 6 costituirebbe il contenuto di un vero obbligo a carico del datore di lavoro in base ad un meccanismo di integrazione legale dell'accordo, mentre nel caso di jus variandi sarebbe più corretto parlare di un onere, cioè di un comportamento cui il datore di lavoro è tenuto ove intenda esercitare (s'intende legittimamente) il suo potere unilaterale.

70 Così A. Tampieri, L'accordo individuale di dequalificazione, cit., 110.

71 Così testualmente C. Cester, La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 cod.civ., cit., 183; C. Pisani, La nuova disciplina del mutamento delle mansioni, cit., 87.

72 Così M. Corti, Jus variandi e tutela della professionalità dopo il "Jobs Act" (ovvero cosa resta dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori), cit., 52; in senso diverso S. Brusati, Brevi note sul nuovo art. 2103 cod.civ., cit.; A. Avondola, La riforma dell'art. 2103 cod.civ. dopo il jobs act, cit., 384.

73 Così L. De Angelis, Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 263/2015, 9; negli stessi termini F. Amendola, La disciplina delle mansioni nel d.lgs. n. 81 del 2015, cit., 512; F. Perrone, L' "interesse" del lavoratore nel nuovo art. 2103 c.c.: presupposti e limiti del sindacato giurisdizionale sul demansionamento unilaterale e pattizio, cit., 512; C. Pisani, Tipologie vecchie e nuove di demansionamento e tecniche di tutela, cit., 329.

Coloro che ritengono che l'interesse alla conservazione dell'occupazione sussista solo quale alternativa ad un licenziamento fanno ricadere sul datore di lavoro la prova delle condizioni di fatto che connotano il rischio del recesso⁷⁴, lasciando al prestatore di lavoro l'onere di dimostrare l'insussistenza degli altri due interessi⁷⁵. Chi scrive ha espresso una soluzione interpretativa "estensiva" in merito alla sussistenza dell'interesse alla conservazione dell'occupazione, sì da non legarlo necessariamente ad un possibile licenziamento; ma più in generale non si ravvisano ragioni per poter addivenire ad un'inversione dell'onere della prova, fermo l'utilizzo del sistema delle presunzioni per agevolare l'azione probatoria del lavoratore. Senza dubbio il lavoratore potrà avere difficoltà a dimostrare l'insussistenza dell'interesse che ha dichiarato nell'accordo anche perché dipende nella sostanza da una sua valutazione personale; ciò non toglie che dalla norma non si possa desumere alcuna deroga ai principi generali che regolano l'onere della prova. Ne deriva la condivisione della tesi di chi ravvisa la difficoltà di sindacare in giudizio la veridicità delle ragioni addotte, senza che sia fornita la prova della palese pretestuosità dell'interesse addotto, tale da condurre alla nullità dell'accordo per illiceità del motivo o della causa o per frode alla legge⁷⁶, o che non emerga un vero e proprio vizio del consenso⁷⁷. Ciò in quanto le sedi protette devono garantire non solo un'assistenza effettiva, ma sono tenute anche a verificare (quantomeno nei suoi presupposti essenziali) la sussistenza dell'interesse dedotto dal lavoratore valutando la genuinità della sua volontà dispositiva in relazione all'interesse qualificato dalla norma.

Per quanto concerne le conseguenze della nullità del patto di demansionamento, si deve escludere che da essa derivi il diritto del prestatore di lavoro a percepire una retribuzione pari a quella fruita nello svolgimento delle superiori mansioni prima della sottoscrizione del patto⁷⁸. Ciò in quanto il lavoratore nell'esecuzione dell'accordo di dequalificazione ha svolto effettivamente mansioni inferiori. Il prestatore avrà, invece, diritto all'assegnazione alle mansioni precedenti o, nel caso in cui non fossero più disponibili, a mansioni riconducibili ai sensi del comma 1 dell'art. 2103 cod.civ. allo stesso livello e categoria legale di inquadramento, ferma la possibilità di esperire un'azione risarcitoria volta al soddisfacimento degli eventuali danni subiti la cui rigorosa prova incombe sul lavoratore medesimo.

Bibliografia

74 In merito v. C. Lazzari, La tutela della dignità professionale del lavoratore, cit., 675.

75 Cfr. C. Cester, La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 cod.civ., cit., 183.

76 A. Tampieri, L'accordo individuale di dequalificazione, cit., 122 nell'invocare l'applicazione delle cause di nullità di carattere generale ai sensi dell'art. 1418 cod.civ. ritiene che sia da ritenere "nullo (art. 1418, comma 2; art. 1344 cod.civ.) l'accordo, sia pure sottoscritto in una sede protetta, che si traduca in un espediente (del datore di lavoro) per ottenere prestazioni lavorative in elusione di una norma imperativa".

77 In merito cfr. C. ZOLI, *LA DISCIPLINA DELLE MANSIONI*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (A CURA DI), *TIPOLOGIE* contrattuali e disciplina delle mansioni, Torino, 2015, 350; U. Gargiulo, Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 cod.civ., cit., 14; R. Voza, Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni, cit., 6; E. Gramano, La riforma della disciplina del jus variandi, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di) *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Milano, 2016, 549.

78 C. Pisani, La nuova disciplina del mutamento delle mansioni, cit., 90.

- A. Garilli, Il rapporto tra le fonti nel nuovo diritto del lavoro, DML, 2017, 407 ss.
- A. Tampieri, L'accordo individuale di dequalificazione, cit., 110.
- C. Cester, La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 cod.civ., cit., 183.
- C. Lazzari, La tutela della dignità professionale del lavoratore, GDLRI, 2017, 674
- C. Pisani, La nuova disciplina del mutamento delle mansioni, cit., 90.
- C. Zoli, La disciplina delle mansioni, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni, Torino, 2015, 350;
- E. Balletti, I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto, in Aa.Vv., Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario, Milano, 2017,
- E. Gramano, La riforma della disciplina del jus variandi, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di) Commentario breve alla riforma "Jobs Act", Milano, 2016, 549.
- E. Massi, Nuova disciplina delle mansioni, DPL, 2015, 1814
- F. Amendola, La disciplina delle mansioni nel d.lgs. n. 81 del 2015, cit., 512
- L. Ferluga, La dequalificazione unilaterale nella nuova disciplina delle mansioni, VTDL, 2016, 92.
- M. Brollo, La disciplina delle mansioni dopo il Jobs act, ADL, 2015, 1177
- M.L. Buconi, La mobilità verticale nel nuovo testo dell'art. 2103 c.c., in Labor, 2018, n. 1, 45,
- R. Voza, L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 cod.civ., cit., 24
- S. Brusati, Brevi note sul nuovo art. 2103 cod.civ., in Unicost - <http://www.unicost.eu/centro-studi-nino-abbate/diritto-civile-sostanziale/brevi-note-sul-nuovo-art-2103-cc-di-brusati.aspx>.
- U. Gargiulo, Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 cod.civ., cit., 14;

Recebido em: 17.03.2020
Aprovado em: 20.04.2020

Universidade de Bolonia
Itália

Volume 1, Número 1,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt

El interés del trabajador en el ingreso de sus cuotas a la seguridad social en el sistema de protección social italiano

The interest of the worker in the income of their quotas to social security in the italian social protection system

Davide Casale¹

Sumário: 1. El carácter automático de las prestaciones sociales; 2. Su límite cronológico para las pensiones de vejez; el carácter automático de las prestaciones sociales: su límite cronológico para las pensiones de vejez; 3. La limitación probatoria aplicable a la cobertura contributiva automática; 4. Incentivos normativos a la diligencia del trabajador relativa a su posición contributiva; 5. Peculiaridades normativas de la denuncia de omisión contributiva; 6. Diferencias entre derecho de libertad de expresión del trabajador y derecho de denuncia; 7. La importancia de la tutela del empleado frente a represalias; 8. La vinculación del carácter automático de las prestaciones sociales al carácter exigible de la cotización; 9. Pluralidad de declinaciones de la autorresponsabilidad en el sistema italiano de protección social; 10. Bibliografía

RESUMEN: El art. 2116 del Código Civil italiano establece que las prestaciones sociales «se deben al trabajador, incluso cuando el empleador no haya ingresado de forma regular las cuotas debidas a la Seguridad Social», siempre que dicha deuda no se haya extinguido por prescripción. Este artículo enfatiza el nexo jurídico entre esta cobertura asistencial pública “automática” en virtud del art. 2116 CC y el plazo (cinco o diez años) de extinción por prescripción de las cotizaciones a la Seguridad Social en el sistema italiano de protección social. En dicho nexo, establecido por el legislador, se puede constatar una función de incentivo a la vigilancia del trabajador sobre la integridad de su posición contributiva respecto a las futuras prestaciones de la Seguridad Social. Para incentivar las denuncias de omisión contributiva, hay que distinguir claramente entre el derecho a la libertad de expresión del trabajador y el derecho de denuncia ante las autoridades de vigilancia, al que no hay que imponer los límites de ejercicio propios del primero. Es importante, sobre todo, la eficacia disuasoria de la tutela legal contra cualquier reacción de represalia del empleador (hoy reforzada por la L. n.º 179/2017 sobre la protección de quien efectúa denuncias y por el Tribunal Constitucional n.º 194/2018 sobre el aumento de las sanciones por despidos improcedentes).

Palabras clave: Derecho laboral y de protección social; Cotización a la Seguridad Social; Cotización obligatoria para tutelar la invalidez, la vejez, la supervivencia; Duración e inicio del plazo de prescripción; Denuncia de omisión contributiva; Denuncias y solicitudes de intervención ante las autoridades de vigilancia e inspección; Tutelas para el denunciante.

ABSTRACT: Article 2116 of Italian Civil Code establishes that social security benefits «are due to the employee, even when the employer has not regularly paid the contributions due to social security institutions», provided that this contributory debt is not already extinguished due to the expiring of the limitation period for the payment of social security contributions. This essay explores the link between that “automatic” social benefits coverage and the limitation period (5 or 10 years, so called “prescription”) for the payment. The function of this legal link can be seen as one encouraging the employee to supervise the completeness of employers’ payments for the future pension. To encourage allegations of failure to pay compulsory contributions, the limits applicable to the right of public criticism should not apply to the right to make reports to public authorities. Above all, important are legal protections against any retaliatory reaction by the employer (protections which were strengthened by law no. 179/2017 on whistleblowing and by Constitutional Court ruling no. 194/2018 on unlawful dismissal).

Keywords: Employment and social security law; Contributions due under national statutory social security schemes; Compulsory contributions for invalidity, old-age and survivors benefits; Limitation period of claims for payment of social security contributions; Denunciation of failure to pay contributions; Whistleblowing and complaints to public authorities; Protection for the whistleblower.

¹ Profesor titular de Derecho Laboral en la Universidad de Bolonia, Italia - davide.casale@unibo.it

1. EL CARÁCTER AUTOMÁTICO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES: SU LÍMITE CRONOLÓGICO PARA LAS PENSIONES DE VEJEZ

El carácter automático de las prestaciones es uno de los (poquísimos) principios del derecho de la protección social que fue considerado merecedor de entrar en el Código Civil. Introducido en el art. 2116 CC italiano², dicha regla general establece que, salvo previsiones diferentes, las prestaciones de la Seguridad Social corresponden al trabajador incluso si la relativa cuota no se ha ingresado. Se trata de una importante declinación del principio de solidaridad social que se consagró pocos años después en la regla de la “adecuación” establecida por el art. 38.2 de la Constitución italiana.

La expresión “automaticidad” de las prestaciones no se debe entender en sentido literal, dado que para conseguir las prestaciones sociales es indispensable formular una instancia administrativa, además muy bien fundamentada, ya que no hay cotización. Dicha expresión se debe entender, en cambio, en el sentido de que la existencia del presupuesto contributivo es por ley superfluo cuando se compruebe el presupuesto laboral del que provenía la obligación contributiva omitida. El carácter automático no reside en el modo en que el procedimiento de atribución de la prestación social se inicia, sino en la exención de este proceso, y por ende del trabajador, de la sujeción al resultado y de la obligación del cobro (además de los relativos plazos, de hecho, el carácter automático no solo implica la cobertura pública que sustituye las lagunas contributivas, sino también una anticipación de la cobertura que proviene de la cotización recaudada de forma tardía).

En la legislación especial, dicha regla del CC se ha llevado a cabo de forma no idéntica para todas las garantías sociales. Respecto a los casos de derecho de la seguridad social que se forman progresivamente, la omisión contributiva plantea las cuestiones de mayor relevancia ética, además de económica. Se trata, en efecto, de un equilibrio entre múltiples instancias con implicaciones crecientes a largo plazo: en primer lugar, la certeza del derecho público inherente a la imposición contributiva, con las relativas repercusiones en términos de contabilidad pública para la cobertura de las medidas reconocidas por la ley; en segundo lugar, la certeza de los derechos en el curso de la actividad propia del empresario; y sobre todo, en tercer lugar, la certeza de las perspectivas de vida de las personas que han contribuido al bienestar común con su trabajo.

En el ámbito de la disciplina de las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia (i.v.s.), el actual marco normativo se ha creado, por un lado, tras la fundamental innovación normativa de 1969-1972, que extendió la aplicación del carácter automático al seguro general obligatorio modificando el art. 27 del RDL

² El art. 2116 CC es el siguiente: «Las prestaciones indicadas en el artículo 2114 [esto es, las prestaciones sociales públicas] se deben al trabajador, incluso cuando el empleador no haya ingresado de forma regular la cuota debida a las instituciones de protección social y de asistencia, salvo diferentes disposiciones de las leyes especiales. En los casos en que, según dichas disposiciones, las instituciones de protección social y de asistencia, por falta de cotización o por irregularidad, no tengan que corresponder en todo o en parte las prestaciones debidas, el empleador es responsable del daño ocasionado al trabajador». Sobre la validez general de la regla contenida en el primero de estos dos puntos, v. la importante sentencia del Tribunal Constitucional del 5 de diciembre de 1997, n.º 374, en Giust. civ., 1998, I, 617.

n.º 636/1939³, y, por otro lado, tras la aplicación de la Directiva 80/987/CEE sobre la insolvencia del empleador⁴. Resulta de ello un régimen legal binario que diferencia la protección sobre todo en función del curso del tiempo: existe una tutela principal a cargo de la colectividad, esto es, el carácter automático de las prestaciones, y una tutela residual a través de la iniciativa judicial del interesado frente al responsable de la omisión.

Por lo tanto, corren a cargo del sistema de bienestar público las ayudas económicas por dos tipos de incumplimiento por parte del empleador: los comprendidos en el límite, generalmente de cinco años⁵, de la prescripción de la cotización; y los derivados de situaciones de insolvencia del empleador comprobadas en el ámbito de procedimientos concursales. Para los primeros, dicho plazo hace que se pueda ejercer, a cargo del empleador, la recuperación coactiva por parte de la Seguridad Social; en cambio, la ley no prevé un límite temporal para la cobertura asistencial supletoria pública cuando el pago omitido de las cuotas sea imputable a un empleador en crisis sujeto a un procedimiento concursal (es decir, procesos de regulación unitaria de los derechos de los diferentes acreedores de un mismo empresario que quedaron insatisfechos, como la «quiebra» de la empresa, hoy denominado procedimiento «de insolvencia» por el Código de la crisis de empresa promulgado con D.leg. n.º 14/2019); en dichos casos, la Seguridad Social introduce su crédito contributivo en la lista de obligaciones pendientes que se podrán satisfacer incluso mediante la venta coactiva de los bienes del empresario.

En cambio, en dicho supuesto de insolvencia del empleador, una vez superado el límite de cinco años, el carácter automático de las prestaciones no se aplica. Es decir, el sistema italiano de protección social responsabiliza al trabajador de los costes, del plazo y de los riesgos inherentes a las medidas a disposición contra el empleador respecto a los incumplimientos contributivos que se produjeron

3 V. el art. 23 ter del DL n.º 267/1972, que reescribió el art. 40 de la L. n.º 153/1969, que a su vez influyó en el art. 27 del RDL n.º 636/1939, aplicando el carácter automático de las prestaciones de i.v.s. a los trabajadores subordinados del seguro general obligatorio público, y después extendido a las otras gestiones de pensiones en vía jurisprudencial así como con la aplicación de la armonización en virtud del artículo 2.22, de la L. n.º 335/1995. Se reenvía, por último, a Capurso, *Le eclissi del principio di automaticità delle prestazioni previdenziali. Una passeggiata nel bosco dell'art. 2116 c.c.*, en Riv. dir. sic. soc., 2017, 499 ss., y amplius D. Casale, *L'automaticità delle prestazioni previdenziali. Tutela, responsabilità e limiti*, BUP Bononia University Press, Bologna, Collana del Seminario Giuridico della Università di Bologna, 2017, 54 ss., 122 ss. y 197 ss., para más referencias.

4 L. n.º 297/1982, art. 2, y D.leg. n.º 80/1992 (modificados por el D.leg. n.º 186/2005), en aplicación de la Directiva 80/987/CEE modificada por la Directiva 2002/74/CE, hoy incorporada en la Directiva 2008/94/CE. A este respecto, se reenvía a D. Casale, *L'automaticità*, cit., 74 ss., así como a D. Garofalo, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela previdenziale dei lavoratori*, en Marazza-D. Garofalo, *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2015, 124 ss.; Zilio Grandi-Sferrazza, *La tutela del lavoratore nei confronti dell'insolvenza del datore di lavoro*, en Dir. rel. ind., 2013, 685 ss., y 2014, 142 ss.; sobre las novedades de la Directiva más reciente v. Pallini, *La nuova disciplina comunitaria della tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore: la direttiva n. 2002/74/Ce*, en Riv. dir. sic. soc., 2003, 695 ss.; sobre el alcance de la Directiva europea respecto a los perfiles contributivos v. in primis Canavesi, *Contribuzione prescritta e automaticità delle prestazioni nell'ordinamento italiano e nella dimensione comunitaria*, en Riv. giur. lav., 1992, I, 465 ss.

5 Sobre la disciplina aplicable a los empleados del sector privado, véase la continuación de este trabajo. En cambio, para el sector público véase también el art. 31 de la L. n.º 610/1952, en función del cual el pago de la pensión de jubilación «se efectúa teniendo presente todo el servicio útil, incluyendo también los posibles servicios de obligatoria inscripción sin el apoyo del ingreso de las cuotas o por la mencionada disposición», tal y como se interpreta por las circulares INPS n.º 169/2017 y n.º 117/2018, pero en parte superadas ahora por la específica disposición transitoria contenida en el punto 10 bis del art. 3 de la L. n.º 335/1995, introducido por el art. 19.1, del DL n.º 4/2019: se reenvía a D. Casale, *La diversità di ratio della prescrizione dei contributi nel privato e nel pubblico*, confermata dal D.L. n. 4/2019, en Lav. giur., 2019, 551 ss.

más allá del límite temporal de cobertura de la tutela pública automática⁶. Dicha limitación cronológica del carácter automático de las prestaciones de i.v.s. tiene una gran importancia práctica, ya que estas se solicitan y se abonan a veces con una diferencia de décadas desde el hecho laboral en cuestión, es decir, cuando el plazo de prescripción de las cotizaciones a menudo ya ha transcurrido.

Esta última constatación parece importante también en el encuadramiento teórico de la institución jurídica. Tal y como se intentará argumentar en las siguientes páginas, este principio parece unir funciones no solo de protección, sino también de control del sistema de protección social responsabilizando al trabajador. Este tiene un interés personal en el cumplimiento de la obligación contributiva, ya que de ello depende la existencia y la cantidad de sus derechos de protección social. La adaptación legal de los límites, que condicionan la aplicación del carácter automático de las prestaciones, resulta funcional para la convergencia del interés individual con el interés público: uno inherente a la integridad de la posición contributiva y el otro al cobro efectivo.

A primera vista, dicho punto podría parecer infundado, dado el principio de carácter automático de las prestaciones: si la regla fundamental establecida por el art. 2116.1 CC impone que las prestaciones sociales corresponden al empleado incluso cuando el empleador no haya ingresado la debida cuota, se podría deducir que el trabajador no tiene en absoluto el mencionado interés en el cumplimiento por parte del empleador. En efecto, este punto hay que precisarlo: el trabajador tiene interés (y el derecho subjetivo⁷) no tanto en la efectividad del pago de la cuota por parte del empleador por los periodos de trabajo realizado, sino en la regularidad de su posición contributiva respecto a dichos periodos. Dicha regularidad subsiste, sin duda, cuando la cuota se haya ingresado; pero no falta necesariamente en caso contrario, en virtud del principio de carácter automático de las prestaciones. El problema fundamental que el legislador tiene que afrontar es cómo garantizar la finalidad social establecida por el principio de carácter automático sin excluir, al mismo tiempo, el interés del trabajador en la cotización. Pues bien, el punto central es que la cuota, si no se ingresa, igualmente tiene que resultar debida.

Dicho marco normativo empuja al trabajador a mantener el control de la efectividad de los ingresos contributivos por parte del empleador. De hecho, en caso de incumplimiento o anomalías en la posición contributiva, deberá efectuar la correspondiente denuncia ante el INPS (Instituto Nacional de Previsión Social). Con dicho acto, siempre que esté documentado, el trabajador garantiza su interés, ya que obtiene el derecho a que se le reconozca, a cargo de la Seguridad Social, la cotización omitida que no haya prescrito en el momento de la denuncia. Gracias a dicho mecanismo jurídico, el interés del trabajador converge con el interés público en el cobro. Este último no está garantizado por el simple hecho de que la administración de protección social esté al corriente de la omisión contributiva; ahora bien, resulta

6 Sobre la indemnización por el daño a la pensión, véase el punto 2 del art. 2116 CC, así como el art.13 de la L. n.º 1338/1962 respecto a la acción disponible para el trabajador para restablecer su posición contributiva perjudicada por la omisión contributiva. A este respecto, se reenvía a Capurso, *Il diritto del lavoratore alla integrità contributiva*, en *Inf. prev.*, 2007, 549 ss.; más reciente Centofanti, *L'utilizzabilità effettiva della rendita vitalizia ex art. 13, l. n. 1338/1962*, en *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, 624 ss., y D. Casale, *L'automaticità*, cit., 295-330.

7 Sobre la configuración de la posición (asistencial y en particular de la posición) contributiva como real derecho subjetivo, véase D. Casale, *L'automaticità*, cit., 269-280, para más referencias.

más probable.

2. LA LIMITACIÓN PROBATORIA APLICABLE A LA COBERTURA CONTRIBUTIVA AUTOMÁTICA

Además del mencionado límite cronológico, se aplica también una limitación probatoria. Según la misma disposición sobre el carácter automático de las prestaciones de i.v.s., la «relación laboral debe resultar de documentos o pruebas concluyentes»⁸. A falta de resultados en los archivos de la administración de protección social, la carga de la prueba de los períodos laborales sujetos a la obligación de cotizar recae sobre el trabajador⁹; pero parece evidente que el ejercicio de un derecho constitucional no debería ser excesivamente dificultoso. La casuística jurisprudencial relativa a las necesarias «pruebas concluyentes» es amplia. Resulta, en todo caso, casi agotada la principal cuestión que solía plantearse, en referencia a los períodos laborales anteriores al mecanismo de ingreso de la cuota introducido a finales de los años sesenta, en los no poco frecuentes casos en los que se producían pérdidas de los documentos acreditativos de las cotizaciones¹⁰. Hoy en día, los archivos telemáticos, sobre todo desde que se basan en el sistema de flujos informáticos “uniemens”, previenen dichos problemas y su consiguiente contencioso con la administración de la Seguridad Social.

La automaticidad de las prestaciones hace irrelevante para el trabajador el éxito del proceso a cargo del empleador, pero solo si se ha reconocido en vía administrativa la deuda contributiva¹¹ y por lo tanto, la automática cobertura pública. Por respeto a la confianza del trabajador en las decisiones de la Seguridad Social, parece oportuno considerar que, cuando en vía administrativa se haya reconocido la deuda de la cotización omitida y por ende, la automática cobertura pública, dicha decisión no es revocable tras el resultado del posible contencioso sobre la recuperación de la cotización. Cuando también el INPS sucumba ante la pretensión contributiva contra el empleador, el trabajador no debería ver revocada la cobertura que la propia institución haya considerado basada en «documentos o pruebas concluyentes», tal y como requiere la ley.

En cambio, a falta de dicho reconocimiento por parte de la institución, el trabajador tiene interés en el relativo control judicial, en el que podrá basar su

8 Según la última parte del art. 27.2 del RDL n.º 636/1939, modificado en 1969 y en 1972.

9 Ej. Trib. de Casación civil, 19 de junio de 2012, n.º 10119, en DeJure.

10 Sobre el antiguo mecanismo de la «tarjeta» personal en la que se colocaban los timbres fiscales requeridos, se reenvía a Falcucci-Natoli-Papa, I soggetti tenuti al pagamento dei contributi previdenziali e gli obblighi accessori o strumentali, en Bussi-Persiani, Trattato di previdenza sociale, I, Il regime generale dell'invalidità, vecchiaia e superstiti, Cedam, Padova, 1974, 507 ss., y F.P. Rossi, Rapporto di lavoro subordinato e rapporto giuridico previdenziale, Giuffrè, Milano, 1968, 125 ss.

11 Cfr. por ej. Trib. Cas. civ., 21 de mayo de 2002, n.º 7459, en Dir. giust., 2002, 28, 34. La inoponibilidad al trabajador de la prescripción de la cotización sucesiva a su denuncia de omisión es la opinión común o dominante: ej. M. Miscione, Artt. 2116, en Gendon (a cargo de), Commentario al codice civile, Utet, Torino, 2002, vol. III, 399.

instancia de cobertura contributiva a cargo de la colectividad¹². Por consiguiente, según la jurisprudencia ya consolidada, el trabajador es incompatible en virtud del art. 246 de la LEC italiana con el papel de testigo en las controversias sobre la deuda de las cuotas a la Seguridad Social, incluso cuando en el contencioso entre empleador e institución, este no sea parte procesal¹³. Esto vale no solo para las controversias sobre la existencia de la relación laboral, para la correcta cuantificación de la retribución percibida o debida (incluso en función de una orden judicial de reintegro¹⁴), sino también respecto a su cualificación subordinada o autónoma¹⁵.

Cuando sea el propio trabajador quien se dirija judicialmente contra el empleador, el resultado procesal es un soporte suficiente para admitir la instancia de cobertura contributiva automática, incluso cuando la institución no sea parte procesal. Entre los «documentos o pruebas concluyentes» requeridos en la última parte del art. 27.2 del RDL n.º 636/1939 y sus sucesivas modificaciones, deberían figurar también las sentencias a las que el INPS no está vinculado como parte procesal¹⁶. Se entiende que la Seguridad Social, cuando considere que no es convincente el resultado procesal alcanzado sin su participación, al rechazar la instancia administrativa impone al trabajador que lo lleve a juicio (donde en todo caso los resultados de la instrucción recogidos en el anterior proceso no son irrelevantes¹⁷).

3. INCENTIVOS NORMATIVOS A LA DILIGENCIA DEL TRABAJADOR RELATIVA A SU POSICIÓN CONTRIBUTIVA

La limitación cronológica de la tutela descrita es importante también por la compleja configuración que imprime a la institución. En el ámbito de i.v.s., la aplicación del art. 2116 CC resulta de este modo unir funciones no solo de tutela respecto a las situaciones de necesidad, sino también de control del sistema de protección social

12 Cuando está pendiente también una controversia sobre la legitimidad de una sanción administrativa que supone los mismos hechos (la naturaleza subordinada de la relación) en la que se basa la pretensión contributiva, no se establece una relación de prejudicialidad: Trib. Cas. civ., 26 de septiembre de 2018, n.º 23045, en Lav. giur., 2019, 37, con nota de Santoro, Giudizio di accertamento di debiti contributivi e giudizio di opposizione a sanzioni amministrative.

13 Ej. Trib. Cas. civ., 29 de mayo de 2006, n.º 12729, y Cas. civ., 4 de agosto de 1998, n.º 7661, ambas en Foro it. On Line. A dicha jurisprudencia adhiere la mayoría de la doctrina: v. las opiniones expresadas como respuesta a la cuarta cuestión por Bellomo, Cinelli-Nicolini, Gagnoli-Zaccarelli, Dondi, Lambertucci-Del Vecchio, Marazza, Martone, Menghini, Pandolfo, Passalacqua, Perulli, Pessi R., Pisani, en Vallebona (a cargo de), Il valore probatorio dei verbali ispettivi, en Mass. giur. lav., 2007, fasc. 12, Debates jurídicos sobre el trabajo, suplemento. Tal y como lo confirma por ej. el Trib. de Cas. civil, 12 de agosto de 2011, n.º 17272, en DeJure, la incompatibilidad con el papel de testimonio no implica que al juez se le impida el interrogatorio libre del trabajador según el art. 421.4 LEC italiana.

14 Cfr. Trib. de Cas., Secc. Un., 5 de julio de 2007, n.º 15143, con nota de Ferrante, Il risarcimento del danno contributivo in caso di aliunde perceptum, en Arg. dir. lav., 2008, 496. Para un análisis más profundo v. Cester, Tutela obbligatoria e tutela reale nei licenziamenti illegittimi, en Gagnoli (a cargo de), Il mercato del lavoro, vol. V, de Persiani-F. Carinci (coord.), Trattato di diritto del lavoro, Cedam, Padova, 2017, 852-860, y Fili, Tutela risarcitoria e indennitaria: profili quantificatori, previdenziali e fiscali, en E. Ghera-D. Garofalo (a cargo de), Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2, Cacucci, Bari, 2015, 198 ss.

15 Ej. Trib. de Cas. civ., 16 de junio de 2006, n.º 13930, en Leggi d'Italia On Line.

Trib. Cas. civ., 19 de agosto de 2004, n.º 16300, en Foro it., 2006, I, 570.

17 Se reenvía a Querzola, L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio, Bononia, Bologna, 2016, 11 ss.; y Vanz, La circolazione della prova nei processi civili, Giuffrè, Milano, 2008, 35 ss.

en clave proactiva de la responsabilidad del individuo.

En general, se ha confirmado la función compuesta de las instituciones de tutela de los derechos del trabajador, que se puede atribuir al equilibrio necesario de dichos derechos con intereses públicos o de otros sujetos: por ejemplo, pensemos en la garantía del derecho respecto a la duración y al transcurso de la prescripción de los créditos retributivos¹⁸. Además del ámbito laboral, por poner otro ejemplo, se puede citar la revalorización que la doctrina civil-procesal está llevando a cabo en referencia al principio de contradicción: funcional no solo (y tal vez, no tanto) para la tutela de los derechos individuales, como para la formación de la mejor decisión por parte del juez¹⁹. Dicho razonamiento es todavía más relevante respecto a las reglas de la participación en el proceso administrativo, funcionales no solo para la defensa de los intereses privados, sino también para la obtención, por parte de la administración pública, de los elementos de evaluación útiles con el fin de tomar la mejor decisión para el amparo del interés público por parte de la propia administración²⁰.

También en ámbito de protección social parece indudable la necesidad de que el marco normativo, mientras protege, intente también valorizar las capacidades y la iniciativa individual²¹, por el interés de la propia colectividad. Ahora bien, dicha caracterización puede intuirse también en la finalidad de protección del carácter automático de las prestaciones sociales.

Ello adquiere mayor relevancia tras la normativa introducida por la histórica reforma Dini de mediados de los años noventa. En el régimen contributivo, el período de tiempo que computa para el cálculo de la pensión es toda la vida del trabajador. El interés de este último en la regularidad contributiva, por lo tanto, ha aumentado desde que en 1996 se inició el pasaje a dicho régimen, que desde 2012 se ha generalizado, aunque solo pro rata temporis²². A diferencia del anterior régimen retributivo, el trabajador no puede pasar por alto ninguna cuota, ni siquiera las más remotas (que precisamente pueden ser las cotizaciones más favorables para la pensión, ya que se valoran por un número mayor de años de trabajo).

La L. n.º 335/1995 ha influido en numerosos puntos importantes en materia de tutela de i.v.s.: entre ellos vale la pena recordar sobre todo la innovación en materia de duración del plazo de prescripción de las cotizaciones. De hecho, el art. 3.9 de

18 Respecto al renovado debate sobre esta vieja cuestión, v. las referencias mencionadas en la nota 75.

19 Gamba, *Contraddittorio (Principio del)* (Diritto Processuale Civile), en *Enc. Dir.*, IX, Giuffrè, Milano, 2016, 138 ss.

20 Ej. Cocconi, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Cedam, Padova, 2010, 197 ss.; el punto está consolidado también en los manuales: v. por ej. Scoca, *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2014, 217 ss.; Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2014, 426-430.

21 Para ejemplos análogos, v. Ales, *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, en *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, espec. 489, y Longo, *I diritti sociali nella Costituzione italiana: un percorso di analisi*, en *Riv. dir. sic. soc.*, 2017, 222. A este respecto, el debate reciente se refiere sobre todo a los regímenes de apoyo a la renta: a favor de un enfoque que tenga en cuenta el valor de la autorresponsabilidad, v. D. Garofalo, *La tutela della disoccupazione fra sostegno del reddito e incentivo alla ricollocazione. Profili di carattere generale*, en *Brollo (a cargo de)*, *Il mercato del lavoro*, vol. VI, de Persiani-F. Carinci (coord.), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2012, 546 ss., con amplias referencias.

22 Cfr. Ludovico, *Sostenibilità e adeguatezza della tutela pensionistica: gli effetti della crisi economica sul sistema contributivo*, en *Arg. dir. lav.*, 2013, 909 ss.

la ley Dini estableció la reducción a la mitad respecto al previo plazo de diez años²³. Actualmente el plazo general es de cinco años, a partir del momento en que la cuota se debía ingresar²⁴ (plazo válido también en caso de obligaciones tributarias pendientes o notificaciones de deuda sin oposición, según las Secciones Unidas²⁵).

Dicha innovación de 1995 comportó una reducción simultánea y equivalente del alcance temporal de la automaticidad de las prestaciones garantizada por el art. 27.2 del RDL n.º 636/1939. En efecto, no cabe duda de que la indicación contenida en dicho punto sobre la «prescripción de diez años» se tiene que corregir entendiéndolo como un reenvío a la vigente duración legal de la prescripción de la cotización²⁶, actualmente de cinco años. Como consecuencia, por un lado, ha habido una cierta reducción de los recursos públicos destinados a aplicar la automaticidad de las prestaciones sociales. Ya que solamente una parte del coste de las coberturas contributivas concedidas a los trabajadores en aplicación del carácter automático logra recuperarse mediante el cobro coactivo de la cotización, la reducción del alcance temporal de la automaticidad solo puede implicar un ahorro para las administraciones de protección social. Por otro lado, una parte de las obligaciones de los empleadores ante la Seguridad Social, ha pasado de la forma de deuda contributiva a la del daño a la prestación social (generalmente más gravoso, siempre que el trabajador lo reclame y el empleador resulte solvente).

Es importante destacar que dicha reducción de la duración de la prescripción de la cotización tiene también el efecto de incentivar a los trabajadores a actuar de forma anticipada para salvaguardar la integridad de su posición contributiva²⁷: es decir, en un plazo menor respecto al momento en que se producen las omisiones y, por tanto, con mayor posibilidad de recuperación efectiva de la cotización por parte de la institución. Tal y como se ha observado de inmediato, la aceleración de la prescripción de las cotizaciones, con su reducción a cinco años, parecía chocar con las características peculiares de la pensión contributiva introducida con la reforma de 1995²⁸. Aunque no se trataba de un contraste deseado por el legislador histórico, fue un ajuste sistemático

23 Cfr. el art. 41 de la L. n.º 153/1969, que excepto para las llamadas cotizaciones menores, había extendido el plazo de prescripción a diez años, incluso para las prescripciones en curso en el momento de entrada en vigor de la propia ley. De hecho, en 1995 la reforma Dini llevó a cabo un restablecimiento del plazo de cinco años que estaba vigente antes de 1969, con referencia a la cotización no solo para la tutela de la invalidez, vejez y supervivencia, sino también para el paro, la tuberculosis y la maternidad: v. el art. 55 del RDL n.º 1827/1935.

24 Es decir, en general, desde el día 16 del mes sucesivo respecto al mes al que hace referencia la cotización: art. 2.1, letra b, D.leg. n.º 422/1998, vigente desde el 24 de diciembre de 1998; para un panorama v. Trib. Cas. civ., 29 de enero de 2019, n.º 2432, en DeJure. Hay que distinguir las cotizaciones INAIL (Instituto Nacional para la Prevención de los Accidentes en el Trabajo), que aunque hagan referencia al mismo periodo trabajado, prescriben en un momento sucesivo respecto a las cotizaciones INPS: cfr. Trib. Cas. civ., 12 de agosto de 2016, n.º 17095, en DeJure.

25 Trib. Cas., Secciones Unidas, 17 de noviembre de 2016, n.º 23397, con nota de Mastrangeli, *Natura ed effetti del termine per l'opposizione a cartella di pagamento*, en Riv. dir. sic. soc., 2016, 117. Vale la pena tener en cuenta que, para dichas hipótesis, hay oscilaciones en la jurisprudencia a favor de la conversión en un plazo de diez años en virtud del art. 2953 CC: v. Piovesana, *La prescrizione del credito contributivo in caso di mancata opposizione a cartella*, en Lav. giur., 2018, 671 ss., y Manzi, *La prescrizione dei contributi previdenziali per riscossione esattoriale: termine breve o lungo?*, en Lav. giur., 2018, 248-249.

26 El punto se comparte de forma unánime: v. por ej. Boer, *Ricongiunzione dei periodi assicurativi e automaticità delle prestazioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, en Riv. giur. lav., 1998, II, 398; M. Miscione, *Artt. 2116*, en Cendon (coord.), *Commentario al codice civile*, Utet, Torino, 2002, vol. III, 401.

27 Dondi, *Danno pensionistico, azione risarcitoria e dies a quo della prescrizione*, en Mass. giur. lav., 1999, 678.

28 Montuschi, *Sulla prescrizione dei contributi previdenziali (un profilo singolare della riforma pensionistica)*, en Arg. dir. lav., 1996, 40-42.

que parece razonable ya que valora el interés del trabajador en el control activo de su posición contributiva. Un fuerte vínculo entre cotización y prestaciones sociales, como se produce en Italia²⁹, es seguramente una herramienta útil para contrastar el trabajo no declarado³⁰. Dado que la automaticidad de las prestaciones está vinculada al plazo de prescripción de las cotizaciones, la intervención normativa de 1995 que redujo la duración de dicho plazo, enfatizó la importancia de la diligencia de los trabajadores a la hora de controlar la corrección del ingreso de las cuotas por parte del empleador.

En el ámbito de i.v.s., el art. 2116.1 CC parece establecer así un principio no solo de tutela asistencial, sino más complejo, que equilibra las exigencias de protección con otras exigencias. El carácter automático de las prestaciones interfiere con otras exigencias propias de cada uno de los tres sujetos implicados en las relaciones jurídicas de protección social. Incide en el grado de interés del trabajador en la regularidad de las obligaciones contributivas. Como consecuencia, influye en la capacidad de cobro real por parte de la Seguridad Social. Incide, asimismo, en la tendencia del empleador a dar preferencia a la legalidad de las relaciones laborales y a mantenerla con el ingreso regular de las cuotas, ya que está expuesto a la denuncia de su empleado, no solo en casos de discrepancias contributivas en relaciones de trabajo regulares, sino también en caso de trabajo “en negro” que se había acordado como tal entre las partes.

Pocos años antes de la reforma Dini, se había aplicado la Directiva 80/987/CEE sobre la tutela ante la insolvencia del empleador, con el D.leg. n.º 80/1992³¹, que no se refiere solo a los créditos retributivos del trabajador, sino también a las consecuencias de las omisiones contributivas. Como ya se ha mencionado, el art. 3 de este decreto introdujo una extensión del carácter automático de las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia, eliminando el límite cronológico para los casos en que el empleador se someta a un procedimiento concursal. En dichos casos, cuando se haya omitido la cotización y ya no se pueda ingresar porque ha prescrito³², el trabajador interesado puede solicitar a la Seguridad Social que, en virtud del derecho a la prestación «se considere ingresada la cuota omitida y prescrita». Ello parece una confirmación de que en los límites normativos de la automaticidad de las prestaciones de i.v.s., se entrevé una función proactiva respecto al trabajador. No resulta casual que dichos casos, para los que la ley ha dispuesto la eliminación de los límites cronológicos de eficacia de la automaticidad, se refieren a casos en los que cualquier forma de responsabilidad del trabajador resultaría tan inócua como inútil: la omisión contributiva, relativa a situaciones

29 V. por ej. el análisis comparado de Geraci, Contributions-financed cash benefits: selected examples of tiered pension systems, en *Intern. soc. sec. rev.*, 2015, 68(4), 59 ss.

30 V. in primis la directriz n.º 4 enunciada por la International Society for Social Security, Contribution collection and compliance, ISSA Guidelines, Geneva, 2013, 23. En el panorama comparado, v. también por ej. Bailey-Turner, Strategies to Reduce Contribution Evasion in Social Security Financing, en *World Development*, vol. 29, No. 2, 2001, 388. El reforzamiento del nexo entre cotización y prestaciones puede realizarse también mediante una reducción de los requisitos contributivos de acceso a las prestaciones con la finalidad de ampliar el número de beneficiarios: si bien se refiere a contextos socioeconómicos muy diferentes del italiano, v. por ej. Sojo, Including informal economy workers in contributory social protection: current challenges in Latin America, en *Intern. soc. sec. rev.*, 2015, 68(4), 70 ss.

31 Se reenvía a la bibliografía mencionada en la tercera nota de este artículo.

32 Sobre las implicaciones de la regla de inadmisibilidad por parte de las instituciones de seguridad social de la cotización prescrita, se reenvía a D. Casale, *L'automaticità*, cit., 311 ss., así como para una panorámica jurisprudencial a Cavallini, *La prescrizione dei crediti contributivi e il risarcimento del danno pensionistico*, en *Lav. giur.*, 2018, 421 ss.

de insolvencia confirmada judicialmente, no podría enmendarse a través de la diligencia del trabajador interesado.

4. PECULIARIDADES NORMATIVAS DE LA DENUNCIA DE OMISIÓN CONTRIBUTIVA

La probabilidad de cobro efectivo de la cotización ha aumentado, además, desde que se ha afirmado la orientación jurisprudencial según la cual la denuncia a la Seguridad Social por parte del interesado comporta el aumento, de cinco a diez años, del plazo de prescripción de la cotización de i.v.s.³³. Dicha orientación se basa en el contenido del art. 3.9 de la reforma Dini L. n.º 335/1995, en particular en una disposición que, aunque tal vez al principio se consideraba de derecho transitorio, en realidad resulta formulada como norma estable³⁴. El legislador establece la reducción de la duración de la prescripción «exceptuando los casos de denuncia del trabajador o de sus supervivientes». Según dicha jurisprudencia de legitimidad, también la denuncia hecha en el último momento de los cinco años de prescripción permite (no solo al trabajador obtener a cargo de la institución la cobertura contributiva omitida, sino también) a la Seguridad Social iniciar el proceso de recuperación con un margen de tiempo restante nunca inferior a otros cinco años antes de la prescripción.

Dicho periodo de tiempo siempre es suficiente, al menos de forma potencial, para completar la recuperación coactiva de la cotización a cargo del empleador. Ello vale también cuando la cotización corre a cargo del comitente de contrataciones³⁵ y de transporte³⁶, del usuario en el suministro de personal³⁷, así como del cesionario de una empresa³⁸. Es más, el periodo de tiempo a disposición de la institución suele ser bastante superior a los cinco años. De hecho, con la denuncia del trabajador no se reinicia el transcurso del plazo de prescripción de cinco años, sino que se duplica su duración. Así que, además del periodo de cinco años adicional, está también el tiempo restante del primer plazo de cinco años. Dicha regla es válida tanto para la

Ej. Trib. de Cas., Secc. Un., 4 de marzo de 2008, n.º 5784, en Foro it., 2010, I, 1252; Trib. de Cas., Secc. Un., 7 de marzo de 2008, n.º 6173, en Arg. dir. lav., 2008, 1186. Para el reconocimiento administrativo de dicha orientación jurisprudencial, v. la circular INPS del 2 de marzo de 2012, n.º 31, aclarada por el mensaje INPS del 16 de mayo de 2012, n.º 8447.

34 Ej. Piovesana, Avviso d'addebito Inps non opposto contenente contributi prescritti, en Lav. giur., 2018, 251; Canavesi, L'efficacia estintiva della prescrizione dei crediti contributivi è un principio generale?, en Giur. it., 2015, 1452.

35 Art. 29, D.leg. n.º 276/2003; se reenvía a Villa, I nuovi confini della responsabilità solidale, en Labor, 2018, 5, 539 ss.

36 La particular disciplina de la obligación solidaria del comitente de transporte está contenida en los puntos 4 ss. del art. 83 bis del DL n.º 112/2008, reescritos en el art. 1.248, L. n.º 190/2014.

37 Art. 35.2, D.leg. n.º 81/2015.

38 Vale la pena señalar que según el Trib. de Cas. Civ., 24 de febrero de 2016, n.º 3646, en Not. giur. lav., 2016, 670, en caso de cesión de empresa, las deudas contraídas por el cedente frente a la Seguridad Social por la omisión de la cotización obligatoria, existentes en el momento de la cesión, constituyen deudas inherentes a la actividad de la empresa sujetas a la norma dictada por el art. 2560 CC, sin que se pueda aplicar la extensión automática de responsabilidad del cesionario según el art. 2112.2 CC, ni siquiera en virtud de una interpretación de la previsión a la que hace referencia el art. 3, párrafo 4, letra a, Dir. n.º 2001/23/CE, habida cuenta de la autonomía de la relación contributiva, entre empleador y Seguridad Social, de la relación laboral. Previamente Trib. Cas. civ., 16 de junio de 2001, n.º 8179, con nota de Nicolosi, Trasferimento d'azienda e debiti contributivi: la responsabilità solidale dell'acquirente, en Inf. prev., 2001, 971.

cotización que resulta debida pero omitida (para la cual, en efecto, la automaticidad de las prestaciones debería ser reconocida de oficio), como para la retribución no declarada, siempre que la denuncia se interponga ante la institución de protección social competente³⁹.

La jurisprudencia ha precisado que el contenido de la denuncia puede ser genérico y poco técnico⁴⁰, mientras sea inequívoco, favoreciéndose de esta forma la iniciativa personal del trabajador sin la ayuda de profesionales expertos. Ahora bien, se debe considerar el doble de la prescripción de la cotización también para la notificación al INPS del recurso que el trabajador dirija al empleador por reclamaciones retributivas de cualquier tipo. No es necesario que la denuncia ante la Seguridad Social se dirija también al empleador: según la jurisprudencia⁴¹, el legislador ha considerado que el interés del trabajador en la cotización prevalece sobre la confianza del empleador en el plazo de prescripción y, en particular, sobre su interés en el conocimiento de las causas que prolonguen la sujeción al vínculo obligatorio. La extensión de la prescripción puede ocurrir sin que lo sepa el empleador, quien no puede contar con la extinción de la deuda contributiva antes del transcurso de diez años desde el relativo plazo de pago, sin perjuicio del derecho a exigir pruebas documentales de la oportuna iniciativa del trabajador cuando la Seguridad Social intervenga (antes de que finalice el décimo año y) después del quinto año.

En resumen, la denuncia del trabajador no es un acto que interrumpa la prescripción por tres razones: no está destinada al deudor; no está formulada por el acreedor, que para la cotización es la administración de protección social; y comporta (no el reinicio del transcurso de la prescripción sino) el doble de la duración de la prescripción. En definitiva, el art. 3.9 de la reforma Dini comportó una reducción del plazo de prescripción de las cotizaciones solo para los casos en que el trabajador no haga una denuncia por omisión. Con esta divergencia entre plazo de prescripción de cinco años general, relevante para la automaticidad a la que se refiere el art. 2116 CC y plazo de prescripción del doble para recuperar la cotización tras la denuncia, el ordenamiento italiano ha encontrado un sistema singular⁴², pero no carente de una ratio. Dicho sistema se presenta portador de consecuencias positivas para el equilibrio del sistema y tal vez también para su equidad.

En primer lugar, se ha reducido de esta forma la posibilidad general para la Seguridad Social de atacar a los empleadores con una pretensión contributiva que antes de la reforma de 1995 podía referirse a la acumulación de muchos años y que, por lo tanto, era considerablemente gravosa para los empleadores sancionados y, al mismo tiempo, generaba un contencioso más problemático también para la propia administración. En segundo lugar, los recursos públicos para la cobertura contributiva automática están destinados a premiar a los trabajadores más diligentes a la hora de vigilar la corrección de su posición contributiva. En tercer lugar, al mismo tiempo

39 Trib. Cas. civ., 17 de diciembre de 2008, n.º 29479, en DeJure.

40 Ej. Trib. Cas. civ., 10 de diciembre de 2015, n.º 24946, en DeJure.

41 Cfr. Trib. Cas. civ., 14 de octubre de 2013, n.º 23237, en Inf. prev., 2013, fasc. 3-4, 92; Trib. Cas. civ., 5 de marzo de 2009, n.º 5320, y Trib. Cas. civ., 10 de marzo de 2010, n.º 5811, ambas en DeJure.

42 Entre los muchos que expresan reservas, v. por ej. Boer, Ricongiunzione, cit., 398-399.

aumenta la posibilidad para la administración de estar al corriente de las situaciones de evasión, favoreciendo una mayor recuperación de cuotas⁴³. En cuarto lugar, la mayor posibilidad de recuperación subsiste precisamente frente a aquellos empleadores cuyos empleados se benefician del carácter automático de las prestaciones a cargo de la colectividad.

En quinto lugar, el mecanismo normativo descrito tiene una eficacia disuasoria (dificilmente cuantificable pero incuestionable) respecto a la tendencia del empleador a recurrir al trabajo no declarado correctamente. La creciente relevancia normativa de la denuncia del trabajador, de hecho, tiene una clara consecuencia también sobre la posibilidad, reducida, para el empleador de confiar en la duración del acuerdo inicialmente alcanzado con el trabajador implicado en prestaciones laborales no declaradas a las autoridades⁴⁴. Tal y como destacan las Secciones Unidas del Tribunal de Casación italiano⁴⁵, la prescripción en materia de seguridad social «constituye una institución muy peculiar, en la que el carácter [...] de orden público de la disciplina es especialmente evidente»: dicho carácter imperativo de la disciplina resulta, en este sentido, funcional no solo para el surgimiento y recuperación de las deudas contributivas ocultadas, sino también en vía general-preventiva para desincentivar los fenómenos de evasión.

5. DIFERENCIAS ENTRE DERECHO DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL TRABAJADOR Y DERECHO DE DENUNCIA

La duración legal del plazo de prescripción de la cotización permite al trabajador aplazar, durante cinco años, la denuncia de las omisiones contributivas. Ello significa que el problema de metus, por las posibles represalias que el empleador lleve a cabo tras la denuncia, se debe tener muy en cuenta sobre todo en las relaciones laborales de duración superior a cinco años.

En caso de que la actividad empresarial fuera completamente “sumergida” o bien, cuando la misma no resistiera a las sanciones que conllevan las contrataciones “en negro”, la pérdida del empleo es una consecuencia prácticamente inevitable de la denuncia a las autoridades. En estas situaciones, la denuncia, útil para el trabajador para la cobertura contributiva automática, no implica una contrapartida negativa cuando las prestaciones laborales se hayan concluido. En tal caso se podrán reclamar también las diferencias retributivas, siempre que las personas responsables de los incumplimientos tengan un patrimonio contra el que se pueda dirigir la

43 La ventaja para la administración, inherente al hecho de que el trabajador se vea animado por el marco legal a tener un papel activo aportando pruebas de los derechos contributivos, se hace todavía más patente que la repartición de la carga de la prueba en relación con la pretensión impositiva para el cobro coactivo de los créditos de seguridad social. Como es bien sabido, dicha carga recae sobre la administración, incluso cuando en el plano procesal resulte demandada: ej. Trib. Cas. civ., 6 de septiembre de 2012, n.º 14965, en Foro it., 2012, I, 2623; así como v. TC, 20 de marzo de 2007, n.º 111, en Dir. rel. ind., 2008, 2, 521.

44 A favor de un uso de iure condendo de la presión de la Seguridad Social para animar a los trabajadores a denunciar el trabajo no declarado correctamente, v. Scarpelli, Il contrasto al lavoro irregolare, tra sanzioni e regole di responsabilità, en Riv. giur. lav., 2008, I, 62 ss. espec. 71-73.

45 Trib. de Cas., Secc. Un., 17 de noviembre de 2016, n.º 23397, cit.

administración. Es obvio que esta grave casuística crea en el tejido socioeconómico problemas que van mucho más allá de las cuestiones de cotización omitida, con reducción de derechos difícilmente remediable cuando también intervenga el sistema de represión público. Se trata de una cuestión abordable sobre todo en términos de políticas del derecho de tipo (no tanto laboral como) económico-productivo, sin renunciar obviamente a la disuasión que puede crear un sólido sistema de inspección contra los empresarios que han inclumplido sus obligaciones.

Es más sencillo para el ordenamiento jurídico ofrecer remedios para las situaciones en las que la empresa resulte regularmente declarada ante la autoridad (tributaria, de seguridad social, etc.) y sea capaz de soportar la regularización de la relación laboral y las sanciones. Incluso en dichas circunstancias, en todo caso, el trabajador puede tener razones para temer la amenazadora posibilidad de ser víctima de represalias por parte del empleador. No se trata de un temor genérico respecto a la figura del empleador, sino de una preocupación motivada por razones objetivas y típicas, que merece una consideración especial por parte del legislador.

La jurisprudencia es rigurosa al defender al trabajador respecto a las represalias del empleador relacionadas con el ejercicio de sus derechos. En cuanto al derecho de libertad de expresión de los trabajadores frente al empleador, los jueces reconocen un amplio margen al trabajador⁴⁶, sobre todo si se trata de un representante sindical o una figura similar⁴⁷. Según la opinión común, se debe reconocer una tutela todavía mayor cuando no se trata del derecho de libertad de expresión, sino de denuncia a la autoridad judicial por supuestos delitos patronales⁴⁸, o a las autoridades públicas de vigilancia por supuestas infracciones administrativas⁴⁹. La obligación de fidelidad del trabajador se debe considerar recesiva respecto al valor cívico y social que el ordenamiento jurídico atribuye a la iniciativa del privado que solicite la intervención de las autoridades frente a una posible violación de la ley.

El denunciante queda igualmente protegido cuando los hechos declarados impliquen una infracción cuya persecución represente para él un interés patrimonial. La solicitud de intervención de las autoridades puede tener la finalidad de interrumpir un comportamiento del empleador, o bien de enmendar las consecuencias de un comportamiento pasado. La denuncia penal o administrativa, cuando tiene el objetivo de defender un derecho del denunciante, es útil no solo para la tutela cívica del bien común, sino para el derecho constitucional de defensa reconocido en el art. 24 Const.: pensemos, por ejemplo, en la hipótesis de solicitud de inspección con la finalidad

46 Sobre la dificultad de este equilibrio entre valores constitucionales, v. Tullini, *Il diritto di critica civile del sindacalista*, en *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 354 ss.; Bettini, *Il diritto di critica del lavoratore nella giurisprudenza*, en *Aa.Vv., Diritto e libertà: studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Giappichelli, Torino, 2008, 143 ss.; Dessì, *Il diritto di critica del lavoratore*, en *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 396 ss.

47 *Ej. Trib. Cas. civ.*, 14 de mayo de 2012, n.º 7471, con nota de Grivet-Fetà, *Presupposti e limiti del diritto di critica del lavoratore*, en *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 81; *Trib. Roma* 16 de diciembre de 2009, en *Foro it.*, 2010, I, 2888. Aunque se expresen durante una reunión sindical, las críticas públicas que sean acusaciones puntuales deben atenerse a la verdad: v. *Trib. Cas. civ.*, 29 de noviembre de 2016, n.º 24260, en *Arg. dir. lav.*, 2017, 421, con nota de Fontana F., *Diritto di critica del lavoratore e licenziamento per giusta causa. Para un panorama*, v. Inglese, *Il diritto di critica nei luoghi di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2014, en especial el quinto capítulo.

48 *Ej. Trib. Cas. civ.*, 12 de noviembre de 2018, n.º 28923.

49 V. en sentido conforme, por ej., Peruzzi, *Diritto di critica, whistleblowing e obbligo di fedeltà del dirigente*, en *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 832.

de crear los presupuestos probatorios de un contencioso en defensa de los propios derechos que nacen de la relación laboral⁵⁰. La hipótesis de la denuncia de omisión contributiva es peculiar, ya que el derecho del trabajador se satisface con la mera respuesta positiva por parte de la Seguridad Social mediante la corrección de la posición contributiva: si la denuncia está motivada o surgen elementos probatorios adecuados, se satisface al trabajador sin necesidad de un contencioso con la institución o con el empleador.

Para legitimar la denuncia no es necesario alegar a las autoridades pruebas concluyentes. Se mantiene el hecho de que las declaraciones del denunciante tienen que tener cierta coherencia, en virtud de la buena fe: la denuncia no puede contener solo afirmaciones genéricas o ilógicas de las que surja una intención lesiva carente de credibilidad. Se trata de un delicado juicio que hay que ponderar en cada caso, en función del tipo de acusaciones y del grado de dificultad y escrupulosidad a la hora de recoger otros elementos: no se puede pretender que el trabajador se comprometa a investigar, pero es exigible que, antes de denunciar, este efectúe los controles mínimos que estén a su alcance. En caso de omisión contributiva, en todo caso, dichos controles resultan bastante sencillos, mediante las nóminas, eventualmente con la ayuda de la Seguridad Social o de otro sujeto experto. Además, si la omisión es total, el trabajador suele estar al corriente, excepto en los casos especiales de entrega de documentación falsa por parte del empleador, que en todo caso hoy se puede controlar a través de los sitios web institucionales de la Seguridad Social.

En general no se le exige al trabajador que interpele al empleador o a sus superiores jerárquicos, antes de efectuar la denuncia, sino que se puede dirigir directamente a las autoridades⁵¹. Todo ello es razonable cuando el comportamiento del empleador sea claramente ilegítimo, como en el caso de trabajo “en negro”: en dicha hipótesis es superfluo (y tal vez contraproducente) pedir la regularización contributiva al empleador. En los otros casos, en cambio, es razonable considerar que lo correcto sería que el trabajador se dirigiera previamente al empleador. En materia de cotización, así es, por ejemplo, cuando esté en duda la fiscalidad contributiva de una determinada partida retributiva. En todo caso, se trata de una incompreensión menor que difícilmente puede implicar la activación del poder disciplinario por parte del empleador.

El principal elemento que permite al empleador contestar una infracción al trabajador que haya presentado una denuncia es, obviamente, la difamación o la demostración de que el trabajador es consciente de la falta de fundamento de la denuncia. Sin embargo, para que pueda surgir una responsabilidad disciplinaria del denunciante, no es suficiente que la denuncia se revele infundada en las sedes pertinentes. No es dirimente el hecho de que el proceso penal se concluya con el

50 La prevalencia del interés del denunciante, convergente con el interés público, emerge con nitidez en la jurisprudencia administrativa que niega el acceso por parte del empleador a la parte de los informes de inspección que contienen declaraciones del trabajador: ej. Consejo de Estado, Sec. VI, 10 de febrero de 2015, n.º 714, (m) en Foro Amm., 2015, 493; en dicho sentido, una norma del reglamento del Ministerio de Trabajo: art. 2.1, letra c, OM 4 de noviembre de 1994, n.º 757.

51 Trib. Cas. civ., 14 de marzo de 2013, n.º 6501, en Riv. it. dir. lav., 2013, II, 888.

archivo de la *notitia criminis*⁵² o con la sentencia de absolución⁵³, ni que la inspección administrativa se concluya con un acta que establezca la regularidad de la conducta del empleador o que la sanción administrativa se anule en juicio. En este sentido la normativa también ofrece una adecuada protección a los llamados *whistleblower* (denunciante) en el sector público⁵⁴.

Sin duda se puede compartir la orientación jurisprudencial según la cual la denuncia de un delito perseguible de oficio o la interposición de una demanda por un delito perseguible por iniciativa de las partes pueden constituir una fuente de responsabilidad civil a cargo del denunciante o demandante, en caso de sucesiva exculpación o absolución, siempre que contengan tanto el elemento objetivo como el subjetivo del delito de calumnia. Fuera de dicha hipótesis, la actividad de los órganos de investigación se superpone a la iniciativa del denunciante o demandante, interrumpiendo cualquier nexo causal entre dicha iniciativa y el daño sufrido por el denunciado o demandado⁵⁵.

Para que la actividad de las autoridades competentes pueda ser un filtro protector para el denunciante, sin embargo, la denuncia no se debe divulgar a sujetos diferentes de las autoridades⁵⁶, ni mucho menos al público. La divulgación es un comportamiento que va más allá de la denuncia y que es superfluo para los controles por parte de las autoridades; así que debe considerarse sujeto a los límites más restringidos del derecho de libertad de expresión de los trabajadores⁵⁷. Si no se divulga, en cambio, la denuncia de por sí debe considerarse no sujeta a los límites de moderación de las expresiones⁵⁸ y de no perjudicialidad de las afirmaciones que son propias del ejercicio del derecho de libertad de expresión⁵⁹. La denuncia, por definición, señala comportamientos que se consideran ilícitos⁶⁰.

La distinción entre derecho de denuncia y derecho de libertad de expresión de los trabajadores puede desvanecerse cuando el número de autoridades a las que

52 Ej. Trib. Cas. civ., 8 de julio de 2015, n.º 14249, en *DeJure*; Trib. Cas. civ., 23 de marzo de 2012, n.º 4707, en *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 831.

53 Ej. Trib. Cas. civ., 7 de abril de 2014, n.º 8077, en *DeJure*.

54 Véase el art. 54 bis, punto 9, D.leg. n.º 165/2001, artículo introducido en 2012, modificado en 2014 y reescrito por la L. n.º 179/2017, sobre la que se pueden ver algunas referencias en la nota 71.

55 Ej. Trib. Cas. civ., Sec. III, 10 de junio de 2016, n.º 11898, y Trib. Cas. civ., Sec. III, 20 de octubre de 2003, n.º 15646; en la jurisprudencia penal v. Trib. Cas. pen., Sec. VI, 11 de junio de 2010, n.º 29237, todas (relativas a casos no laborales) en *DeJure*.

56 Cfr. Trib. Cas. civ., 24 de enero de 2017, n.º 1752, con nota de SALAZAR, *LA SEGNALAZIONE DI ILLECITI INTEGRA COMPORTAMENTO SANZIONABILE?*, EN *LAV. GIUR.*, 2017, 681.

57 V. la lúcida motivación del Trib. de Cas. civ., 16 de febrero de 2017, n.º 4125, con nota de Santoro, *Il diritto di denuncia del lavoratore nei confronti del datore di lavoro*, en *Lav. giur.*, 2017, 456, y en *Giur. It.*, 2017, 708, con nota de Fiata, *La denuncia penale del lavoratore tra diritto di critica e obbligo di fedeltà*.

58 Para una reciente aplicación del límite de la moderación formal v. Trib. Cas. civ., 6 de junio de 2018, n.º 14527, en *Lav. giur.*, 2019, 278, con nota disidente de Dallacasa, *La satira che non fa ridere: il macabro sotto la lente della Cassazione*.

59 Ej. Trib. Cas. civ., 26 de septiembre de 2017, n.º 22375, en www.wikilabour.it. Para una insistencia en la diferencia, también en términos de repartición de la carga probatoria, entre derecho de libertad de expresión de los trabajadores y derecho de denuncia, v. Piovesana, *Il diritto di denuncia del lavoratore tra giurisprudenza e legge*, en *Var. temi dir. lav.*, 2019, 301 ss.

60 Bresciani, *Denuncia e rapporto*, en *Digesto, Pen.*, Utet, Torino, 1989, 394 ss.; para los casos en que la represión está sujeta a la iniciativa del interesado como condición de admisibilidad, v. Saponaro, *Querela*, en *Digesto, Pen.*, Utet, Torino, 2005, 1279 ss.

se dirige la denuncia sea amplio, de forma que en realidad se pretenda divulgar⁶¹. Por lo menos cuando la denuncia se haya dirigido también a las autoridades no estrictamente competentes (sobre todo si no hay ninguna graduación temporal en los envíos), corresponde al juez evaluar en qué medida es razonable, según la buena fe, aplicar las normas jurídicas del derecho de libertad de expresión, en función de la urgencia y del valor del interés subyacente.

6. LA IMPORTANCIA DE LA TUTELA DEL EMPLEADO FRENTE A REPRESALIAS

Como reacción expresa ante denuncias de omisión contributiva, el empleador raramente recurrirá al despido, ya que muy difícilmente dicha denuncia puede resultar acusable de haber excedido los límites del derecho del trabajador de defender su posición contributiva. En cambio, es menos improbable la hipótesis de despido como represalia disimulada por un supuesto motivo objetivo, o bien un despido formulado como consecuencia de una infracción disciplinaria diferente. Deben revisarse con especial atención todos los despidos que, aunque no se hayan motivado basándose en una supuesta inexactitud del ejercicio del derecho de libertad de expresión o de denuncia, se puedan reconducir a una posible represalia⁶². Cuando la denuncia de omisión, aunque no se indique como motivo de la rescisión, haya precedido (incluso con meses o años de diferencia) cualquier despido, hay que efectuar con especial escrúpulo el análisis judicial del motivo aducido por el empleador o de los criterios aplicados en la elección del trabajador despedido.

No solo se trata de los despidos como represalia efectivos: también la amenaza de dicho acto es una infracción. No solo es un comportamiento indebido en el plano contractual, sino que además puede tener una relevancia penal. La jurisprudencia tiende a reconocer el delito (generalmente de extorsión) en la conducta del empleador que induce al empleado a aceptar y a cumplir un acuerdo con condiciones de trabajo inferiores respecto a los mínimos legales y en todo o en parte “en negro”, so pena de falta de contrato o de despido⁶³. Si, por lo tanto, la denuncia de omisión contributiva por trabajo sumergido se omite por parte del trabajador tras la presión del empleador, el hecho puede adquirir una connotación delictiva.

La relevancia penal subsiste obviamente en las situaciones de explotación

61 Ej. v. Trib. de Justicia de Roma, 15 de abril de 2016, en Riv. it. dir. lav., 2016, II, 812, con comentario de Mocella, Sicurezza degli impianti nucleari e limiti al diritto di critica del lavoratore, y en Riv. giur. lav., 2016, II, 502, con comentario de Valenti, Diritto di critica del lavoratore; así como el comentario de Cairo, Il diritto di critica del lavoratore, en Var. temi dir. lav., 2017, 189 ss.

62 Para un caso de despido disciplinario como represalia, confirmada en sede de legitimidad, relacionado con un anterior contencioso sobre contrato temporal que ganó el trabajador, con conversión a contrato indefinido, v. Trib. Cas. civ., 31 de enero de 2017, n.º 2499, en Arg. dir. lav., 2017, 764, con nota de Matarese, La critica del lavoratore attraverso i social network. Para un caso de despido como represalia detectado en la falta de renovación de una larga colaboración con un periódico, fingidamente autónoma y sucesivo a la solicitud de regularización laboral y de seguridad social, v. Trib. de Bolonia, 5 de octubre de 2018, en www.wikilabour.it.

63 Cfr. Trib. Cas. pen., 5 de mayo de 2016, n.º 18727, en www.wikilabour.it. Cfr. también Trib. de Cas. pen., Sec. II, 5 de octubre de 2007, n.º 36642, en Leggi d'Italia On Line.

típicas del trabajo del inmigrante irregular⁶⁴. Sobre esto se ha introducido algún perfeccionamiento normativo por la L. llamada “anti-explotación de jornaleros” n.º 199/2016⁶⁵. En todo caso, el legislador nacional podría hacer mucho más: tanto para aumentar la tendencia a denunciar por parte de los inmigrantes extracomunitarios explotados⁶⁶, que en cierto modo se ha reducido⁶⁷; como para reforzar las iniciativas colectivas, sobre todo las adoptadas en vía judicial⁶⁸. En una perspectiva de iure condendo, se podría tomar en consideración también la idea⁶⁹, no nueva pero sí innovadora, de erradicar la tendencia del empleador a explotar la mano de obra inmigrada irregular mediante la introducción de una norma, no meramente transitoria sino permanente, que conceda un permiso de estancia a los inmigrantes extracomunitarios contratados “en negro” (habida cuenta de la necesidad de medidas destinadas a evitar oportunistas por parte de la criminalidad organizada del sector de la inmigración).

Para la protección contra posibles represalias del empleador como consecuencia de quejas y denuncias, recientemente se han introducido otras normas, además de las vigentes⁷⁰. Más allá de algunas deficiencias técnicas⁷¹, es digna de apreciación

64 Cfr. por ej. Trib. Cas. pen., 15 de diciembre de 2008, n.º 46128, en Leggi d'Italia On Line.

65 Sobre la L. n.º 199/2016 de reforma del delito de corretaje ilícito y explotación del trabajo al que hace referencia el art. 603 bis CP, con introducción de los tres artículos sucesivos sobre el decomiso ampliado, v. De Santis, Caporalato e sfruttamento di lavoro: politiche criminali in tema di protezione del lavoratore. Pregi e limiti dell'attuale disciplina, en Resp. civ. prev., 2018, 1759 ss. y 2055 ss.; Bevere, La tutela dei lavoratori dalla condizione analoga alla schiavitù e i problemi non risolti dalla legge n. 199/2016, en Var. temi dir. lav., 2018, 129 ss.; D'Onghia-De Martino, Gli strumenti giuslavoristici di contrasto allo sfruttamento del lavoro in agricoltura nella legge n. 199/2016: ancora timide risposte a un fenomeno molto più complesso, en Var. temi dir. lav., 2018, 157 ss.

66 El art. 6 de la Directiva 2009/52/CE, que reconoce al trabajador extracomunitario empleado de forma irregular el derecho de actuar por las retribuciones atrasadas también en caso de posible repatriación coactiva, se debe entender referido también a las cotizaciones omitidas: puede ser el caso del trabajador empleado irregularmente durante un periodo superior a tres meses que el propio artículo de la directiva presume como mínimo, salvo prueba en contrario (sobre los derechos retributivos y asistenciales por el trabajo realizado por extranjeros irregulares, v. también el art. 9 de la Convención OIL n.º 143/1975, ratificada con L. n.º 158/1981).

67 Sobre el riesgo de que la reciente evolución de la normativa de protección social italiana, en particular la no devolución de las cotizaciones “silentes”, acabe perjudicando el interés del trabajador extracomunitario en la regularidad, v. D'Avino, Profili previdenziali del lavoro sommerso, en M. Esposito-Della Pietra (a cargo de), L'accesso alla sicurezza sociale: diritti soggettivi e tutele processuali, Giappichelli, Torino, 2015, 68-71.

68 El art. 13 de la Dir. 2009/52/CE anuncia «mecanismos eficaces para consentir a los ciudadanos de terceros países contratados ilegalmente que presenten denuncia a sus empleadores, ya sea de forma directa o a través de terceros designados por los Estados miembros, como sindicatos u otras asociaciones o una autoridad competente». Sin embargo, dicho art. 13 es una de las disposiciones aplicadas de forma menos adecuada en los Estados individuales, como señala la Comisión Europea, Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della dir. 2009/52/CE, che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, Com/2014/0286 final, 7-9. Para un enfoque similar al del art. 13, v. en la Directiva 2014/67/UE el art. 11 sobre la «Facilitación de las denuncias».

69 Es la opinión expresada en múltiples congresos por el fiscal general Alleva; así como por Barbieri, L'intervento comunitario di contrasto al lavoro nero alla luce dell'esperienza italiana, en Riv. it. dir. lav., 2010, III, 99-105. Sobre el nexo entre criminalización de la estancia irregular y la reducida tendencia a la denuncia por parte de los extranjeros explotados, v. también Calafà, Lavoro irregolare (degli stranieri) e sanzioni. Il caso italiano, en Lav. dir., 2017, 80 ss.

70 Cfr., por ejemplo, el art. 28 del D.leg. n.º 150/2011, en particular el punto 6, que dispone que para la liquidación del daño, el juez «tiene en cuenta el hecho de que el acto o el comportamiento discriminatorio constituyen una represalia por una acción judicial anterior o bien una injusta reacción ante una actividad anterior del sujeto perjudicado con la finalidad de obtener el principio de igualdad de trato»: norma que podría aplicarse también a las represalias por parte del empleador contra denuncias de irregularidad contributiva (que siempre crean desigualdad respecto al trato que reciben aquellos cuyas nóminas son regulares, a menudo con repercusiones diferentes respecto a criterios de discriminación prohibidos).

71 Ferrante, Novità per il settore pubblico e privato in tema di whistleblowing, en Labor, 2018, 2, 148 ss.

la L. n.º 179/2017, que ha extendido y reforzado la protección ya prevista en el sector público para los «autores de denuncias de delitos o irregularidades que hayan surgido en el ámbito de una relación de trabajo»⁷². La extensión concierne, con modalidades específicas, a los trabajadores de los entes de derecho privado sujetos a control público en virtud del art. 2359 CC, así como empresas proveedoras o contratistas de administraciones públicas. En lo que aquí nos interesa, la extensión concierne al sector privado, mediante la introducción de disposiciones en el D.leg. n.º 231/2001 sobre la llamada responsabilidad administrativa de delito. El refuerzo deriva, en primer lugar, de nuevas normas sobre la confidencialidad de la identidad del denunciante; en segundo lugar, de la firme prohibición de que este se someta a cualquier medida organizativa con repercusiones laborales negativas como consecuencia de la denuncia, con la obligación del empleador de demostrar que las medidas adoptadas están motivadas por razones ajenas a la denuncia. Dicha prohibición se controla a través de ingentes sanciones administrativas económicas, aplicables, asimismo, en caso de falta de comprobación de las denuncias recibidas.

En todo caso, en el equilibrio del contrato de trabajo, el nudo central sigue siendo la regulación general sobre despidos. A pesar de la amplia diversidad de opiniones, es indudable la función instrumental de los límites legales del despido respecto a la efectiva obtención de las tutelas y facultades previstas en una relación constante: no solo las laborales, sino también las asistenciales que comporten repercusiones para el empleador, como la denuncia de accidente laboral o bien la denuncia de total o parcial omisión contributiva.

Queda fuera de esta sede el análisis de las conocidas reformas de 2012 y 2015 sobre el aparato sancionador por despidos improcedentes, incluidos los despidos derivados de las represalias del empleador⁷³. La reforma a la que hace referencia el D.leg. n.º 23/2015 tenderá a ampliar la casuística en la que en juicio se reconoce (no la mera falta de fundamento sino) la nulidad de la rescisión, de modo que la sanción imponible sea la restitutiva. Ello vale tanto en general como de forma particular para los despidos como consecuencia del ejercicio del derecho de libertad de expresión o denuncia por parte del trabajador. Sin embargo, el D.leg. n.º 23/2015 ha aumentado el temor que los trabajadores pueden nutrir respecto al poder del empleador. De hecho, dicha reforma ha disminuido el efecto disuasorio respecto a posibles conductas ilícitas del empleador, no solo porque ha hecho la restitución aplicable a un reducido número de hipótesis, sino sobre todo por la modestia de los importes de las indemnizaciones que se pueden obtener con los otros casos de despido improcedente, incluso cuando la relación laboral haya durado varios años.

Sin embargo, han cambiado bastantes cosas tras la sentencia n.º 194/2018

72 Cfr. también el Reglamento ANAC del 30 de octubre de 2018 sobre el ejercicio del poder sancionador en materia de tutela de los autores de denuncias de delitos o irregularidades en el ámbito de una relación laboral según el art. 54-bis del D.leg. 165/2001, modificado con Resolución n.º 312 del 10 de abril de 2019, en Gazz. uff., 26 de abril de 2019, n.º 97. Además de la obra mencionada en la nota anterior, sobre esta ley v. Martone, La repressione della corruzione e la tutela del whistleblower alla luce della l. 30 novembre 2017, n. 179, en Arg. dir. lav., 2018, 61 ss.

73 La bibliografía al respecto es muy vasta: entre las obras monográficas recientes, se reenvía a Ferraresi, Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento, Giappichelli, Torino, 2016, passim 189 ss.; y, concretamente, a Biasi, Saggio sul licenziamento per motivo illecito, Cedam, Padova, 2017, en especial 117 ss., y F. Marinelli, Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito, Giuffrè, Milano, 2017, 153 ss.

del Tribunal Constitucional. No es necesario analizar aquí el hilo argumentativo del TC o los tecnicismos del nuevo ordenamiento del art. 3.1 del D.leg. n.º 23/2015: es suficiente observar que dicha resolución de ilegitimidad constitucional, devolviendo al juez un amplio margen de decisión sobre la cuantificación de las indemnizaciones por daños y perjuicios, sin duda ha dado mayor valor disuasorio a la disciplina sancionatoria de los despidos improcedentes de los trabajadores contratados desde la primavera de 2015⁷⁴.

Combinada con las modificaciones que mientras tanto había introducido el DL n.º 87/2018, de hecho, dicha resolución permite que la indemnización por daños y perjuicios pueda llegar hasta 36 mensualidades, sin ningún rígido vínculo proporcional a los años de servicio. Ello se traducirá en un (probablemente fuerte) aumento de las indemnizaciones liquidadas tras las sentencias de despido improcedente. El trabajador recién contratado, cuando sufra un despido que se derive de un deterioro injustificado de las relaciones personales con el empleador, puede llegar a cobrar importes compensatorios significativos incluso cuando no disponga de elementos probatorios que demuestren de forma unívoca una represalia. Dado que ahora incluso la mera falta de fundamento del despido se puede sancionar de forma adecuada (aunque sea en el plano económico y no restitutivo), la reacción ilegítima del empleador implica con más probabilidad un coste significativo a su cargo.

7. LA VINCULACIÓN DEL CARÁCTER AUTOMÁTICO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES AL CARÁCTER EXIGIBLE DE LA COTIZACIÓN

Respecto al delicado equilibrio para obtener la tutela efectiva respecto a posibles represalias contra el trabajador denunciante, parece difícil entrever soluciones mejores en el plano de iure condendo en el ámbito de la disciplina de la automaticidad de las prestaciones asistenciales. Recorrer dicha vía alternativa implicaría reducir o eliminar cualquier presión del ordenamiento sobre el trabajador para que denuncie, por ejemplo, permitiéndole que se preocupe de las lagunas contributivas solo poco antes de la pensión. En función de todo lo expuesto, sin embargo, esta no parece una buena solución.

Resulta inviable dividir la automaticidad de las prestaciones de i.v.s. y el límite de la prescripción de las cotizaciones, ya que de otra forma, el sistema de protección social se prestaría a comportamientos oportunistas conectados con el trabajo no declarado, que resultaría tutelado en el plano contributivo sin poderse recuperar en el plano del cobro. Por lo tanto, el autor considera poco convincentes las propuestas, inspiradas en intentos de generalización de la tutela, de derogar el límite cronológico

74 Obviamente el debate fue intenso: v. M.T. Carinci, La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel “Jobs Act”, e oltre, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT 378/2018; Martone, Calcolabilità del diritto e discrezionalità del giudice: a proposito della illegittimità costituzionale del “jobs act”, en Arg. dir. lav., 2018, 1518; el volumen de Andreoni-Fassina (a cargo de), La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?, Ediesse, Roma, 2019 con la colaboración de Pallante, Speziale, Ponterio, Giubboni, Orlandini, Barbieri, de Marchis, D’Onghia, Esposito, Lassandari, Martino, Pallini, Piccinini, Scarpelli, Del Rosso; Cester, Il jobs act sotto la scure della corte costituzionale: tutto da rifare?, en Lav. giur., 2019, 153.

de la automaticidad de las prestaciones de i.v.s.

Al mismo tiempo, resulta contraindicado intervenir nuevamente en la disciplina de la prescripción de las cotizaciones. Por un lado, las mismas razones por las que la reforma Dini en 1995 intervino con la reducción generalizada de la duración a cinco años, desaconsejan una inversión de dicha decisión legislativa, sobre todo hoy en día que está en vías de extinción el enorme contencioso sobre la tortuosa fase transitoria. Por otro lado, parece inoportuno imaginar una intervención normativa sobre la disciplina del inicio de la prescripción de las cotizaciones⁷⁵. De hecho, sería bastante problemático extender a la prescripción de las cotizaciones la importante evolución jurisprudencial que se está produciendo sobre los derechos retributivos. Como es bien sabido, tras la reforma del art. 18 del Estatuto de los Trabajadores de 2012 y con mayor razón tras el D.leg. n.º 23/2015, una considerable orientación jurisprudencial⁷⁶ reconoce el deber constitucional de extender a los trabajadores regularmente⁷⁷ empleados por empleadores mayores, el aplazamiento del transcurso de la prescripción al final de la relación: se refiere obviamente al aplazamiento establecido por las famosas resoluciones del TC⁷⁸ centradas en el *metus* del empleado en las relaciones no tuteladas en caso de despido improcedente. Ahora bien, esas resoluciones del TC se fundan en el art. 36 de la Constitución italiana, así que limitan la protección constitucional al derecho a la retribución respecto a la renuncia que se puede dar de forma tácita tras el deliberado transcurso del plazo de prescripción⁷⁹. Por otra parte, figura un precedente específico del propio TC sobre la imposibilidad de extender dicha orientación al derecho a la indemnización por el daño de omisión contributiva⁸⁰.

Una intervención normativa que extendiera a la cotización la suspensión del transcurso del plazo de prescripción ante una relación laboral constante sería un agravamiento dramático de las relativas responsabilidades del empleador y, además,

75 Dicha intervención normativa se ha contemplado por Federici, *Lavoro irregolare e omissione contributiva: tecniche di tutela e sistema sanzionatorio*, Halley, Matelica di Macerata, 2006, 85. Análogamente Mesiti, *Omissioni contributiva e tutela del lavoratore dipendente*, en *Lav. giur.*, 2008, 1091.

76 Dicha orientación se inauguró en el foro de Milán: ej. Trib. de Milán, 16 de diciembre de 2015, n.º 3460, juez Di Leo. Es amplio el debate doctrinal: se reenvía a Mainardi, *Prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore tra vecchi e nuovi concetti di stabilità del rapporto di lavoro*, en *Giur. it.*, 2013, 4, 884 ss.; Maio, *Ancora su stabilità e metus dopo le recenti riforme dei licenziamenti ed una prima sentenza*, en *Arg. dir. lav.*, 2016, 560 ss.; Schiavone, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro: diritto vivente e recenti riforme*, en E. Ghera-D. Garofalo (a cargo de), *Le tutele per i licenziamenti*, cit., 218 ss.; Persiani, *Situazione psicologica di timore, stabilità e prescrizione dei crediti di lavoro*, *Arg. dir. lav.*, 2018, 2 ss.

77 La jurisprudencia constitucional sobre la suspensión del transcurso de la prescripción para los créditos de los empleados de empresas menores se ha extendido durante el tiempo por el TS a los trabajadores de empresas mayores no correctamente declarados: ej. Trib. Cas. civ., 10 de abril de 2000, n.º 4520, con nota de Girardi, *La prescrizione dei diritti del lavoratore nel corso del rapporto*, en *Lav. giur.*, 2001, 65.

78 TC, 10 de junio de 1966, n.º 63, en *Mass. giur. lav.*, 1966, 133; TC, 20 de noviembre de 1969, n.º 143, en *Mass. giur. lav.*, 1969, 391, sobre la exclusión del sector público; TC, 12 de diciembre de 1972, n.º 174, en *Foro it.*, 1973, I, 22, sobre la importancia del art. 18 Est. Trab.; TC, 21 de mayo de 1975, n.º 115, en *Mass. giur. lav.*, 1975, 286; TC, 1 de junio de 1979, n.º 40-44, en *Giur. cost.*, 1979, 339 y 439; TC, 10 de febrero de 1981, n.º 13, en *Mass. giur. lav.*, 1985, 145. Cfr. funditus Maresca, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1983, espec. 17 ss. y 133 ss.

79 Cfr. TC, 20 de marzo de 1969, n.º 39, en *Foro it.*, 1969, I, 1058, que ha excluido la congelación del inicio del plazo en referencia al derecho a la cualificación, y TC, 28 de enero de 1970, n.º 10, en *Foro it.*, 1970, I, 711, que lo ha excluido igualmente por el derecho a la indemnización del daño sufrido por el trabajador por accidente laboral.

80 TC, 29 de abril de 1971, n.º 86, en *Mass. giur. lav.*, 1971, 120.

sería incontrolable por las administraciones. Los sistemas de protección social y fiscales competentes para la recuperación ya resultan afligidos en el régimen actual, en el que la prescripción es fácilmente calculable en función de la fecha a la que se refieren las cotizaciones: resultaría difícil gestionar un control más complejo que implicara la identificación del momento de extinción de la relación, que además a veces es objeto de controversia entre las propias partes contractuales.

El cumplimiento de la obligación contributiva se debe incentivar a través de mecanismos de presión difundida en la sociedad civil y en el mundo productivo. Para ello resulta funcional la aplicación dosificada de los límites a la automaticidad de las prestaciones: no se trata de una supuesta directiva hermenéutica, sino de una verdadera tendencia que se puede encontrar en la maraña normativa vigente. Para la funcionalidad del sistema de protección social, parece inoportuno no incentivar las denuncias por irregularidad contributiva en el plazo de cinco años (o durante un razonable) periodo de tiempo equivalente a la prescripción de las cotizaciones.

En resumen, la falta de cobertura pública de las lagunas contributivas anteriores al plazo de cinco años de prescripción de la cotización resulta difícilmente modificable; es más, es una limitación de las medidas de protección social bastante funcional para generar en el trabajador el interés en el cuidado de la propia posición contributiva. Aunque es criticable el enfoque de predominante soft law en este ámbito⁸¹, no parece oportuno dejar el contraste de los fenómenos de omisión y evasión solo a los controles de inspección y a la ejecución forzosa⁸². Incluso las medidas de recaudación más enérgicas solo pueden obtener un bajo porcentaje de resultados efectivos cuando el cumplimiento no ha sido espontáneo y el crédito ya se ha “trabado”.

Dado que el interés de los trabajadores en el ingreso de las cuotas converge con el público en su cobro, la administración del sistema de protección social encuentra en cada uno de ellos un potencial aliado. Se trata de una alianza formidable, a causa del móvil de los trabajadores, es decir, su propio interés económico⁸³, y de la ubicuidad de su difusión en el espacio y en el tiempo: en cualquier relación laboral, dondequiera que se desarrolle y en cualquier momento, e incluso tras su finalización, es decir, cuando no se podría llevar a cabo ningún control de inspección in situ, por lo menos respecto al trabajo “en negro”. Es una ubicuidad que ningún sistema de inspección podría alcanzar jamás, aun cuando estuviera bien dotado y organizado (hay que tener en cuenta que, para los millones de trabajadores italianos, el cuerpo

81 Se trata de una constatación difundida: ej. Viscomi, Lavoro sommerso e immigrazione, en *Lav. giur.*, 2008, 22 ss.; v. también, respecto a dos sucesivas fases de reforma del aparato normativo, las críticas de M. Esposito, *Le attività ispettive e il contrasto al lavoro irregolare nel sistema del Jobs Act*, en *Riv. giur. lav.*, 2016, I, 587-589, y Bellavista, *Al di là del lavoro sommerso*, en *Riv. giur. lav.*, 2008, I, 10 ss. Más allá de la fronteras, una opinión neta es la de Davidov, *The Enforcement Crisis in Labour Law and the Fallacy of Voluntarist Solutions*, en *Intern. jour. compar. lab. law ind. rel.*, 2010, vol. 26, 62 ss.

82 V. el análisis comparado de Strban, *Contribution collection systems and possible measures to improve their effectiveness*, Council of Europe and European Commission “Social institutions support programme” Paper, 2007, 36 ss.

Sobre el hecho de que la aplicación de algunas disciplinas sancionadoras y, sobre todo, el ejercicio de los poderes normativos por parte de los órganos de inspección públicos, imponiendo al empleador la regularización de las situaciones de infracción, acaban convirtiéndose también en herramientas para garantizar algunas posiciones jurídicas del trabajador, v. Novella, *Contratto di lavoro e ispezione. Modelli e strumenti tra interessi pubblici e privati*, Aracne, Roma, 2018, passim.

de inspección público cuenta solo con unos cuatro mil encargados). La comunidad de interés de los trabajadores en este ámbito, por otro lado, podría tener importantes repercusiones gracias a la acción de agregación propia del fenómeno sindical⁸⁴, en caso de que se valorizara por parte del legislador. Como solución extrema para los casos más patentes de explotación, no se debería abandonar la idea de instituir una especie de “recompensa” para algunos sujetos, acreditados con un procedimiento específico, que colaboran con los órganos institucionales en la investigación de casos de economía sumergida especialmente graves⁸⁵.

8. PLURALIDAD DE DECLINACIONES DE LA AUTORRESPONSABILIDAD EN EL SISTEMA ITALIANO DE PROTECCIÓN SOCIAL

La exigencia de contrastar la pérdida de recursos (fiscales y) contributivos causada por el trabajo no declarado parece justificar un ordenamiento que desincentive la aceptación de puestos de trabajo “en negro” y que anime al trabajador a efectuar ex post notificaciones y denuncias haciendo presión sobre su propio interés⁸⁶. Igualmente, con la finalidad de evitar que las situaciones de dificultad de las empresas acaben, más de lo inevitable, en omisiones contributivas nocivas para las arcas de la Seguridad Social, es seguramente útil unir la vigilancia por parte de los poderes públicos con el control de cada trabajador de su propia posición contributiva, manteniendo la cobertura a cargo de la colectividad de las consecuencias contributivas de las situaciones de definitiva insolvencia judicialmente comprobadas.

Dicha valorización normativa de la iniciativa personal del trabajador para la tutela de su posición contributiva resulta ser la expresión de una regla más general propia de la protección social, es decir, la autorresponsabilidad. Esta última, de alguna forma, impregna también los ámbitos reguladores más sensibles, incluso la disciplina sobre accidentes laborales⁸⁷.

Dado que, incluso cuando el trabajador esté al corriente desde el principio de la irregularidad, la facultad de denuncia de omisión contributiva queda a su disposición durante todo el plazo de cinco años sucesivo a dicha omisión, queda garantizada en el plano de la cobertura de pensiones una amplia reversibilidad de la aceptación de un empleo no regularmente declarado. El ordenamiento italiano parece tener en cuenta, de esta forma, que el trabajo no declarado, en sus diferentes formas,

84 Cfr. Scarpelli, Il contrasto al lavoro irregolare, tra sanzioni e regole di responsabilità, en Riv. giur. lav., 2008, I, 62 ss. spec. 71-73.

85 Bellavista-Garilli, Politiche pubbliche e lavoro sommerso, en Riv. giur. lav., 2012, I, 272-278.

86 Ferrante, Economia “informale” e politiche del lavoro: un nuovo inizio?, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT 337/2017, 36. Con referencia al ordenamiento alemán, para un análisis de la normativa para contrastar el trabajo no declarado que enfatiza el relieve del «ex-post control driven by private initiative», v. Waas, Undeclared Work: Possible Sanctions on Closer Examination, en Eur. lab. law jour., 2014, 188 ss.

87 En tema de indemnización de daños por accidente laboral por parte del seguro público obligatorio italiano (INAIL), rige el límite a la tutela constituido por el riesgo “electivo” es decir, por grave culpa del trabajador, que la jurisprudencia parametriza en función de lo excéntrica que resulte la conducta del trabajador respecto a los comportamientos que el ordenamiento jurídico desea inducir en los asegurados: v. por ej. Trib. Cas. civ., 9 de julio de 2014, n.º 15705, con nota de A. Fontana, L’infortunio oltre i limiti dell’attualità di lavoro, en Mass. giur. lav., 2015, 324.

raramente es una elección del trabajador, por lo menos en los sectores con renta baja (sobre todo en casos de inmigrantes irregulares). La valorización normativa de la actuación individual para tutelar su propia posición contributiva se aparta, por lo tanto, de la condicionalidad de las subvenciones.

Esta última, tras la reforma introducida por el decreto de aplicación de la L. delegación n.º 183/2014⁸⁸ y sobre todo con la disciplina de la renta de ciudadanía establecida por el DL n.º 4/2019, es la expresión hoy más discutida de la idea de responsabilidad individual en el sistema italiano de protección social. La condicionalidad, sin embargo, tiene un diferente y mayor impacto limitativo de las libertades individuales, ya que implica responsabilidades inmediatas por decisiones que el trabajador no puede aplazar, que son muy poco reversibles: la oferta de trabajo mediante los servicios públicos para el empleo, si responde a los criterios de la adecuación⁸⁹, se debe aceptar en poco tiempo; igualmente, a las convocatorias por parte de dichos servicios es obligatorio responder en poquísimos días⁹⁰.

En cuanto a la aceptación obligatoria de ofertas de trabajo, por otro lado, la condicionalidad tiende a aumentar la presión competitiva entre trabajadores sobre los regímenes económico-normativos. En cambio, el carácter automático de las prestaciones, al favorecer la intransigencia de los trabajadores respecto a las omisiones contributivas, tiene el efecto contrario, esto es, la reconducción a la legalidad asistencial y laboral de los regímenes.

Otro rasgo distintivo de la condicionalidad de los subsidios por desempleo/inactividad es el poder discrecional del que dispone la administración para las decisiones: la adecuación de la oferta laboral, el ajuste de los planes de cualificación profesional individuales, la fundamentación jurídica y objetiva del motivo justificado de la ausencia en las convocatorias, etc. En los otros ámbitos asistenciales donde la prestación es un derecho subjetivo, en cambio, el poder discrecional de las administraciones se limita a aspectos técnicos, sobre todo médico-legales, o concierne a la evaluación inicial de los presupuestos para la concesión de la prestación pero no al poder de reducirla o revocarla. Respecto al carácter automático de las prestaciones, en la concesión de la cobertura, el poder de la administración se limita a la comprobación de la injustificada laguna contributiva: control que comporta un modesto poder discrecional, si la instancia del trabajador está documentada.

Bibliografía

88 V., con diferentes puntos de vista, M. Ricci, I servizi per l'impiego dopo le modifiche legislative tra luci e ombre, en Arg. dir. lav., 2017, 339 ss.; Lassandari, La tutela immaginaria nel mercato del lavoro, en Lav. dir., 2016, 237 ss.; D'Onghia, Il rafforzamento dei meccanismi di condizionalità, en F. Carinci (a cargo de), Jobs Act: un primo bilancio, Adapt University Press, Bergamo, 2016, 385 ss.; Valente, La riforma dei servizi per il mercato del lavoro, Giuffrè, Milano, 2016, 124 ss.; Salomone, Le prestazioni di politica attiva del lavoro al tempo del Jobs Act, en Lav. dir., 2016, 282 ss.

89 V. los art. 25 (modificado por el art. 4.9-bis, del DL n.º 4/2019) y 3.3, lett. a (modificado por el D.leg. n.º 185/2016) del D.leg. n.º 150/2015, así como la OM del Ministerio de Trabajo del 10 de abril de 2018, sobre la definición de la oferta de trabajo adecuada, en Gazz. uff. 14 de julio de 2018, n.º 162.

90 El art. 21.6 del D.leg. n.º 150/2015 precisa que el beneficiario puede ser convocado durante los días laborables por los servicios para el trabajo competentes con un preaviso de «al menos 24 horas y no más de 72 horas» según las modalidades acordadas en el pacto de servicio personalizado.

- Ales, Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettazione giuslavoristica, en *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, espec. 489,
- Bailey-Turner, Strategies to Reduce Contribution Evasion in Social Security Financing, en *World Development*, vol. 29, No. 2, 2001, 388.
- Barbieri, L'intervento comunitario di contrasto al lavoro nero alla luce dell'esperienza italiana, en *Riv. it. dir. lav.*, 2010, III, 99-105.
- Bellavista, Al di là del lavoro sommerso, en *Riv. giur. lav.*, 2008, I, 10 ss
- Bellavista-Garilli, Politiche pubbliche e lavoro sommerso, en *Riv. giur. lav.*, 2012, I, 272-278.
- Bevere, La tutela dei lavoratori dalla condizione analoga alla schiavitù e i problemi non risolti dalla legge n. 199/2016, en *Var. temi dir. lav.*, 2018, 129 ss.
- Bresciani, Denuncia e rapporto, en *Digesto, Pen.*, Utet, Torino, 1989, 394 ss.;
- Brollo (a cargo de), Il mercato del lavoro, vol. VI, de Persiani-F. Carinci (coord.), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2012, 546 ss.,
- Calafà, Lavoro irregolare (degli stranieri) e sanzioni. Il caso italiano, en *Lav. dir.*, 2017, 80 ss.
- Canavesi, Contribuzione prescritta e automaticità delle prestazioni nell'ordinamento italiano e nella dimensione comunitaria, en *Riv. giur. lav.*, 1992, I, 465 ss.
- Canavesi, L'efficacia estintiva della prescrizione dei crediti contributivi è un principio generale?, en *Giur. it.*, 2015, 1452
- Capurso, Il diritto del lavoratore alla integrità contributiva, en *Inf. prev.*, 2007, 549 ss.; más reciente
- Capurso, Le eclissi del principio di automaticità delle prestazioni previdenziali. Una passeggiata nel bosco dell'art. 2116 c.c., en *Riv. dir. sic. soc.*, 2017, 499 ss.,
- Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2014, 426-430.
- Cavallini, La prescrizione dei crediti contributivi e il risarcimento del danno pensionistico, en *Lav. giur.*, 2018, 421 ss
- Centofanti, L'utilizzabilità effettiva della rendita vitalizia ex art. 13, l. n. 1338/1962, en *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, 624 ss., y D. Casale, L'automaticità, cit., 295-330.
- Cocconi, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Cedam, Padova, 2010, 197 ss.;
- Davidov, The Enforcement Crisis in Labour Law and the Fallacy of Voluntarist Solutions, en *Intern. jour. compar. lab. law ind. rel.*, 2010, vol. 26, 62 ss
- D'Avino, Profili previdenziali del lavoro sommerso, en M. Esposito-Della Pietra (a cargo de), *L'accesso alla sicurezza sociale: diritti soggettivi e tutele processuali*, Giappichelli, Torino, 2015, 68-71.

D. CASALE, L'AUTOMATICITÀ DELLE PRESTAZIONI PREVIDENZIALI. TUTELE, RESPONSABILITÀ E LIMITI, BUP BONONIA UNIVERSITY PRESS, BOLOGNA, COLLANA DEL SEMINARIO GIURIDICO DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA, 2017, 54 ss., 122 ss. Y 197 ss., PARA MÁS REFERENCIAS.

D. CASALE, LA DIVERSITÀ DI RATIO DELLA PRESCRIZIONE DEI CONTRIBUTI NEL PRIVATO E NEL PUBBLICO, CONFERMATO DAL D.L. N. 4/2019, EN LAV. GIUR., 2019, 551 ss..

D. GAROFALO, LA TUTELA DELLA DISOCCUPAZIONE FRA SOSTEGNO DEL REDDITO E INCENTIVO ALLA RICOLLOCAZIONE. PROFILI DI CARATTERE GENERALE,

DE SANTIS, CAPORALATO E SFRUTTAMENTO DI LAVORO: POLITICHE CRIMINALI IN TEMA DI PROTEZIONE DEL LAVORATORE. PREGI E LIMITI DELL'ATTUALE DISCIPLINA, EN RESP. CIV. PREV., 2018, 1759 ss. Y 2055 ss.;

D'ONGHIA-DE MARTINO, GLI STRUMENTI GIUSLAVORISTICI DI CONTRASTO ALLO SFRUTTAMENTO DEL LAVORO IN AGRICOLTURA NELLA LEGGE N. 199/2016: ANCORA TIMIDE RISPOSTE A UN FENOMENO MOLTO PIÙ COMPLESSO, EN VAR. TEMI DIR. LAV., 2018, 157 ss.

DONDI, DANNO PENSIONISTICO, AZIONE RISARCITORIA E DIES A QUO DELLA PRESCRIZIONE, EN MASS. GIUR. LAV., 1999, 678.

E. GHERA-D. GAROFALO (A CARGO DE), LE TUTELE PER I LICENZIAMENTI E PER LA DISOCCUPAZIONE INVOLONTARIA NEL JOBS ACT 2, CACUCCI, BARI, 2015, 198 ss.

Falcucci-Natoli-Papa, I soggetti tenuti al pagamento dei contributi previdenziali e gli obblighi accessori o strumentali, en Bussi-Persiani, Trattato di previdenza sociale, I, Il regime generale dell'invalidità, vecchiaia e superstiti, Cedam, Padova, 1974, 507 ss.,

F. CARINCI (A CARGO DE), JOBS ACT: UN PRIMO BILANCIO, ADAPT UNIVERSITY PRESS, BERGAMO, 2016, 385 ss.;

F.P. ROSSI, RAPPORTO DI LAVORO SUBORDINATO E RAPPORTO GIURIDICO PREVIDENZIALE, GIUFFRÈ, MILANO, 1968, 125 ss.

Federici, Lavoro irregolare e omissione contributiva: tecniche di tutela e sistema sanzionatorio, Halley, Matelica di Macerata, 2006, 85.

Ferrante, Economia "informale" e politiche del lavoro: un nuovo inizio?, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 337/2017, 36.

Ferrante, Novità per il settore pubblico e privato in tema di whistleblowing, en Labor, 2018, 2, 148 ss.

Gamba, Contraddittorio (Principio del) (Diritto Processuale Civile), en Enc. Dir., IX, Giuffrè, Milano, 2016, 138 ss.

Geraci, Contributions-financed cash benefits: selected examples of tiered pension systems, en Intern. soc. sec. rev., 2015, 68(4), 59 ss.

Girardi, La prescrizione dei diritti del lavoratore nel corso del rapporto, en Lav. giur., 2001, 65.

Grivet-Fetà, Presupposti e limiti del diritto di critica del lavoratore, en Riv. it. dir. lav., 2013, II, 81;

Lassandari, La tutela immaginaria nel mercato del lavoro, en Lav. dir., 2016, 237 ss.;

Longo, I diritti sociali nella Costituzione italiana: un percorso di analisi, en Riv. dir. sic. soc., 2017, 222.

Ludovico, Sostenibilità e adeguatezza della tutela pensionistica: gli effetti della crisi economica sul sistema contributivo, en Arg. dir. lav., 2013, 909 ss.

M. ESPOSITO, LE ATTIVITÀ ISPETTIVE E IL CONTRASTO AL LAVORO IRREGOLARE NEL SISTEMA DEL JOBS ACT, EN RIV. GIUR. LAV., 2016, I, 587-589

M.T. CARINCI, LA CORTE COSTITUZIONALE N. 194/2018 RIDISEGNA LE TUTELE ECONOMICHE PER IL LICENZIAMENTO INDIVIDUALE INGIUSTIFICATO NEL “JOBS ACT”, E OLTRE, WP C.S.D.L.E. “MASSIMO D’ANTONA”.IT 378/2018

M. RICCI, I SERVIZI PER L’IMPIEGO DOPO LE MODIFICHE LEGISLATIVE TRA LUCI E OMBRE, EN ARG. DIR. LAV., 2017, 339 ss.;

Mainardi, Prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore tra vecchi e nuovi concetti di stabilità del rapporto di lavoro, en Giur. it., 2013, 4, 884 ss.;

Maio, Ancora su stabilità e metus dopo le recenti riforme dei licenziamenti ed una prima sentenza, en Arg. dir. lav., 2016, 560 ss.;

Marazza-D. Garofalo, Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore, Giappichelli, Torino, 2015, 124 ss.;

Martone, Calcolabilità del diritto e discrezionalità del giudice: a proposito della illegittimità costituzionale del “jobs act”, en Arg. dir. lav., 2018, 1518;

Martone, La repressione della corruzione e la tutela del whistleblower alla luce della l. 30 novembre 2017, n. 179, en Arg. dir. lav., 2018, 61 ss.

Mesiti, Omissione contributiva e tutela del lavoratore dipendente, en Lav. giur., 2008, 1091.

M. Miscione, Artt. 2116, en Cendon (a cargo de), Commentario al codice civile, Utet, Torino, 2002, vol. III, 399.

Mocella, Sicurezza degli impianti nucleari e limiti al diritto di critica del lavoratore, y en Riv. giur. lav., 2016, II, 502,

Montuschi, Sulla prescrizione dei contributi previdenziali (un profilo singolare della riforma pensionistica), en Arg. dir. lav., 1996, 40-42.

Nicolosi, Trasferimento d’azienda e debiti contributivi: la responsabilità solidale dell’acquirente, en Inf. prev., 2001, 971.

Novella, Contratto di lavoro e ispezione. Modelli e strumenti tra interessi pubblici e privati, Aracne, Roma, 2018, passim.

Pallini, La nuova disciplina comunitaria della tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore: la direttiva n. 2002/74/Ce, en Riv. dir. sic. soc., 2003, 695 ss.;

Persiani-F. Carinci (coord.), Trattato di diritto del lavoro, Cedam, Padova, 2017, 852-860,

Persiani, Situazione psicologica di timore, stabilità e prescrizione dei crediti di lavoro,

Arg. dir. lav., 2018, 2 ss.

Peruzzi, Diritto di critica, whistleblowing e obbligo di fedeltà del dirigente, en Riv. it. dir. lav., 2012, II, 832.

Piovesana, Avviso d'addebito Inps non opposto contenente contributi prescritti, en Lav. giur., 2018, 251;

Piovesana, Il diritto di denuncia del lavoratore tra giurisprudenza e legge, en Var. temi dir. lav., 2019, 301 ss.

Querzola, L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio, Bononia, Bologna, 2016, 11 ss.; y

Salazar, La segnalazione di illeciti integra comportamento sanzionabile?, en Lav. giur., 2017, 681.

Salomone, Le prestazioni di politica attiva del lavoro al tempo del Jobs Act, en Lav. dir., 2016, 282 ss.

Santoro, Il diritto di denuncia del lavoratore nei confronti del datore di lavoro, en Lav. giur., 2017, 456, y en Giur. It., 2017, 708,

Saponaro, Querela, en Digesto, Pen., Utet, Torino, 2005, 1279 ss.

Scarpelli, Il contrasto al lavoro irregolare, tra sanzioni e regole di responsabilità, en Riv. giur. lav., 2008, I, 62 ss. spec. 71-73.

SCHIAVONE, LA DECORRENZA DELLA PRESCRIZIONE DEI CREDITI DI LAVORO: DIRITTO VIVENTE E RECENTI RIFORME, EN E.GHERA-D. GAROFALO (A CARGO DE), LE TUTELE PER I LICENZIAMENTI, CIT., 218 SS.;

Scoca, Diritto amministrativo, Giappichelli, Torino, 2014, 217 ss.;

Sojo, Including informal economy workers in contributory social protection: current challenges in Latin America, en Intern. soc. sec. rev., 2015, 68(4), 70 ss..

Strban, Contribution collection systems and possible measures to improve their effectiveness, Council of Europe and European Commission "Social institutions support programme" Paper, 2007, 36 ss

Valente, La riforma dei servizi per il mercato del lavoro, Giuffrè, Milano, 2016, 124 ss.;

Valenti, Diritto di critica del lavoratore; así como el comentario de Cairo, Il diritto di critica del lavoratore, en Var. temi dir. lav., 2017, 189 ss.

Vanz, La circolazione della prova nei processi civili, Giuffrè, Milano, 2008, 35 ss.

VILLA, I NUOVI CONFINI DELLA RESPONSABILITÀ SOLIDALE, EN LABOR, 2018, 5, 539 ss.

VISCOMI, LAVORO SOMMERSO E IMMIGRAZIONE, EN LAV. GIUR., 2008, 22 SS.;

ZILIO GRANDI-SFERRAZZA, LA TUTELA DEL LAVORATORE NEI CONFRONTI DELL'INSOLVENZA DEL DATORE DI LAVORO, EN DIREL. IND., 2013, 685 SS., Y 2014, 142 SS.;

Recebido em: 07.03.2020
Aprovado em: 09.05.2020

Universidade de Extremadura
Espanha

Volume 1, Número 1,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt

La implementación del dron como nueva herramienta tecnológica en la prevención de catástrofes naturales en el ámbito internacional¹

*The implementation of the drone as a new technological tool
in the prevention of natural disasters in the international scope*

Patricia González Pulido*

Sumario: 1. Introducción. 2. El impacto de las normas internacionales en el desarrollo de nuevos marcos de actuación para la prevención de catástrofes naturales. A) El soft law como instrumento integrador de los drones y la prevención del riesgo en el ámbito internacional. B) La necesidad de adoptar nuevas medidas para la prevención de catástrofes naturales. 3. La implicación de los drones en la prevención de catástrofes naturales. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

Resumen: El desarrollo de nuevas tecnologías está provocando continuas transformaciones en distintos sectores. De forma particular, la industria de la aviación se encuentra inmersa en un proceso innovador cuyos resultados, entre otros, se ven materializados en nuevos vehículos aéreos, concretamente en aeronaves pilotadas por control remoto (RPAs), también conocidas popularmente como drones. Estos vehículos se configuran como unas herramientas muy útiles al servicio de las catástrofes naturales, desde la prevención del desastre hasta la recuperación de la zona devastada, debido a sus condiciones técnicas. El presente estudio tiene por objeto, en primer lugar, abordar la naturaleza, las ventajas e inconvenientes de los instrumentos normativos más destacados emanados por la Organización de Naciones Unidas sobre la adopción de medidas para la prevención del desastre, y por la Organización de Aviación Civil Internacional en relación al uso de los drones; y, en segundo lugar, examinar la utilidad del dron como tecnología emergente al servicio de la prevención de la catástrofe.

Palabras clave: Soft law, prevención, catástrofe natural, drones, aeronaves pilotadas por control remoto (RPAs).

Summary: The development of new technologies is causing continuous transformations in different sectors. In particular, the aviation industry is immersed in an innovative process whose results, among others, are materialized in new air vehicles, specifically in remotely piloted aircraft (RPAs), also popularly known as drones. These vehicles are configured as very useful tools at the service of natural disasters, from disaster prevention to recovery of the devastated area, due to their technical conditions. The purpose of this study is, in the first place, to address the nature, advantages and disadvantages of the most prominent normative instruments issued by the United Nations Organization on the adoption of measures for disaster prevention, and by the Civil Aviation Organization International regarding the use of drones; and secondly, to examine the usefulness of the drone as an emerging technology in the service of disaster prevention.

Keywords: Soft law, prevention, natural catastrophe, drones, remotely piloted aircraft (RPAs).

1 Personal Docente e Investigador del área de Derecho Administrativo de la Universidad de Extremadura. Doctoranda en Derecho en la Universidad de Alcalá. Máster en Derecho Constitucional, especializado en estudios políticos y constitucionales y Máster Universitario en Abogacía. Miembro del Grupo de Investigación Jurídica y Fiscal Fiscalitas & Iuris de la Universidad de Extremadura, España. ORCID: 0000-0003-3186-7347. El presente trabajo se ha realizado en el marco de la Convocatoria de Contratos de Investigación año 2017, dependientes de la Fundación Fernando Valhondo Calaff y durante la estancia de investigación realizada en la Universidad Lusíada de Lisboa (Portugal), en el mes de julio de 2018.

El texto de este artículo tiene su origen en la comunicación presentada al III Simposio Internacional sobre Derecho Actual, celebrado en Oporto (Portugal) los días 14 y 15 de diciembre de 2018.

1. Introducción.

Los fenómenos meteorológicos adversos de las últimas décadas están provocando un aumento de los desastres naturales en el planeta. Las autoridades internacionales, conscientes de la dimensión del problema, no cesan en adoptar distintas medidas dirigidas a disminuir el impacto de la catástrofe. Europa ha demostrado en numerosas ocasiones cómo el mayor número de daños personales y materiales provocados por las catástrofes naturales podrían evitarse adoptando medidas de alerta, así como programas centrados en una mayor prevención.

Actualmente, las labores de planificación, supervisión y asistencia propias de una catástrofe natural están siendo ejecutadas por personal especializado y asistidas, cada vez más, por nuevas herramientas tecnológicas como consecuencia del continuo avance científico. En este sentido, uno de los dispositivos más extendido y con mayor incidencia en el ámbito civil, concretamente ante labores de prevención del desastre, son las aeronaves pilotadas por control remoto (RPAs), también conocidas como drones². Aunque estos vehículos aéreos comenzaron su desarrollo en el ámbito militar, su aplicación en el sector civil está en continuo crecimiento.

La incorporación de los drones en la prevención de la catástrofe resulta de gran importancia debido a las ventajas técnicas y económicas que presentan frente a la aviación convencional. Sin embargo, la ausencia de un marco jurídico internacional, el incremento de normativa soft law, así como la inexistencia de normativas nacionales, como es el caso de la española, en relación con el empleo de los drones por las autoridades competentes ante una situación de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, provoca un vacío legal cuya principal consecuencia ocasiona un uso indiscriminado de la aeronave sin limitación jurídica alguna.

2. El impacto de las normas internacionales en el desarrollo de nuevos marcos de actuación para la prevención de catástrofes naturales.

a) El soft law como instrumento integrador de los drones y la prevención del riesgo en el ámbito internacional.

La proliferación de normas soft law en la esfera internacional se ha convertido en una práctica habitual, cuyo desarrollo, impulsado por organizaciones internacionales y órganos comunitarios, ha posibilitado la adopción de nuevas acciones por parte de los Estados. De forma particular, podemos encontrar este tipo de regulación, por un lado, en los documentos adoptados por la Organización de Aviación Civil

² En numerosos textos encontramos siglas como UAV (Unmanned Aircraft Vehicles), UAS (Unmanned Aircraft/Aerial Systems), RPA (Remotely Piloted Aircrafts), RPAS (Remotely Piloted Aircrafts Systems), VANT (vehículo aéreo no tripulado) e incluso dron o drones para hacer referencia, en la mayoría de los casos, a las aeronaves pilotadas por control remoto (RPAs) y a su sistema (RPAS). El empleo de distintos conceptos ha provocado un uso impreciso del mismo y cierta confusión, causando no pocos desaciertos en su denominación. En este sentido, vid. el análisis al respecto de SARRIÓN ESTEVE, J. y BENLLOCH DOMÈNECH, C.: "Rights and science in the drone era: actual challenges in the civil use of drone technology", *Rights and Science: R & S*, núm. 0, 2017, pp. 118 y 119.

Internacional (OACI)³ en relación a las RPAs, concretamente, la Circular 328-AN/190 Sistemas de aeronaves no tripuladas (UAS)⁴ y el Manual sobre sistemas de aeronaves pilotadas a distancia (RPAS)⁵. Ambos documentos, a pesar de no disponer de un efecto vinculante, como posteriormente explicaremos, actúan como presupuestos necesarios para los Estados en el desarrollo de su normativa nacional. Por otro lado, en relación con los marcos de actuación enfocados a la prevención del desastre, la Organización de Naciones Unidas (ONU) aprobó el Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015: Aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres⁶ y el Marco de Sendai para la reducción del riesgo de desastres 2015-2030⁷, con el objetivo de delimitar y desarrollar las directrices principales centradas en la prevención, preparación y mitigación del desastre.

El soft law, derecho blando o flexible, cuyo desarrollo le ha permitido posicionarse como una nueva fuente del Derecho internacional público, se caracteriza, siguiendo a GARRIDO GÓMEZ, por “la no vinculatoriedad jurídica conforme (...) los contenidos clásicos del Derecho; cierta relevancia jurídica; la buena fe; que posean términos vagos e imprecisos; que sean ajenos a otras teorías de la responsabilidad; y que se basen en la adhesión voluntaria y no haya mecanismos para su exigibilidad, no siendo aplicables las sanciones como consecuencia jurídica del incumplimiento”⁸. En este sentido, los rasgos definidores, anteriormente descritos, provocan que los Estados recurran con mayor frecuencia al soft law como fuente de resolución de conflictos debido, entre otras cuestiones, a la inexistencia de normas aplicables; las ventajas que presentan respecto a los marcos jurídicamente vinculantes; la capacidad para adaptarse con rapidez y flexibilidad ante las demandas y los problemas sociales; la facilidad de materializar objetivos políticos o la libertad de gestión por parte de los Estados.

En este sentido, es necesario destacar los problemas que plantea disponer de un derecho soft law de referencia internacional en relación al uso de las RPAs como herramienta tecnológica en la prevención de catástrofes naturales.

En primer lugar, el soft law carece de efectos vinculantes, es decir, no existe una obligación de cumplimiento por parte de los Estados, como mencionábamos anteriormente. Este tipo de derecho se construye sobre una relación voluntaria entre la organización y el país en cuestión. De forma concreta, a pesar de que las normativas internacionales en relación al uso de las RPAs en el espacio aéreo emanen de la OACI, así como los planes de acción centrados en la prevención de catástrofes procedan directamente de la ONU, es decir, ambos de una organización internacional,

3 La OACI es una agencia de la Organización de las Naciones Unidas, creada en 1944 por el Convenio sobre Aviación Civil Internacional, cuyo objetivo es el estudio de los problemas en materia de aviación civil y promover normativa aeronáutica de naturaleza mundial.

4 ORGANIZACIÓN DE AVIACIÓN CIVIL INTERNACIONAL.: Circular 328-AN/190, Sistemas de aeronaves no tripuladas (UAS), Montreal, Canadá, 1ª ed., 2011.

5 ORGANIZACIÓN DE AVIACIÓN CIVIL INTERNACIONAL.: Doc. 10019-AN/507, Manual sobre sistemas de aeronaves pilotadas a distancias (RPAS), Montreal, Canadá, 1ª ed., 2015.

6 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015: Aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres, EIRD, Hyogo, Japón, 2005.

7 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030, Japón, 2015.

8 GARRIDO GÓMEZ, M^a. I.: El soft law como fuente del Derecho extranacional, Dykinson, 2018, p. 58.

no son fundamentos suficientes que justifiquen la ausencia de efectos jurídicos frente a terceros por dos motivos. Por un lado, el grado de vinculación que adquirieron los Estados cuando decidieron formar parte de la ONU y ratificaron la Carta de las Naciones Unidas⁹. Así, los artículos 55 y 56 de la citada Carta hacen referencia al compromiso de todos los Estados miembros para adoptar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para promover la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario. Conviene destacar que los Estados, a pesar de reconocer fórmulas atípicas de regulación como el soft law, deben contribuir al fomento y a la adopción de nuevas prácticas centradas en solventar dichos problemas. De forma particular, la prevención del desastre en sí y el uso de los drones como nueva herramienta tecnológica para su empleo en labores de supervisión se configuran como dos problemas conexos, aunque de distinta índole, centrados en la solución de cuestiones sociales y económicas, por tanto, a pesar de que las directrices internacionales en dicha materia se encuadran en el soft law, los Estados no deben obstaculizar su desarrollo, sino favorecer y colaborar en su implantación.

Por otro lado, el nivel de compromiso político y social que los Estados han aceptado con la comunidad internacional en relación con el fomento de nuevas tecnologías en las labores de prevención del desastre. Al encontrarnos con dos problemas de gran relevancia y actualidad cuyas dificultades traspasan las fronteras nacionales y ante la inexistencia de una normativa internacional específica que regularice el empleo de las RPAs en la prevención del desastre, los Estados se ven abocados a cumplir con las directrices aportadas por la ONU como un marco de referencia para sus propios ordenamientos jurídicos, a pesar de tratarse de medidas internacionales que organizan el uso de los drones y los planes de prevención de la catástrofe de forma separada. En este caso no cabe duda de que el soft law sí despliega efectos jurídicos frente a terceros, aunque no de forma imperativa e inmediata, al servir de parámetro interpretativo para los ordenamientos nacionales, incrementándose así el grado de vinculación del Estado miembro con lo dictado por la organización internacional.

En segundo lugar, la ausencia de un régimen jurídico disciplinario ante el incumplimiento por parte de los Estados de los acuerdos emanados de la organización internacional. El soft law, como instrumento de cooperación voluntario entre el Estado y la organización internacional, no establece un marco de infracciones y sanciones. Por tanto, el hecho de que un Estado decida no acoger las directrices internacionales perjudica gravemente a sus ciudadanos privándolos de nuevas políticas públicas que mejoran su bienestar y favorecen su desarrollo, provocando un agravio comparativo con el resto de la comunidad internacional.

En tercer lugar, ante la ausencia de una normativa internacional que regule el uso de los drones en labores de prevención del desastre, los marcos internacionales de actuación en materia de RPAs y, concretamente, en prevención de desastres, se muestran como temas de actualidad que han despertado el interés de la ONU

9 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: Carta de las Naciones Unidas, San Francisco, 26 de junio de 1945.

para fijar, aunque de forma separada, las líneas principales que posibiliten, por un lado, el desarrollo de los drones como nueva tecnología y, por otro, la implantación de medidas armonizadas para prevenir y reducir el riesgo de desastre como responsabilidad de los Estados. En dicho contexto podríamos encontrar un conflicto si las normas adoptadas por los países no se encuentran en consonancia con las directrices internacionales. En este sentido, si los Estados establecen disposiciones normativas más amplias y ajustadas a los mandatos internacionales, en virtud de las necesidades de su territorio, no provocaría problema alguno. Sin embargo, si, por el contrario, establecen condiciones restrictivas o contrarias a lo dictado por la comunidad internacional dispondríamos de dos instrumentos difíciles de coordinar¹⁰.

b) La necesidad de adoptar nuevas medidas para la prevención de catástrofes naturales.

El riesgo de peligro, definido por la Real Academia Española como la “contingencia o proximidad de un daño”, la catástrofe o calamidad pública son conceptos citados explícitamente en el artículo 30.4 de la Constitución española y concretados en distintos textos normativos y jurídicos. A pesar de los numerosos análisis conceptuales aportados por la doctrina¹¹ es necesario subrayar dos cuestiones. En primer lugar, el término riesgo hace referencia a una realidad indeterminada o inespecífica que entraña un peligro. En segundo lugar, el reconocimiento de la existencia de un riesgo próximo al territorio que puede suceder en cualquier momento. Asimismo, compartimos la teoría de AYALA CARCEDO al establecer tres características fundamentales que definen el concepto de riesgo: i) la peligrosidad del fenómeno, ii) la vulnerabilidad de la sociedad expuesta al daño, y iii) la exposición de la población de los bienes materiales frente al peligro¹².

Tras una breve aclaración terminológica, debemos señalar que la frecuencia y la gravedad de las catástrofes naturales que están aconteciendo han obligado a las autoridades internacionales a la aprobación de distintos acuerdos que establezcan marcos de actuación armonizados para todos los Estados.

En primer lugar, el Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015: Aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres se configura como uno de los primeros documentos en determinar las directrices primordiales en materia de prevención y preparación del desastre. A pesar de su adopción, durante el período 2005-2015 las catástrofes naturales volvieron a arrojar cifras devastadoras. Más de

10 En este mismo sentido se pronuncia MAZUELOS BELLIDO, A.: “Soft law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?”, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, núm. 8, 2004, p.5.

11 Para un análisis más concreto del concepto de riesgo, vid., OCHOA MONZÓ, J.: El régimen jurídico de los riesgos mayores. La protección civil (Tesis Doctoral), Universidad de Alicante, 1995, pp. 27-44.

12 Vid, AYALA CARCEDO, F. J.: “El impacto socioeconómico de los desastres naturales en el mundo y España. Y el diseño óptimo de estrategias de mitigación”, en Los riesgos naturales en España (El Decenio Internacional para la reducción de desastres en el contexto español), Cursos de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Valencia, 1992, 733/2, p. 8., en la redacción dada por OCHOA MONZÓ, J.: El régimen jurídico de los riesgos mayores. La protección civil (Tesis Doctoral), op. cit., p. 32.

700.000 personas perdieron la vida, 1,4 millones sufrieron heridas, aproximadamente 23 millones se quedaron sin hogar y 1.500 millones de personas fueron perjudicadas. Además, se ha contabilizado unas pérdidas económicas de 1,3 billones de dólares aproximadamente¹³.

En segundo lugar, la Organización de Naciones Unidas, ante los datos anteriormente expuestos, abogaba por la necesidad de un cambio de paradigma, es decir, la exigencia de comprender mejor el riesgo de desastre, fortalecer las políticas públicas y fomentar la cooperación internacional. Por estos motivos, la ONU adoptó el Marco de Sendai para la reducción del riesgo de desastres 2015-2030 en la tercera Conferencia Mundial de las Naciones Unidas celebrada en Sendai (Japón) el 18 de marzo de 2015, con el objetivo de incrementar nuevas medidas proactivas centrando su atención en la prevención del desastre, en lugar de la gestión de la catástrofe una vez que se ha producido¹⁴.

Aunque en un primer momento estas acciones, dirigidas a labores de planificación, supondrán una gran inversión pública en los planes de mitigación de riesgos, su adopción presenta innumerables ventajas respecto a la gestión propia del desastre, entre las que destacan: i) la posibilidad de evitar y eliminar el riesgo, ii) la adopción de medidas preventivas conforme al desastre, iii) la disminución de pérdidas personales y materiales, iv) la protección de las áreas más vulnerables y v) la mejora en los protocolos de actuación para controlar el desastre una vez que se ha producido.

Siguiendo el Marco de Sendai, la evaluación del riesgo previo a los desastres debe constituirse como una acción obligatoria de los Estados pues tienen la responsabilidad de reducir al máximo el peligro de devastación y abordar, igualmente, los desafíos futuros. La implicación de las autoridades debe verse incrementada para lograr una disminución del número de catástrofes tras una correcta previsión del desastre. Por este motivo, es necesario reforzar las medidas sectoriales adoptadas por los entes locales, mejorando la preparación de programas de prevención de la catástrofe puesto que son los primeros que deben afrontar las consecuencias del desastre¹⁵.

A pesar de los avances que han tenido lugar en la reducción de desastres, las autoridades internacionales han establecido en el Marco de Sendai un objetivo perfectamente definido que se centra en “la reducción sustancial del riesgo de desastres y de las pérdidas ocasionadas por los desastres, tanto en vidas, medios de subsistencia y salud como en bienes económicos, físicos, sociales, culturales y ambientales de las personas, las empresas, las comunidades y los países”¹⁶. Observamos cómo uno de los ejes principales para afrontar las catástrofes naturales y sus efectos lo representan las labores de prevención. Para ello, han determinado

13 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015: Aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres, op. cit., p. 10.

14 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030, op. cit., p. 5.

15 BARCELONA LLOP, J.: La protección civil municipal, Iustel, Madrid, 2007, pp. 26-27.

16 ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030, op. cit., p. 12.

cuáles deben ser los medios para lograr el objetivo previsto. Así,

“prevenir la aparición de nuevos riesgos de desastres y reducir los existentes implementando medidas integradas e inclusivas de índole económica, estructural, jurídica, social, sanitaria, cultural, educativa, ambiental, tecnológica, política e institucional que prevengan y reduzcan el grado de exposición a las amenazas y la vulnerabilidad a los desastres, aumenten la preparación para la respuesta y la recuperación y refuercen de ese modo la resiliencia”¹⁷.

No cabe duda de que el empleo de nuevas tecnologías se ha configurado como una de las medidas más exitosas para la prevención de la catástrofe debido a la rapidez en sus resultados y a la capacidad de evaluar el riesgo de producción del desastre. Así, una de las herramientas tecnológicas con mayor éxito en su empleo lo constituyen las RPAs, cuya utilización en labores de prevención, supervisión, mantenimiento y emergencia se muestra como un instrumento de gran importancia permitiendo una planificación más precisa y efectiva antes de que el suceso se haya desencadenado¹⁸.

3. La implicación de los drones en la prevención de catástrofes naturales.

Los avances tecnológicos contribuyen a mejorar los servicios de prevención de catástrofes, pues las labores de vigilancia y control son de gran importancia para anticiparnos a los efectos del desastre. El uso de los drones es un apuesta segura y contrastada, así el éxito de estos vehículos en las labores de prevención de siniestros se debe, en gran medida, a las ventajas que presentan respecto a la aviación convencional.

En primer lugar, la prevención del desastre, en la gran mayoría de los casos, se desarrolla en terrenos angostos de difícil acceso, donde el personal de rescate además de trabajar en un área compleja, deberá hacerlo en condiciones extremas y durante largos períodos de tiempo. En este sentido, los drones surgieron de la necesidad de abordar actividades “3 D”, es decir, dull (pesadas), dirty (sucias) y dangerous (peligrosas)¹⁹ en contiendas militares. Una vez comprobado el triunfo de esta tecnología bajo estas condiciones, su extensión al ámbito civil ha comenzado a generalizarse y más concretamente en actividades al servicio de las catástrofes naturales.

En segundo lugar, la monitorización de los parámetros ambientales y su control resultan fundamentales ante la adopción de medidas de prevención y su posterior ejecución. Aunque actualmente el análisis y la interpretación de los datos corresponde

17 Ibid.

18 Respecto a la intervención de la RPA como herramienta para la prevención de catástrofes naturales, vid. EENA y DJI.: “The use of Remotely Piloted Aircraft Systems (RPAS) by the emergency services: A report from the joint EENA and DJI Pilot Project”, European Emergency Number Association, Brussels, 2016, pp. 27-28.

19 En relación a las actividades “3 D”, vid., GUERRERO LEBRÓN, M^a J. CUERNO REJADO, C. y MÁRQUEZ LOBILLO, P.: “Aeronaves no tripuladas: estado de la legislación para realizar su integración en el espacio aéreo no segregado”, Revista de derecho de transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal, núm. 12, 2013, p. 71 y OÑATE DE MORA, M.: “Tipología de aeronaves pilotadas por control remoto”, en Los drones y sus aplicaciones a la ingeniería civil, Fenercom, Madrid, 2015, pp. 52-54.

a un personal técnico, su recogida puede ser llevada a cabo a través del dron. Así, estos vehículos pueden estar equipados con cámaras térmicas y/o infrarrojas, antenas emisoras para establecer una red de telecomunicaciones, microchips con múltiples sensores que reportan datos con frecuencia o su intervención como satélite georreferenciando la zona. Todas estas operaciones pueden ser ejecutadas por una RPA debido a las características técnicas que las definen, es decir, la capacidad de rastrear y permanecer en el terreno durante el tiempo necesario ante la ausencia de un piloto a bordo, el menor tamaño de la aeronave respecto a la convencional o la inmediatez en su empleo debido a la inexistencia de una infraestructura aeroportuaria provoca, entre otras, el triunfo de esta tecnología.

Como podemos observar, las características técnicas de las RPAs determinan la capacidad de adaptarse con facilidad y rapidez a distintas funciones, un ejemplo de ello es el empleo de estas aeronaves en el ámbito de los riesgos naturales provocado por un fenómeno geológico, hidrológico o meteorológico, es decir, terremotos, tsunamis o maremotos, erupciones volcánicas, deslizamientos, inundaciones, sequías, tornados o huracanes. El progreso en esta tecnología posibilita un mayor control sobre el medio. La incorporación de sensores receptores de variables meteorológicas como la temperatura, la humedad, la presión atmosférica, el volumen de precipitación, la radiación o la dirección y la velocidad del viento, unido al sistema de posicionamiento global (GPS) permiten geolocalizar la zona, realizar un seguimiento y una posterior comparativa con la información aportada por el dron, cuyo análisis y control posibilita una mejor planificación del riesgo.

Por lo que se refiere a los riesgos producidos por la acción del hombre²⁰ en actividades como la manipulación de productos químicos, nucleares o la producción de incendios forestales la utilización de las RPAs se configura como el instrumento más apropiado para controlar de forma precisa el comportamiento y la incidencia del hombre sobre las mismas. La agilidad, la seguridad y la resistencia del dron, junto con la incorporación de elementos tecnológicos como la cámara termográfica o multiespectral, facilitan la obtención de mediciones del terreno tras el sondeo de la zona precisando las áreas más expuestas y vulnerables al peligro.

A pesar de la enorme relevancia que el uso de los drones genera en las labores prevención del riesgo, la normativa internacional que hace referencia al empleo de estos vehículos en dichas situaciones es inexistente. Esta misma situación la encontramos en los ordenamientos jurídicos nacionales. En España, a pesar de disponer de un marco normativo que sistematiza el uso civil de estos vehículos aéreos tras la aprobación del Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto²¹, debemos subrayar que exclusivamente concreta las circunstancias técnicas y jurídicas que debe cumplir el piloto de la aeronave privada si requieren de su intervención.

20 También denominados riesgos antrópicos, vid., OCHOA MONZÓ, J.: El régimen jurídico de los riesgos mayores. La protección civil (Tesis Doctoral), op. cit., pp. 601-823.

21 Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el Real Decreto 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el Real Decreto 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea.

Sin embargo, la ausencia de requisitos técnicos y jurídicos que delimiten el marco de actuación de las autoridades u organismos públicos responsables en dicho reglamento, así como la inexistencia de un régimen jurídico específico que concrete la intervención de los drones por parte de los servicios de emergencia no permiten la correcta y plena inclusión de estas aeronaves como auténticas herramientas al servicio de las labores de emergencia.

4. Conclusiones.

Las autoridades internacionales y comunitarias, conscientes del aumento de los desastres naturales, persisten en la necesidad de mejorar los planes de actuación de los gobiernos, así como fomentar programas de sensibilización sobre los riesgos con el fin de evitar la catástrofe. El refuerzo de las políticas públicas centradas en el establecimiento de sistemas preventivos eficaces y la cooperación transfronteriza resultan acciones decisivas para desarrollar una verdadera prevención del desastre ajustada a los riesgos que amenazan al territorio en cuestión.

Las RPAs se configuran como unas de las herramientas tecnológicas más eficientes al servicio de las catástrofes naturales puesto que facilitan la información necesaria en tiempo real para planificar los marcos de actuación de una manera más efectiva en la gestión del riesgo. Como consecuencia del continuo uso de esta tecnología por las autoridades públicas competentes en situaciones de emergencia, la regulación jurídica nacional e internacional al respecto se muestra imprescindible por tres motivos: el primero, por la eficacia contrastada de los drones en las labores de planificación del riesgo; el segundo, porque el empleo de estas aeronaves por parte de la autoridad pública se está desarrollando sin un marco legislativo definido; y el tercero, para garantizar los principios constitucionales de legalidad, seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad en su uso por parte de los poderes públicos.

5. Bibliografía.

AYALA CARCEDO, F. J.: “El impacto socioeconómico de los desastres naturales en el mundo y España. Y el diseño óptimo de estrategias de mitigación”, en *Los riesgos naturales en España (El Decenio Internacional para la reducción de desastres en el contexto español)*, Cursos de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Valencia, 1992, 733/2.

BARCELONA LLOP, J.: *La protección civil municipal*, Iustel, Madrid, 2007.

EENA y DJI.: «The use of Remotely Piloted Aircraft Systems (RPAS) by the emergency services: A report from the joint EENA and DJI Pilot Project», European Emergency Number Association, Brussels, 2016.

GARRIDO GÓMEZ, M^a. I.: *El soft law como fuente del Derecho extranacional*,

Dykinson, 2018.

GUERRERO LEBRÓN, M^a J., CUERNO REJADO, C., MÁRQUEZ LOBILLO, P.: «Aeronaves no tripuladas: estado de la legislación para realizar su integración en el espacio aéreo no segregado», *Revista de derecho de transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, núm. 12, 2013, pp. 63-106.

MAZUELOS BELLIDO, A.: “Soft law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 8, 2004, pp. 1-40.

OCHOA MONZÓ, J.: *El régimen jurídico de los riesgos mayores. La protección civil* (Tesis Doctoral), Universidad de Alicante, 1995.

OÑATE DE MORA, M.: “Tipología de aeronaves pilotadas por control remoto”, en *VVAA.: Los drones y sus aplicaciones a la ingeniería civil*, Fenercom, Madrid, 2015, pp. 49-57.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: *Carta de las Naciones Unidas*, San Francisco, 26 de junio de 1945.

- *Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015: Aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres*, EIRD, Hyogo, Japón, 2005.

- *Circular 328-AN/190, Sistemas de aeronaves no tripuladas (UAS)*, Montreal, Canadá, 1^a ed., 2011.

- *Doc. 10019-AN/507, Manual sobre sistemas de aeronaves pilotadas a distancias (RPAS)*, Montreal, Canadá, 1^a ed., 2015.

- *Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030*, Japón, 2015.

SARMIENTO, D.: “La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law”, *Cuadernos de derecho público*, núm. 28, 2006, pp. 221-266.

SARRIÓN ESTEVE, J. y BENLLOCH DOMÈNECH, C.: «Rights and science in the drone era: actual challenges in the civil use of drone technology», *Rights and Science: R & S*, núm. 0, 2017, pp. 117-133.

Recebido em: 18.01.2020
Aprovado em: 29.03.2020

Instituto Superior de
Entre Douro e Vouga
Portugal

Volume 1, Número 1,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt

O imposto sobre robôs: uma solução de falsas vantagens e de verdadeiros problemas

*The tax on robots: a solution of false advantages and real
problems*

Rui Miguel Zeferino Ferreira¹

Sumário: Introdução; 1. O conceito do Imposto sobre os Robôs; 2. As críticas à criação do imposto sobre os robôs: questões concetuais; 3. Das questões de inovação; 4. Das questões da evasão e elisão fiscal; 5. Das questões administrativas, de estruturação e de implementação do imposto sobre os robôs; Conclusão; Referências Bibliográficas.

Resumo: Na atualidade encontramos-nos no centro do “furacão” da revolução tecnológica, onde a cada dia são maiores os desenvolvimentos das tecnologias de automação, da robótica e da inteligência artificial, que estão a modificar muito rapidamente os paradigmas sociais, culturais e económicos. Na tentativa de acautelar aquilo que designam de problema, vem sendo proposta em várias partes do globo a adoção de um imposto sobre os robôs. Isto é, está a avançar-se com a ideia de conferir aos robôs um tratamento similar àquele que é dado às pessoas, que, na maioria das propostas, implica o pagamento, pela empresa que os utiliza, do imposto associado ao rendimento gerado pelos robôs. Os seus defensores alegam que aumentar o custo dos robôs, por via dos impostos, permite equiparar o custo dos robôs aos trabalhadores humanos, o que, por um lado, garante a preservação dos empregos destes últimos e, por outro, gerará receitas adicionais para apoiar os trabalhadores humanos.

Palavras-chave: Imposto sobre robôs; elisão fiscal; tributação de robôs.

Abstract: Today we are at the center of the “hurricane” of the technological revolution, where every day the developments of automation technologies, robotics and artificial intelligence are increasing, which are changing very rapidly the social, cultural and economic paradigms. In an attempt to safeguard what they call a problem, it has been proposed in various parts of the globe the adoption of a tax on robots. That is, the idea of giving robots a treatment similar to that given to people is being given, which, in most proposals, implies the payment, by the company that uses them, of the tax associated with the income generated by the robots. Its advocates argue that increasing the cost of robots through taxes makes it possible to equate the cost of robots with human workers, which, on the one hand, guarantees the preservation of the latter’s jobs and, on the other hand, will generate additional revenue to support human workers.

Keywords: Tax on robots; tax avoidance; taxation of robots.

¹ Professor-Adjunto do ISVOUGA – Instituto Superior de Entre Douro e Vouga. Doutorando em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela (Espanha). Mestre em Direito, na menção de jurídico-Económica, pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Advogado. Juiz-Arbitro do CAAD. r.ferreira@doc.isvouga.pt.

Introdução

Na atualidade encontramos-nos do centro do “furacão” da revolução tecnológica², onde a cada dia são maiores os desenvolvimentos das tecnologias de automação, da robótica e da inteligência artificial, que estão a modificar muito rapidamente os paradigmas sociais, culturais e económicos³. Nos últimos anos, devido a essa nova vaga tecnológica, já é uma realidade a existência de robôs⁴ associados a trabalhos jurídicos ou à condução de veículos de forma autónoma, bem como muitas outras tarefas cognitivas, que anteriormente eram realizadas unicamente por seres humanos⁵. Estamos apenas no início da mudança de paradigma⁶, que não tem apenas associado problemas, que não os devemos ver como tais, mas antes como desafios, uma vez que se associam inúmeros benefícios para a sociedade em geral.

A doutrina tem focado a sua análise no problema do desemprego e na redução das receitas fiscais. Porém, o presente artigo centra a sua atenção na tributação dos robôs, inserida na preocupação que alguns autores têm face ao crescimento dos lucros, promovido pela utilização dos robôs, mas que beneficiará um número muito reduzido de empresas. No seu entendimento esta circunstância intensificará as desigualdades na distribuição do rendimento e da riqueza.

Na tentativa de acautelar aquilo que designam de problema, vem sendo proposta em várias partes do globo a adoção de um imposto sobre os robôs. Isto é, está a avançar-se com a ideia de conferir aos robôs um tratamento similar àquele que é dado às pessoas, que, na maioria das propostas, implica o pagamento, pela empresa que os utiliza, do imposto associado ao rendimento gerado pelos robôs. Os seus defensores alegam que aumentar o custo dos robôs, por via dos impostos, permite equiparar o custo dos robôs aos trabalhadores humanos, o que, por um lado, garante a preservação dos empregos destes últimos e, por outro, gerará receitas adicionais para apoiar os trabalhadores humanos.

2 Este novo período histórico tem sido referido como “A Revolução do Robô”, “A Revolução da Automação”, “A Era Tecnológica”, “A Quarta Revolução Industrial”, “A Segunda Era da Máquina” e “A Revolução Digital”, entre outros nomes. Neste sentido, veja-se: SCHWAB, Klaus. *The Fourth Industrial Revolution*. New York: Crown Business, 2017.

3 Neste sentido, veja-se: FORD, Martin. *Rise of the Robots: Technology and the Threat of a Jobless Future*. New York: Basic Books, 2015, pp. 1-27.

4 Neste sentido, veja-se: BRYNJOLFSSON, Erik; MCAFEE, Andrew. *The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies*. New York, London: W. W. Norton & Company, 2014, pp. 27-37. Embora não exista atualmente uma definição uniforme de “robô”, a maioria das definições trata-o como possuindo as capacidades-chave de funcionar como uma máquina com autonomia e capacidade de aprender, progredir e tomar decisões. Sobre o tema veja-se ainda: OBERSON, Xavier. “Taxing Robots? From the Emergence of an Electronic Ability to Pay to a Tax on Robots or the Use of Robots”, in *World Tax Journal*, IBFD, maio de 2017, pp. 247, 250. Consultado em: https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/wtj_2017_02_int_3_SeptNewsletter.pdf. Último acesso em 08/08/2019. Este artigo usa o termo “robô” para se referir há mais recente onda de tecnologia, que depende da inteligência artificial, do big data, da aprendizagem de uma máquina, ou de algoritmos para automatizar as tarefas cognitivas de alto nível intelectual, anteriormente realizadas apenas por seres humanos.

5 Neste sentido, veja-se: FREY, Carl Benedikt; OSBORNE, Michael A. “The Future of Employment: How Susceptible are Jobs to Computerisation?”, 17 de setembro de 2013. Consultado em: https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf. Último acesso em 08/08/2019.

6 Neste sentido, veja-se: BRYNJOLFSSON, Erik; MCAFEE, Andrew. *The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies*. New York, London: W. W. Norton & Company, 2014, pp. 26-27; CALO, Ryan. “Robotics and the Lessons of Cyberlaw”, in *California Law Review*, vol. 103, 3, 2015, pp. 513-564. Consultado em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4284&context=californialawreview>. Último acesso em 08/08/2019.

1. O conceito do Imposto sobre os Robôs

O imposto sobre os robôs, assim designado no presente texto introdutório do debate aberto, que também é apelidado por outros autores por “imposto de automação”, consiste na realidade não num imposto direto sobre os robôs dotados de inteligência artificial, mas um imposto sobre as empresas que recorrem massivamente à utilização de robôs ou de tecnologias automatizadas para substituição de trabalhadores humanos⁷.

Na atualidade, e até à presente datada, o trabalho executado por trabalhadores humanos está sujeito a impostos sobre o rendimento, calculados sobre um salário mensal, enquanto esse mesmo trabalho, quando realizado por um robô não está sujeito ao mesmo nível de impostos. Ora, é neste contexto que foi idealizado o imposto sobre os robôs, enquanto tentativa de nivelamento das condições de concorrência fiscal entre os robôs e os trabalhadores humanos, que se vêm substituídos pelos primeiros, entre outras causas, devido às vantagens fiscais associadas⁸.

De acordo com os seus proponentes a ideia principal passa por proteger os empregos contra a automação, por via do aumento do custo dos robôs em relação aos trabalhadores humanos. O objetivo passa assim por retardar a adoção de determinadas soluções tecnológicas. Igualmente, apresenta um segundo objetivo, de tentar proteger a base tributária e fornecer novas receitas tributárias aos governos, para que estas sejam utilizadas no apoio social e de reciclagem formativa dos trabalhadores humanos, bem como para promover a criação de novos empregos e fornecer outros benefícios sociais com o escopo de diminuir as desigualdades económicas e sociais⁹.

A primeira proposta séria para tributar os robôs teve origem na União Europeia¹⁰, no âmbito do qual os legisladores europeus recomendaram o tratamento dos robôs como “pessoas eletrónicas” para fins de tributação do rendimento e de pagamento de contribuições para a segurança social¹¹. Segundo essa proposta, o rendimento económico gerado pelos robôs, em favor das empresas, passaria a estar sujeito a um

7 Neste sentido, veja-se: DELVAUX, Mady (relatora). Committee on Legal Affairs. Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, 4, 2015/2103 (INL), 27 de Janeiro de 2017. Consultado em: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.pdf. Último acesso em 08/08/2019; WALKER, James. “San Francisco Could Start Taxing Robots to Save Jobs”, in Digital Journal. 25 de Agosto de 2017. Consultado em: <http://www.digitaljournal.com/tech-and-science/technology/san-francisco-could-start-taxing-robots-to-save-jobs/article/500931>. Último acesso em 08/08/2019.

8 Neste sentido, veja-se: DELANEY, Kevin J. “The Robot that Takes Your Job Should Pay Taxes, Says Bill Gates”, in Quartz. 17 de fevereiro de 2017. Consultado em: <https://qz.com/911968/bill-gates-the-robot-that-takes-your-job-should-paytaxes/>. Último acesso em 08/08/2019.

9 Neste sentido, veja-se: DELVAUX, Mady (relatora). Committee on Legal Affairs. Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, 4, 2015/2103 (INL), 27 de Janeiro de 2017. Consultado em: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.pdf. Último acesso em 08/08/2019.

10 Ibidem. Sobre o tema veja-se ainda: SHILLER, Robert J. “Robotization Without Taxation?”, in Project Syndicate. 22 de março de 2017. Consultado em: <https://www.project-syndicate.org/commentary/temporary-robot-tax-finances-adjustment-by-robertj--shiller-2017-03>. Último acesso em 08/08/2019

11 Neste sentido, veja-se: DELVAUX, Mady (relatora). Committee on Legal Affairs. Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, 4, 2015/2103 (INL), 27 de Janeiro de 2017. Consultado em: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.pdf. Último acesso em 08/08/2019.

imposto semelhante ao atual imposto sobre o rendimento do trabalho¹². Como na presente fase evolutiva os robôs ainda não pagam impostos, a empresa que os utiliza seria responsável pelo pagamento desse imposto¹³. Esta proposta foi rejeitada pelo Parlamento Europeu em 16 de fevereiro de 2017, mas acabou por merecer o apoio de Bill Gates, que defendeu uma solução similar para os Estados Unidos da América¹⁴.

Também, determinada linha política norte-americana, preocupada com a crescente desigualdade de rendimentos e de riqueza, provocada pela automação, propôs por exemplo na cidade de São Francisco a adoção de uma taxa de automação para substituir os impostos perdidos com a criação de emprego automatizado. Isto é, enquanto medida de combate à erosão fiscal¹⁵. De acordo com a proposta, as empresas pagariam impostos sobre a folha de pagamento de máquinas com base na folha de pagamentos (salários) que a automação substituiu.

Por seu lado, a Coreia do Sul introduziu o primeiro imposto denominado “imposto sobre robôs”, que não se trata verdadeiramente de um imposto incidente sobre os robôs, mas antes de uma redução dos incentivos fiscais para investimentos em tecnologia de automação¹⁶. Por isso, do ponto de vista técnico não se trata propriamente de um imposto sobre robôs, embora procure alcançar objetivos semelhantes ao dito imposto.

Estas primeiras chamadas para o tema do imposto sobre robôs correspondem ao início de uma discussão que tenderá a aprofundar-se nos próximos anos, à medida que a revolução da automação e da inteligência artificial acelera e o seu impacto passa a ser sentido em toda a sociedade. Inclusivamente, é possível que este fenómeno conduza a uma maior pressão para a criação do imposto sobre os robôs¹⁷.

2. As críticas à criação do imposto sobre os robôs: questões conceituais

A criação do imposto sobre robôs, tal como se encontra atualmente concebida, dá origem a implicações políticas negativas. A ideia de que é possível tributar os

12 Ibidem.

13 Ibidem. Sobre o tema veja-se ainda: PAUL-CHOUDHURY, Sumit. “A Robot Tax Is Only the Beginning”, in *New Scientist*, n.º 3115, 2017, pp. 25 e ss.

14 Neste sentido, veja-se: ABBOTT, Ryan Benjamin; BOGENSCHNEIDER, Bret. “Should Robots Pay Taxes? Tax Policy in the Age of Automation”, in *Harvard Law & Policy Review*. 13 de março de 2017. Vol. 12, 2018. Consultado em: <https://ssrn.com/abstract=2932483>. Último acesso em 09/08/2019.

15 WALKER, James. “San Francisco Could Start Taxing Robots to Save Jobs”, in *Digital Journal*. 25 de Agosto de 2017. Consultado em: <http://www.digitaljournal.com/tech-and-science/technology/san-francisco-could-start-taxing-robots-to-save-jobs/article/500931>. Último acesso em 08/08/2019.

16 Neste sentido, veja-se: MCGOOGAN, Cara. “South Korea Introduces World’s First Robot Tax”, in *Telegraph*. 9 de Agosto de 2017. Consultado em: <http://www.telegraph.co.uk/technology/2017/08/09/south-korea-introducesworlds-first-robot-tax/>. Último acesso em 09/08/2019.

17 Neste sentido, veja-se: VIGLIAROLO, Brandon. “South Korea ‘robot tax’ is no tax at all; it’s a warning of looming automation crisis”, in *Techrepublic*. 11 de Agosto de 2017. Consultado em: <https://www.techrepublic.com/article/south-korea-robot-tax-is-no-tax-at-all-its-a-warning-of-looming-automation-crisis/>. Último acesso em 09/08/2019. O político britânico Jeremy Corbyn expressou a necessidade de abordar os desafios da automação, sugerindo a introdução de um imposto sobre robôs no Reino Unido. Vejam-se ainda sobre o tema: BECKETT, Adam. “Jeremy Corbyn ‘s Labour Conference Speech in Full”, in *Business Insider*. 27 de setembro de 2017. Consultado em: <http://www.businessinsider.com/full-text-of-jeremy-corbyns-labourconference-speech-2017-9>. Último acesso em 09/08/2019; PAUL, Kari. “Why Robots Should Pay Taxes”, in *Marketwatch*. 28 de setembro de 2017. Consultado em: <https://www.marketwatch.com/story/why-robots-should-pay-taxes-2017-09-12/print>. Último acesso em 09/08/2019.

robôs como tributamos os trabalhadores humanos incorre numa enorme e excessiva simplificação¹⁸, como se verá no presente ponto e nos três seguintes, onde se enunciam os maiores problemas que a criação de um imposto sobre os robôs implica.

Uma das principais questões levantadas pela criação de um imposto sobre robôs ou de automação é saber como devemos definir o que seja o “robô” para estes propósitos, isto é, em saber que conceito de robô deveremos assumir para efeitos fiscais. A questão é mais complexa do que aquilo que os proponentes desse imposto fazem parecer na sua sustentação teórica. Pois, será um robô um tipo de máquina que substitui o trabalho humano por automação? O conceito inclui ou não os bots-robôs programados para realizar tarefas online? O conceito exige ou não qualidades físicas ou pode incluir software intangível ou algoritmos que permitam que um computador funcione por exemplo como um médico ou advogado?

Neste âmbito, a proposta de imposto sobre os robôs da União Europeia definiu um robô como tendo como características a aquisição de autonomia através de sensores e/ou troca de dados com o seu ambiente e a negociação e análise desses mesmos dados; a autoaprendizagem através da experiência e da interação; a existência de um suporte físico; e a adaptabilidade dos seus comportamentos e ações ao seu ambiente¹⁹. Porém, coloca-se o problema de saber se será este o conceito de robô mais adequado para efeitos fiscais, uma vez que a referida definição exclui muitos tipos de automação, ao mesmo tempo que inclui muitas formas de tecnologias de aperfeiçoamento da mão-de-obra, o que acaba por limitar e prejudicar os objetivos do imposto sobre os robôs²⁰.

Consequentemente, qualquer conceito que venha a ser adotado necessita de ser claro, preciso, praticável e justificável, o que não é vislumbrável nas definições à presente data propostas. Em face das propostas conhecidas, não parece possível alcançar tais objetivos, especialmente porque a tecnologia, os empregos e os modelos de negócios continuam a evoluir muito mais rapidamente²¹ do que a ciência jurídica, nomeadamente, do que a ciência jurídico-tributária.

Por outro lado, independentemente da questão da definição de “robô”, outro problema se coloca, que consiste em saber se não estaremos a tributar um tipo específico de ativo de capital, enquanto outros tipos de ativos de capital não o estarão a ser²². Ora, um imposto sobre os robôs consiste essencialmente num imposto sobre o capital afeto a uma atividade empresarial que utiliza os robôs. Assim, temos

18 Neste sentido, veja-se: ROSENBLATT, Gideon. “The Robot Tax Fallacy: Anthropomorphizing Automation”, in Vital Edge. 5 de junho de 2017. Consultado em: <http://www.the-vital-edge.com/robot-tax/>. Último acesso em 09/08/2019.

19 Neste sentido, veja-se: DELVAUX, Mady (relatora). Committee on Legal Affairs. Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, 4, 2015/2103 (INL), 27 de Janeiro de 2017. Consultado em: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.pdf. Último acesso em 08/08/2019.

20 Neste sentido, veja-se: HOKE, William. “Taxing Automatons”, in Tax Notes Int’L, 2017, p. 14. As características dos robôs estão em um espectro contínuo, o que leva a dificuldades em determinar que atuação, forma física e autonomia são necessárias para se considerar a existência de robôs, o que pode conduzir a que os mesmos sejam projetados para irem pouco além da linha de montagem, dando origem a factos complexos e a litígios em determinadas situações.

21 Neste sentido, veja-se: COUSINS, Steve. “Is a “Robot Tax” Really an “Innovation Penalty”?”, in Tech Crunch. 22 de abril de 2017. Consultado em: <https://techcrunch.com/2017/04/22/save-the-robots-from-taxes/>. Último acesso em 09/08/2019.

22 Ibidem.

de questionar se tal opção é correta, ao individualizar-se os robôs para efeitos desse imposto, enquanto que outros bens de capital estarão a receber uma preferência fiscal. Se o escopo do imposto sobre os robôs é aumentar as receitas fiscais para que os governos possam minimizar os efeitos da utilização dos robôs e da automação sobre o mercado de trabalho, então tal imposto deveria englobar toda a tecnologia que aumenta a automação e a produtividade à custa dos trabalhadores humanos. Além disso, se os robôs permitem aumentar a produtividade, quando comparados com outros investimentos de capital, não parece ser adequado desencorajá-los. Por último, não é adequado isolar os robôs para efeitos de tributação, fundada na erosão da base tributária à medida que aumenta a automação, uma vez que não permite resolver o problema de base. É, pelo contrário, necessário reequacionar a tributação dos rendimentos de capital, o que teria a virtualidade de tratar de forma mais eficaz os problemas do mercado de trabalho, a desigualdade económica e os déficits orçamentais dos países, os quais são exponenciados pela revolução tecnológica.

3. Das questões de inovação

Além das questões concetuais acima levantadas, o imposto sobre os robôs é também suscetível de dificultar a inovação²³. A consagração deste imposto aumentaria o custo dos robôs, reduzindo, deste modo, o incentivo à inovação por parte das empresas, o que representaria um retrocesso para o desenvolvimento tecnológico e para o aumento da produtividade²⁴. A nova tecnologia é muitas vezes um dos principais impulsionadores do crescimento e do desenvolvimento económico²⁵, no âmbito do qual a robótica, a automação e a inteligência artificial assumem um papel fundamental para o aumento drástico da produtividade e melhoria da qualidade dos bens produzido e dos serviços prestados²⁶. Neste contexto, são já conhecidos inúmeros benefícios nas mais variadas áreas da sociedade, como sejam, a saúde, os transportes, o meio ambiente, a justiça criminal e a inclusão económica. Portanto, se são reconhecidos os enormes benefícios trazidos pela automação para a sociedade global, impedir o desenvolvimento da inteligência artificial e das tecnologias relacionadas com a robotização e automação trará um efeito de benefício meramente sectorial, mas perverso, que prejudicará, em vez de melhorar, o bem-

23 Neste sentido, veja-se: AHMED, Sami. “Cryptocurrency & Robots: How to Tax and Pay Tax on Them”, in *South Carolina Law Review*, 69. 6 de dezembro de 2017. Consultado em: <https://ssrn.com/abstract=3083658>. Último acesso em 09/08/2009.

24 Neste sentido, veja-se: COUSINS, Steve. “Is a “Robot Tax” Really an “Innovation Penalty”?”, in *Tech Crunch*. 22 de abril de 2017. Consultado em: <https://techcrunch.com/2017/04/22/save-the-robots-from-taxes/>. Último acesso em 09/08/2019.

25 Neste sentido, vejam-se: ABBOTT, Ryan Benjamin; BOGENSCHNEIDER, Bret. “Should Robots Pay Taxes? Tax Policy in the Age of Automation”, in *Harvard Law & Policy Review*. 13 de março de 2017. Vol. 12, 2018. Consultado em: <https://ssrn.com/abstract=2932483>. Último acesso em 09/08/2019; BRYNJOLFSSON, Erik; MCAFEE, Andrew. *Race Against the Machine: How the Digital Revolution is Accelerating Innovation, Driving Productivity, and Irreversibly Transforming Employment and the Economy*. [s. l.]: [s. e.], 2011.

26 Neste sentido, vejam-se: COUSINS, Steve. “Is a “Robot Tax” Really an “Innovation Penalty”?”, in *Tech Crunch*. 22 de abril de 2017. Consultado em: <https://techcrunch.com/2017/04/22/save-the-robots-from-taxes/>. Último acesso em 09/08/2019; DELVAUX, Mady (relatora). *Committee on Legal Affairs. Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics*, 4, 2015/2103 (INL), 27 de Janeiro de 2017. Consultado em: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.pdf. Último acesso em 08/08/2019.

estar social geral.

Acresce que tributar os robôs tem associado um efeito negativo sobre a posição competitiva internacional dos países que a adotarem, o que conduziria à deslocalização empresarial para países mais “amigos” da revolução tecnológica da robotização e da inteligência artificial. A consequência deste fenómeno seria paradoxalmente o agravamento da situação de perda de empregos, o aumento ainda maior da desigualdade económica e social dos trabalhadores e dos cidadãos em geral, bem como o agravamento da perda de receita fiscal²⁷. Ainda que não se negue a existência de implicações negativas associadas à automação, é essencial fazê-lo de uma forma que não impeça a inovação, mas que aproveite os benefícios da automação.

4. Das questões da evasão e elisão fiscal

A criação de um imposto sobre os robôs pode, por outro lado, ser um foco de estratégias de evasão fiscal, o que limitaria a eficácia dos objetivos subjacentes à sua conceção teórica. Isto sucederá em grande medida porque os robôs são bens móveis e facilmente deslocalizáveis. Na realidade, a automação de tarefas é frequentemente criada por software, sem a necessidade de existir uma estrutura física, o que possibilita que muitos desses sistemas sejam instalados na “nuvem” ou na internet, e sejam de acesso remoto²⁸.

Consequentemente, em muitos casos essa circunstância torna possível mover o robô para uma jurisdição de reduzida ou inexistente tributação²⁹. Acresce que, como um imposto sobre os robôs cria em geral um imposto na fonte, atendendo à localização do robô, na ausência de uma reforma tributária substancial a nível internacional, fruto do planeamento fiscal lícito será possível mitigar, senão mesmo eliminar totalmente, o imposto sobre os robôs³⁰. Aliás, mesmo nos casos em que as empresas não conseguem realocar os robôs, a adoção de um imposto sobre os robôs pode implicar a mudança da própria empresa para outras jurisdições, que do ponto de vista fiscal não imponham a referida tributação. Por último, como este tipo de imposto é essencialmente um imposto sobre os lucros de um tipo específico de empresas, conduziria a um incentivo à adoção dos métodos mais agressivos de planeamento fiscal.

27 Neste sentido, veja-se: HOKE, William. “Taxing Automatons”, in *Tax Notes Int’L*, 2017, p. 15.

28 Neste sentido, veja-se: AHMED, Sami. “Cryptocurrency & Robots: How to Tax and Pay Tax on Them”, in *South Carolina Law Review*, 69. 6 de dezembro de 2017. Consultado em: <https://ssrn.com/abstract=3083658>. Último acesso em 09/08/2009. No entanto, isso nem sempre ocorre, uma vez que alguns “robôs” exigem uma estrutura física, como são exemplificativos da situação os carros sem motorista. Além disso, a extensão desse problema depende significativamente de como os robôs são definidos para fins do imposto.

29 Neste sentido, veja-se: MAZUR, Orly. “Taxing the Cloud”, in *California Law Review*, volume 103, 1, 2015, pp. 60-63. Consultado em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://search.yahoo.com/&httpsredir=1&article=4273&context=californialawreview>. Último acesso em 09/08/2019.

30 AHMED, Sami. “Cryptocurrency & Robots: How to Tax and Pay Tax on Them”, in *South Carolina Law Review*, 69. 6 de dezembro de 2017, p. 730. Consultado em: <https://ssrn.com/abstract=3083658>. Último acesso em 09/08/2009. A lei atualmente não esclarece o local onde o robô gera valor económico, isto é, se será na localização do hardware, dos algoritmos do software ou em outro lugar. Esses componentes podem estar localizados em jurisdições diferentes, pelo que essa determinação é importante, porque afeta o local onde o rendimento poderá ser tributado.

Este imposto tem ainda o efeito de trazer maior complexidade do que aquela que já existe nos sistemas tributários dos países ocidentais³¹, quando o que hoje se torna necessário é um ciclo inverso de simplificação dos sistemas tributários, como forma de eliminar ou mitigar os incentivos tanto à evasão fiscal como à elisão fiscal. Pois, com uma complexidade adicional cresce o risco de incumprimento fiscal, tendo em consideração que as empresas podem não perceber sobre o quanto que estão obrigadas a pagar de imposto, bem como aumentam os problemas de execução administrativa, fruto da dificuldade das autoridades competentes verificarem com exatidão o declarado pelas empresas obrigadas ao imposto sobre os robôs.

5. Das questões administrativas, de estruturação e de implementação do imposto sobre os robôs

Por fim, para além dos legítimos problemas e preocupações acima elencadas, projetar, implementar e administrar um tal imposto tornar-se-ia um desafio que dificilmente poderia ser ultrapassado com eficácia. Essas dificuldades ocorrem porque os robôs na verdade, e no estágio atual de desenvolvimento tecnológico, não obtêm um rendimento, nem pagam impostos³². Isto levanta o problema de saber qual a base tributária para o imposto sobre os robôs e qual seria a forma como o mesmo seria apurado e calculado.

Os proponentes deste imposto, sob várias concepções têm sugerido distintas formas de implementá-lo³³, delas sendo exemplo, a proposta que os governos poderiam tributar o aumento dos lucros gerados por um robô que substitui o trabalho de um trabalhador humano, submetendo o salário ficcionado (hipotético), imputado aos robôs, como sendo aquilo que deveriam receber pelo trabalho equivalente ao que seria desenvolvido por trabalhadores humanos, ao mesmo tipo de rendimento e impostos sobre os salários que o rendimento do trabalho dos humanos está sujeito. Assim, corresponderia a atribuição de personalidade jurídica tributária, semelhante à que é conferida às entidades coletivas, como sejam as sociedades comerciais³⁴. Contudo, seriam estas últimas ou o proprietário dos robôs a ficar diretamente responsáveis pelo pagamento do imposto.

Esta abordagem para além de ser verdadeiramente ficcionada, é do ponto de vista da sua execução impraticável, por implicar cálculos face ao número de pessoas que trabalham com um robô. Esta dificuldade aumenta quando, na prática, os

31 Neste sentido, veja-se: ABBOTT, Ryan Benjamin; BOGENSCHNEIDER, Bret. “Should Robots Pay Taxes? Tax Policy in the Age of Automation”, in *Harvard Law & Policy Review*. 13 de março de 2017. Vol. 12, 2018. Consultado em: <https://ssrn.com/abstract=2932483>. Último acesso em 09/08/2019.

32 Neste sentido, vejam-se: PAUL-CHOUDHURY, Sumit. “A Robot Tax Is Only the Beginning”, in *New Scientist*, n.º 3115, 2017, pp. 25 e ss.; ROSENBLATT, Gideon. “The Robot Tax Fallacy: Anthropomorphizing Automation”, in *Vital Edge*. 5 de junho de 2017. Consultado em: <http://www.the-vital-edge.com/robot-tax/>. Último acesso em 09/08/2019.

33 Neste sentido, veja-se: VAROUFAKIS, Yanis. “A Tax on Robots?”, in *Project Syndicate*. 27 de fevereiro de 2017. Consultado em: <https://www.project-syndicate.org/commentary/bill-gates-tax-on-robots-by-yanis-varoufakis-2017-02>. Último acesso em 09/08/2019.

34 Neste sentido, vejam-se: HOKE, William. “Taxing Automatons”, in *Tax Notes Int’L*, 2017, p. 14; LUTERBACHER, Celia. “Should Robots Be Taxed for Stealing Jobs?”, in *Swiss Info*. 7 de março de 2017. Consultado em: <https://www.swissinfo.ch/eng/business/automated-workforcetax-robots-for-stealing-jobs/42976564>. Último acesso em 09/08/2019.

robôs assumem muitas vezes um trabalho inteiro, o que inviabiliza a possibilidade de se encontrar um vínculo entre o robô e o trabalhador humano deslocado³⁵. Na realidade, por vezes a automação desloca alguns trabalhadores humanos, mas cria a necessidade e a procura de novos trabalhadores, para cumprir um trabalho diferente. Acresce ainda que muitas vezes os robôs realizam tarefas ou executam trabalhos completamente novos, que um trabalhador humano nunca executou anteriormente³⁶. Igualmente, muitas vezes o robô não substitui o trabalhador humano, mas complementa o seu trabalho, para evitar a deslocação do trabalhador humano, o que encerra uma dificuldade suplementar na diferenciação de robôs que melhoram o trabalho daqueles que substituem o trabalho humano.

Por força destas questões, torna-se quase impossível demonstrar a existência de uma correlação direta entre a implementação da tecnologia de automação e a perda líquida de empregos³⁷. Acresce que, mesmo que fosse possível estabelecer essa correlação, aplicar na prática o imposto, implicaria determinar o salário ficcionado (hipotético) do robô³⁸, o que criaria também um conjunto próprio de questões complexas.

Ainda assim, as questões mais complexas e problemáticas estão vertidas na imposição da tributação do robô sobre a quantidade de rendimento gerado pela sua utilização. Por isso, cabe questionar como seriam apurados os lucros ou o valor criado pelos robôs, ou ainda pelo programa de automação, quando os trabalhadores humanos trabalham geralmente em conjunto para concluir um trabalho, pelo que, no seu caso, o valor produzido resulta desse trabalho conjunto e não individualizado³⁹. Portanto, alocar o rendimento entre os diferentes componentes do trabalho e do robô criaria

35 Neste sentido, veja-se: ROSENBLATT, Gideon. “The Robot Tax Fallacy: Anthropomorphizing Automation”, in Vital Edge. 5 de junho de 2017. Consultado em: <http://www.the-vital-edge.com/robot-tax/>. Último acesso em 09/08/2019.

36 Neste sentido, vejam-se: COUSINS, Steve. “Is a “Robot Tax” Really an “Innovation Penalty”?”, in Tech Crunch. 22 de abril de 2017. Consultado em: <https://techcrunch.com/2017/04/22/save-the-robots-from-taxes/>. Último acesso em 09/08/2019; VAROUFAKIS, Yanis. “A Tax on Robots?”, in Project Syndicate. 27 de fevereiro de 2017. Consultado em: <https://www.project-syndicate.org/commentary/bill-gates-tax-on-robots-by-yanis-varoufakis-2017-02>. Último acesso em 09/08/2019.

37 Neste sentido, veja-se: COUSINS, Steve. “Is a “Robot Tax” Really an “Innovation Penalty”?”, in Tech Crunch. 22 de abril de 2017. Consultado em: <https://techcrunch.com/2017/04/22/save-the-robots-from-taxes/>. Último acesso em 09/08/2019.

38 Neste sentido, veja-se: VAROUFAKIS, Yanis. “A Tax on Robots?”, in Project Syndicate. 27 de fevereiro de 2017. Consultado em: <https://www.project-syndicate.org/commentary/bill-gates-tax-on-robots-by-yanis-varoufakis-2017-02>. Último acesso em 09/08/2019. Por exemplo, o salário hipotético do robô poderia ser baseado nos últimos valores salariais anuais dos funcionários deslocados. Porém, daqui resultam problemas, tais como saber o método que seria utilizado no ajustamento do valor ao longo do tempo; qual o salário que seria imputado ao robô, quando o mesmo executa um novo trabalho ou quando cria novos empregos para trabalhadores humanos. Alternativamente, a base tributária poderia ser calculada com base na proporção entre lucros ou receitas empresariais e as despesas salariais brutas dos empregados da empresa. Esse tipo de imposto também é problemático porque penaliza a produtividade do trabalho e pode estar sujeito a manipulação. Vejam-se também sobre este tema: COUSINS, Steve. “Is a “Robot Tax” Really an “Innovation Penalty”?”, in Tech Crunch. 22 de abril de 2017. Consultado em: <https://techcrunch.com/2017/04/22/save-the-robots-from-taxes/>. Último acesso em 09/08/2019; ABBOTT, Ryan Benjamin; BOGENSCHNEIDER, Bret. “Should Robots Pay Taxes? Tax Policy in the Age of Automation”, in Harvard Law & Policy Review. 13 de março de 2017. Vol. 12, 2018. Consultado em: <https://ssrn.com/abstract=2932483>. Último acesso em 09/08/2019.

39 Neste sentido, vejam-se: COUSINS, Steve. “Is a “Robot Tax” Really an “Innovation Penalty”?”, in Tech Crunch. 22 de abril de 2017. Consultado em: <https://techcrunch.com/2017/04/22/save-the-robots-from-taxes/>. Último acesso em 09/08/2019; ROSENBLATT, Gideon. “The Robot Tax Fallacy: Anthropomorphizing Automation”, in Vital Edge. 5 de junho de 2017. Consultado em: <http://www.the-vital-edge.com/robot-tax/>. Último acesso em 09/08/2019.

problemas significativos de conformidade. De modo similar, o produto é afetado por vários ativos de capital, os quais nem todos serão robôs, que funcionam em conjunto para contribuir para a produção em causa, não existindo, conseqüentemente, um método claro e preciso para atribuir parte dos lucros aos componentes dos robôs⁴⁰.

Outra proposta defende a possibilidade de os governos recorrerem à utilização da proporção entre as receitas face ao número de empregados, para calcular a base tributária utilizada no imposto sobre os robôs⁴¹. Segundo esta proposta, à medida que a proporção de vendas para a força de trabalho aumenta, o mesmo ocorrerá com o imposto⁴². Contudo, como a produtividade é medida como a proporção entre a produção económica e a mão-de-obra, essa abordagem penaliza a produtividade, necessária ao crescimento do produto interno bruto de cada país⁴³.

Além disso, o imposto sobre os robôs não engloba apenas estes, mas igualmente qualquer tipo de inovação que promova o aumento da produtividade, pelo que estão também abrangidas as tecnologias que não promovam o deslocamento de trabalhadores, o que parece contrário e com efeitos paradoxais aos desejados pelo imposto.

Em geral, essas propostas implicam elementos carregados de uma substancial arbitrariedade e de uma enorme complexidade quanto à sua implementação, com o inerente aumento dos custos de cumprimento e de fiscalização das empresas e das autoridades fiscais⁴⁴. Ademais, fruto das dificuldades de implementação, das dificuldades de estruturação do imposto, das implicações negativas para a inovação e para o crescimento económico, e dos problemas de fiscalização do seu adequado cumprimento, um imposto sobre os robôs não corresponde a uma forma adequada, simples e eficaz de enfrentar a ameaça de desemprego em massa, de combater as

40 Neste sentido, veja-se: ROSENBLATT, Gideon. “The Robot Tax Fallacy: Anthropomorphizing Automation”, in Vital Edge. 5 de junho de 2017. Consultado em: <http://www.the-vital-edge.com/robot-tax/>. Último acesso em 09/08/2019.

41 Neste sentido, veja-se: OBERSON, Xavier. “Taxing Robots? From the Emergence of an Electronic Ability to Pay to a Tax on Robots or the Use of Robots”, in World Tax Journal, IBFD, maio, 2017, pp. 247, 250, 2017. Consultado em: https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/wtj_2017_02_int_3_SeptNewsletter.pdf. Último acesso em 08/08/2019.

42 Ibidem.

43 Neste sentido, veja-se: UNITED STATES DEPARTMENT OF LABOR. “Labor Productivity and Costs: Frequently Asked Questions”, in Bureau of Labor Statistics. Consultado em: <https://www.bls.gov/lpc/faqs.htm>. Último acesso em 09/08/2019.

44 Neste sentido, veja-se: VAROUFAKIS, Yanis. “A Tax on Robots?”, in Project Syndicate. 27 de fevereiro de 2017. Consultado em: <https://www.project-syndicate.org/commentary/bill-gates-tax-on-robots-by-yanis-varoufakis-2017-02>. Último acesso em 09/08/2019. Outras abordagens têm também sido tentadas, mas são ainda mais problemáticas do que aquelas aqui abordadas. Vejam-se ainda: ABBOTT, Ryan Benjamin; BOGENSCHNEIDER, Bret. “Should Robots Pay Taxes? Tax Policy in the Age of Automation”, in Harvard Law & Policy Review. 13 de março de 2017. Vol. 12, 2018. Consultado em: <https://ssrn.com/abstract=2932483>. Último acesso em 09/08/2019; OBERSON, Xavier. “Taxing Robots? From the Emergence of an Electronic Ability to Pay to a Tax on Robots or the Use of Robots”, in World Tax Journal, IBFD, maio, 2017, pp. 247, 250, 2017. Consultado em: https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/wtj_2017_02_int_3_SeptNewsletter.pdf. Último acesso em 08/08/2019. Por exemplo, outra abordagem para tributar os robôs seria cobrar um imposto sobre uma quantia total representativa da capacidade de o proprietário do robô pagar no momento da aquisição do mesmo. Essa solução também levanta a questão sobre a forma de calcular objetivamente o montante fixo, bem como separar o robô de outros ativos de capital, nos quais ele pode ser incorporado.

desigualdades socioeconómicas e de eliminar a redução das receitas tributárias⁴⁵. Em suma, um imposto sobre os robôs não é a resposta aos desafios colocados pela revolução tecnológica.

Conclusão

Em conclusão, não há uma resposta imediata e simples para as complexas questões sobre a forma mais adequada, mas também, simples e eficaz, de atenuar o desemprego, melhorar o problema da desigualdade económica e conseguir minimizar o problema da erosão da base tributária e redução das receitas tributárias, quer de impostos sobre o rendimento, quer de contribuições para os sistemas previdenciários da segurança social. Como se viu o problema está como o fazer de uma forma equitativa e eficaz, especialmente na era da revolução tecnológica da automação, da robótica e da inteligência artificial.

Embora nesta primeira abordagem do tema não se apresentem soluções, a verdade é que o imposto sobre os robôs corresponde a um instrumento errado para abordar os referidos novos desafios, não sendo a solução para os identificados problemas. A opção ideal entre opções fiscais e políticas públicas é impossível de estabelecer no atual estágio da revolução tecnológica. No entanto, é essencial procurar distintas soluções que minimizem alguns dos efeitos de curto prazo da automação em massa e, ao mesmo tempo, maximizem os seus benefícios, uma vez que se tem olhado em demasia para os impactos negativos, esquecendo aquilo que ela trás de bom para o bem-estar geral. Por isso, este artigo refletiu de modo crítico sobre o denominado imposto sobre os robôs, uma vez que a sua implementação implica a identificação do robô e a sujeição do rendimento produzido a tributação. Isto é, preliminarmente haveria que definir o que seja um robô para essa finalidade e saber como se calcula o rendimento gerado pelo robô, que tal como se viu é de extrema complexidade. Além disso, deixa-se claro que a pretensa adoção de tal imposto significará que se está a pretender tributar a inovação e a penalizar o crescimento económico e a prosperidade geral.

Por fim, cabe deixar as pistas para o futuro, pelo que se entende existir a necessidade de modicar os sistemas tributários, sempre assentes no princípio na simplicidade, e não assentes exclusivamente na opção fiscal para resolver os desafios colocados pela revolução tecnológica, mas antes, um modelo de soluções tributárias e não tributárias interligadas, para obviar aos problemas de curto prazo, mas sem comprometer os benefícios da automação advindos a médio e longo prazo. Acresce ainda referir que, como os avanços na tecnologia e na automação continuam a evoluir de forma muito rápida, qualquer solução terá necessariamente de ser periodicamente reavaliada, pelo que soluções cristalizadas no tempo representam um erro grave. Pois, em última análise, soluções mais radicais podem ser necessárias

⁴⁵ Neste sentido vejam-se: COUSINS, Steve. "Is a "Robot Tax" Really an "Innovation Penalty"?", in Tech Crunch. 22 de abril de 2017. Consultado em: <https://techcrunch.com/2017/04/22/save-the-robots-from-taxes/>. Último acesso em 09/08/2019; SMITH, Noah Smith. "What's Wrong With Bill Gates' Robot Tax", in Bloomberg. 28 de fevereiro de 2017. Consultado em: <https://www.bloomberg.com/view/articles/2017-02-28/what-s-wrong-with-bill-gates-robot-tax>. Último acesso em 09/08/2019.

se os pessimistas estiverem corretos e esses avanços tecnológicos resultarem em uma economia totalmente automatizada, o que ainda assim duvidamos que venha a ser o caso.

Referências Bibliográficas

ABBOTT, Ryan Benjamin; BOGENSCHNEIDER, Bret. “Should Robots Pay Taxes? Tax Policy in the Age of Automation”, in *Harvard Law & Policy Review*. 13 de março de 2017. Vol. 12, 2018. Consultado em: <https://ssrn.com/abstract=2932483>. Último acesso em 09/08/2019.

AHMED, Sami. “Cryptocurrency & Robots: How to Tax and Pay Tax on Them”, in *South Carolina Law Review*, 69. 6 de dezembro de 2017. Consultado em: <https://ssrn.com/abstract=3083658>. Último acesso em 09/08/2009.

BECKETT, Adam. “Jeremy Corbyn ‘s Labour Conference Speech in Full”, in *Business Insider*. 27 de setembro de 2017. Consultado em: <http://www.businessinsider.com/full-text-of-jeremy-corbyns-labourconference-speech-2017-9>. Último acesso em 09/08/2019.

BRYNJOLFSSON, Erik; MCAFEE, Andrew. *Race Against the Machine: How the Digital Revolution is Accelerating Innovation, Driving Productivity, and Irreversibly Transforming Employment and the Economy*. [s. l.]: [s. e.], 2011.

BRYNJOLFSSON, Erik; MCAFEE, Andrew. *The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies*. New York, London: W. W. Norton & Company, 2014.

CALO, Ryan. “Robotics and the Lessons of Cyberlaw”, in *California Law Review*, vol. 103, 3, 2015. Consultado em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4284&context=californialawreview>. Último acesso em 08/08/2019.

COUSINS, Steve. “Is a “Robot Tax” Really an “Innovation Penalty”?”, in *Tech Crunch*. 22 de abril de 2017. Consultado em: <https://techcrunch.com/2017/04/22/save-the-robots-from-taxes/>. Último acesso em 09/08/2019.

DELANEY, Kevin J. “The Robot that Takes Your Job Should Pay Taxes, Says Bill Gates”, in *Quartz*. 17 de fevereiro de 2017. Consultado em: <https://qz.com/911968/bill-gates-the-robot-that-takes-your-job-should-paytaxes/>. Último acesso em 08/08/2019.

DELVAUX, Mady (relatora). Committee on Legal Affairs. Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, 4, 2015/2103 (INL), 27 de Janeiro de 2017. Consultado em: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.pdf. Último acesso em 08/08/2019.

FORD, Martin. *Rise of the Robots: Technology and the Threat of a Jobless Future*. New York: Basic Books, 2015.

FREY, Carl Benedikt; OSBORNE, Michael A. “The Future of Employment: How Susceptible are Jobs to Computerisation?”, 17 de setembro de 2013. Consultado em: https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf. Último acesso em 08/08/2019.

HOKE, William. “Taxing Automatons”, in *Tax Notes Int’L*, 2017.

LUTERBACHER, Celia. “Should Robots Be Taxed for Stealing Jobs?”, in *Swiss Info*. 7 de março de 2017. Consultado em: <https://www.swissinfo.ch/eng/business/automated-workforcetax-robots->

for-stealing-jobs/42976564. Último acesso em 09/08/2019.

MAZUR, Orly. “Taxing the Cloud”, in *California Law Review*, volume 103, 1, 2015. Consultado em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://search.yahoo.com/&httpsredir=1&article=4273&context=californialawreview>. Último acesso em 09/08/2019.

MCGOOGAN, Cara. “South Korea Introduces World’s First Robot Tax”, in *Telegraph*. 9 de Agosto de 2017. Consultado em: <http://www.telegraph.co.uk/technology/2017/08/09/south-korea-introducesworlds-first-robot-tax/>. Último acesso em 09/08/2019.

OBERSON, Xavier. “Taxing Robots? From the Emergence of an Electronic Ability to Pay to a Tax on Robots or the Use of Robots”, in *World Tax Journal*, IBFD, maio de 2017. Consultado em: https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/wtj_2017_02_int_3_SeptNewsletter.pdf. Último acesso em 08/08/2019.

PAUL, Kari. “Why Robots Should Pay Taxes”, in *Marketwatch*. 28 de setembro de 2017. Consultado em: <https://www.marketwatch.com/story/why-robots-should-pay-taxes-2017-09-12/print>. Último acesso em 09/08/2019.

PAUL-CHOUDHURY, Sumit. “A Robot Tax Is Only the Beginning”, in *New Scientist*, n.º 3115, 2017.

ROSENBLATT, Gideon. “The Robot Tax Fallacy: Anthropomorphizing Automation”, in *Vital Edge*. 5 de junho de 2017. Consultado em: <http://www.the-vital-edge.com/robot-tax/>. Último acesso em 09/08/2019.

SCHWAB, Klaus. *The Fourth Industrial Revolution*. New York: Crown Business, 2017.

SHILLER, Robert J. “Robotization Without Taxation?”, in *Project Syndicate*. 22 de março de 2017. Consultado em: <https://www.project-syndicate.org/commentary/temporary-robot-tax-finances-adjustment-by-robertj--shiller-2017-03>. Último acesso em 08/08/2019.

SMITH, Noah. “What’s Wrong With Bill Gates’ Robot Tax”, in *Bloomberg*. 28 de fevereiro de 2017. Consultado em: <https://www.bloomberg.com/view/articles/2017-02-28/what-s-wrong-with-bill-gates-robot-tax>. Último acesso em 09/08/2019.

UNITED STATES DEPARTMENT OF LABOR. “Labor Productivity and Costs: Frequently Asked Questions”, in *Bureau of Labor Statistics*. Consultado em: <https://www.bls.gov/lpc/faqs.htm>. Último acesso em 09/08/2019.

VAROUFAKIS, Yanis. “A Tax on Robots?”, in *Project Syndicate*. 27 de fevereiro de 2017. Consultado em: <https://www.project-syndicate.org/commentary/bill-gates-tax-on-robots-by-yanis-varoufakis-2017-02>. Último acesso em 09/08/2019.

VIGLIAROLO, Brandon. “South Korea ‘robot tax’ is no tax at all; it’s a warning of looming automation crisis”, in *Techrepublic*. 11 de Agosto de 2017. Consultado em: <https://www.techrepublic.com/article/south-korea-robot-tax-is-no-tax-at-all-its-a-warning-of-looming-automation-crisis/>. Último acesso em 09/08/2019.

WALKER, James. “San Francisco Could Start Taxing Robots to Save Jobs”, in *Digital Journal*. 25 de agosto de 2017. Consultado em: <http://www.digitaljournal.com/tech-and-science/technology/san-francisco-could-start-taxing-robots-to-save-jobs/article/500931>. Último acesso em 08/08/2019.



REVISTA IBÉRICA DO DIREITO



IBEROJUR

INSTITUTO IBEROAMERICANO
DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 1, Número 1,
Ano 1
2020

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt