

REVISTA IBÉRICA DO DIREITO

Volume 2, Número 1,
Ano 2
2021

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. 2 | Número 1 | Jan/Jun | 2021



BASES DE DADOS E INDEXADORES



PKP|INDEX



Revista Ibérica do Direito - RID

Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos - IBEROJUR

Vol. 2 | Número 1 | Jan/Jun | 2021

Porto, Portugal

Editor-Chefe: Fábio da Silva Veiga

Editores-Adjuntos: Talita Gomes Cardim; Giovana Cruz

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

Giovana Cruz, 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

El Constitucionalismo Ecológico Latinoamericano: El Derecho Humano al Agua, al Saneamiento y a la Reutilización, como Derecho del Siglo XXI 17

Guillermo Ochoa Rodríguez

Società e Castigo. Un contributo per la storia filosofica del concetto di pena 48

Rossano Pecoraro

As centrais de compras na administração pública 62

Andreia Madalena Magalhães Jesus

Patrícia Anjos Azevedo

África face à justiça internacional penal: relações sob o signo da ambivalência 73

Catherine Maia

Iniciativa Legislativa dos Cidadãos: Comparativo entre a União Europeia e o Brasil 91

Dora Resende Alves

Ana Maria Campos Xavier

O Supremo Tribunal Federal em tempos de COVID-19: uma abordagem da decisão liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341 à luz de Carl Schmitt, Herbert Hart e Ronald Dworkin 114

Jailce Campos e Silva

Fábio Periandro de Almeida Hirsch

Corretagem imobiliária de loteamentos irregulares e clandestinos: das responsabilidades dos corretores de imóveis 140

Jéssica Aparecida Costa Paiva

Carlos Augusto Motta Murrer

O consentimento ao ato médico no Brasil: entre o paternalismo médico e a busca pela proteção dos pacientes e responsabilidade dos médicos 158

Maria Claudia Crespo Brauner
Sheron dos Santos Pereira

Análise de alguns princípios estruturantes do direito das contra-ordenações 178

Jorge F. Abrão de Almeida

Da destinação dos votos proporcionais dos candidatos que tiveram seu registro, diploma ou mandato cassado após às eleições em razão de cometimento de ilícitos eleitorais: Análise a partir de decisum do TRE/SP 198

Brenno Henrique de Oliveira Ribas

A responsabilidade civil objetiva nas wrongful actions e a hipótese de indenização por dano moral decorrente do abuso do direito de ação 209

Gedson Alves da Silva
Larissa de Lima Vargas Souza

Algumas consequências para o Direito português dos Registos decorrentes da entrada em vigor do Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados 233

Luís Manuel Pica
Mário Filipe Borralho

A Aceleração da Tecnologia e Implicações Jurídicas 259

Vicência Sarkis

A Evolução da Imprensa Feminina Brasileira: A inserção do Movimento Feminista na escrita e na Mídia Digital 274

Mayara Lopes da Costa
Mateus Catalani Pirani

Editorial, Revista Ibérica do Direito, vol. 2, n. 1, 2021, jan-jun.

Fábio da Silva Veiga¹

A Revista Ibérica do Direito – RID – tem a satisfação de inaugurar o seu volume dois, número 1.

No atual contexto de transição do período pandémico, os investigadores que atuam no campo da ciência jurídica enfrentarão um novo e desafiador modo operacional de trabalho, quer seja de forma presencial, híbrida ou exclusivamente em linha. Nesse sentido, os processos de elaboração de pesquisas demandarão cada vez mais a necessidade de se investigar de forma remota, razão que confere às revistas de formato eletrónico um papel fundamental na difusão e renovação do conhecimento científico. A RID sente-se profundamente realizada em contribuir para este fim.

Com relação aos trabalhos publicados na presente edição, salientamos os diversos artigos provenientes da América Latina e da Europa. Começamos por mencionar o importante artigo do Doutor **Guillermo Ochoa Rodríguez**, Professor Titular da Universidade do Azuay, Equador, com o tema *“El Constitucionalismo Ecológico Latinoamericano: El Derecho Humano al Agua, al Saneamiento y a la Reutilización, como Derecho del Siglo XXI”*.

Publica-se artigo escrito em italiano do Professor da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Doutor **Rossano Pecoraro**, que contribuiu com o tema *“Società e Castigo. Un contributo per la storia filosofica del concetto di pena”*.

O tema *“As centrais de compras na administração pública”* foi investigado pela Doutora **Patrícia Anjos Azevedo**, Professora da Escola Superior de Tecnologias e Gestão do Politécnico do Porto, Portugal, e pela Licenciada **Andreia Madalena Magalhães Jesus**, da mesma instituição.

No âmbito do direito internacional, publica-se o artigo da Doutora **Catherine Maia**, Professora da Universidade Lusófona do Porto, Portugal e da Sciences Po, Paris, França, cujo título se denomina *“África face à justiça internacional penal: relações sob o signo da ambivalência”*.

No domínio do Direito da União Europeia e do direito comparado, as autoras, Doutora **Dora Resende Alves** e a Licenciada **Ana Maria Campos Xavier**, ambas da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Portugal, contribuíram com o tema *“Iniciativa Legislativa dos Cidadãos: Comparativo entre a União Europeia e o Brasil”*.

¹Professor Doutor de Direito Empresarial da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto, Portugal (Licenciatura, mestrado e doutoramento). Foi Professor Doutor de Direito Empresarial da Universidade de Almería, Espanha (2020), aprovado em concurso público PSI. Foi professor “venia docenti” da Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha (2019). Foi professor do Máster en Abogacía da Universidade Europeia de Madrid (2016/17/18). Doutor em Direito Empresarial pela Universidade de Vigo (2017), com a máxima distinção e Prémio Extraordinário de Tese de Doutoramento. Pós-doutorado na Universidade do Minho, Portugal (2019). Presidente do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBEROJUR.

Com uma abordagem sobre casos concretos do Brasil, os autores, a Licenciada **Jailce Campos e Silva** e o Doutor **Fábio Periandro de Almeida Hirsch**, ambos da Universidade Federal da Bahia, Brasil, aportaram com o tema *“O Supremo Tribunal Federal em tempos de COVID-19: uma abordagem da decisão liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341 à luz de Carl Schmitt, Herbert Hart e Ronald Dworkin”*

Perpassando por áreas mais técnicas, os autores brasileiros **Jéssica Aparecida Costa Paiva** e **Carlos Augusto Motta Murrer**, apresentaram o tema *“Corretagem imobiliária de loteamentos irregulares e clandestinos: das responsabilidades dos corretores de imóveis”*.

No campo do Direito Médico, a Professora da Universidade Federal do Rio Grande – FURG -, Brasil, Doutora **Maria Claudia Crespo Brauner** e a Licenciada **Sheron dos Santos Pereira**, contribuíram com o título *“O consentimento ao ato médico no Brasil: entre o paternalismo médico e a busca pela proteção dos pacientes e responsabilidade dos médicos”*.

O tema *“Análise de alguns princípios estruturantes do direito das contra-ordenações”*, aplicável no ordenamento jurídico português, teve a contribuição do Mestre **Jorge F. Abrão de Almeida**, da Universidade Lusófona do Porto, Portugal.

No âmbito do Direito Eleitoral, o Mestre **Brenno Henrique de Oliveira Ribas**, da Universidade Lusófona do Porto, Portugal, elaborou o artigo sob título *“Da destinação dos votos proporcionais dos candidatos que tiveram seu registro, diploma ou mandato cassado após às eleições em razão de cometimento de ilícitos eleitorais: Análise a partir de decismos do TRE/SP”*.

Com o título *“A responsabilidade civil objetiva nas wrongful actions e a hipótese de indenização por dano moral decorrente do abuso do direito de ação”* os autores, Licenciado **Gedson Alves da Silva** e Mestre **Larissa de Lima Vargas Souza** aportaram um importante estudo da responsabilidade civil aplicada ao direito brasileiro.

Assunto de atualidade e preocupação jurídica, a proteção de dados foi tema de investigação dos autores, Mestre **Luís Manuel Pica** e Licenciado **Mário Filipe Borralho**, ambos do Instituto Politécnico de Beja, Portugal, cujo artigo tem por título *“Algumas consequências para o Direito português dos Registos decorrentes da entrada em vigor do Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados”*.

A Mestre **Vicência Sarkis**, da Universidade de Lisboa, Portugal, escreveu sobre *“A Aceleração da Tecnologia e Implicações Jurídicas”*.

Por fim, publica-se o artigo dos autores **Mayara Lopes da Costa** e **Mateus Catalani Pirani**, ambos da Universidade Católica de Santos, com o título *“A Evolução da Imprensa Feminina Brasileira: A inserção do Movimento Feminista na escrita e na Mídia Digital”*.

É oportunidade também de informar aos nossos leitores que a RID ao longo dos últimos meses procurou aumentar as hipóteses de leitura do público, para isso, a

revista obteve a indexação em novos repositórios institucionais. Nesse sentido, para além dos indexadores DIALNET (Espanha), maior base bibliográfica das ciências jurídicas e sociais em língua espanhola, EuroPub, Google Scholar/Google Metrics (Estados Unidos), Base (Alemanha), PKP Index (Canadá), e registo na Biblioteca Nacional de Portugal, recentemente a RID passou a estar indexada no LATINDEX (Sistema Regional de Informação em Linha para Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal).

Porto, junho de 2021

Fábio da Silva Veiga

Editor-Chefe da Revista Ibérica do Direito

Recebido em: 03.05.2021
Aprovado em: 29.06.2021

Universidad del Azuay
Ecuador

Volume 2, Número 1,
Ano 2
2021

ISSN 2184-7487

Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt

El Constitucionalismo Ecológico Latinoamericano: El Derecho Humano al Agua, al Saneamiento y a la Reutilización, como Derecho del Siglo XXI¹

*Latin American Ecological Constitutionalism: The Human
Right to Water, Sanitation and Reuse, as the Right of the
Century*

Guillermo Ochoa Rodríguez²

Summary: 1. Introduction; 2. Ecological Democracy as a new paradigm of political theory; 2.1. A new legal perspective: Latin American ecological constitutionalism; 2.2. Ductility a characteristic of current constitutional models; 3. The Human Right to Water and Sanitation from the legal ductility and green democracy; 3.1. The Human Right to Water as a democratic requirement; 3.2. The Human Right to Water and Sanitation: Human Rights of the XXI century; 3.3. Content of the human right to water and sanitation; 3.4. The legal asset protected from the human right to water and sanitation; 3.5. The reuse of water, as a sustainable response; 4. Towards a Fundamental Right to Water, Sanitation and Reuse; Conclusions; Bibliography.

Resumen: El Constitucionalismo Ecológico Latinoamericano, constituye una línea de pensamiento y de debate que nace como reacción a los modelos constitucionales hegemónicos que estuvieron vigentes en Latinoamérica. Ciertamente, el Constitucionalismo Ecológico Latinoamericano, se presenta como una alternativa que los Estados latinoamericanos aceptaron e implementaron en sus ordenamientos jurídicos, para reivindicar sus propias tradiciones, costumbres, y pensamiento jurídico propio. En este marco, el agua, es presentado como un recurso vital y que forma parte esencial del ecosistema. Los Pueblos y Nacionalidades Indígenas, consideran este recurso como vital para mantener el equilibrio del mundo. Así, el agua es un recurso de uso común, su protección obliga a los Estados a adoptar diversos mecanismos para proteger este recurso finito. Precisamente, la preocupación del agua trascendió fronteras y se considera como un problema mundial. En efecto, ante esta coyuntura la Organización de las Naciones Unidas en el año 2010, reconoció el derecho humano al agua y al saneamiento, como un derecho humano necesario para dinamizar el amplio catálogo de derechos humanos vigentes. El derecho humano al agua y al saneamiento se construye sobre la base del principio de progresividad. Por lo tanto, la reutilización del agua es un nuevo factor que complementa la estructura de este nuevo derecho humano. La reutilización del agua es una fuente hídrica no convencional,

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación: Servicios públicos ambientales como una iniciativa pública y privada sostenible en la ciudad de Cuenca de la Universidad del Azuay.

² Doctor (PhD) en Derecho, Ciencia Política y Criminología, Universitat de Valencia, España, Magister y Especialista en Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador. Profesor Titular de las Cátedras Fundamentos e Instituciones de Derecho Administrativo de la Universidad del Azuay, Ecuador. Director del Proyecto de Investigación Servicios Públicos Ambientales como una iniciativa pública y privada sostenible en la ciudad de Cuenca, de la Universidad del Azuay, Ecuador.

pero necesaria para plasmar el principio de sostenibilidad hídrica. Así, el derecho humano al agua proyecta una exigencia democrática actual. La sustancialidad de la democracia exige un enfoque de progreso en el debate jurídico que destaca la importancia de que los derechos y las garantías se expanden. La ductilidad del derecho en el constitucionalismo contemporáneo desecha la rigidez con la cual este se ha desarrollado. La utilidad del derecho ha generado, que, en el campo de los derechos humanos, también exista una evolución que transforma la visión y la interpretación que se debe realizar, precisamente el resultado ha sido que se hable de los derechos humanos emergentes o derechos del siglo XXI, concebidos como nuevas aspiraciones de la sociedad civil, los cuales nacen y se proyectan como necesarios por la influencia de la globalización. En este marco, el derecho al agua, al saneamiento y a la reutilización, puede ser presentado como un derecho humano emergente, por la protección que proyecta hacia el ser humano y hacia la Naturaleza.

Palabras clave: Estado, Agua, Derecho, Reutilización, Humanos, Sostenibilidad. Ambiente, Naturaleza.

Abstract: Latin American Ecological Constitutionalism constitutes a line of thought and debate that was born as a reaction to the hegemonic constitutional models that were in force in Latin America. Certainly, Latin American Ecological Constitutionalism is presented as an alternative that the Latin American States accepted and implemented in their legal systems, to vindicate their own traditions, customs, and their own legal thinking. In this framework, water is presented as a vital resource and an essential part of the ecosystem. Indigenous Peoples and Nationalities consider this resource as vital to maintain the balance of the world. Thus, water is a common use resource, its protection obliges States to adopt various mechanisms to protect this finite resource. Precisely, the concern for water transcended borders and is considered a global problem. Indeed, the water problem motivated the United Nations to recognize the Human Right to Water and Sanitation as a necessary human right to energize the wide catalog of human rights in force. The human right to water and sanitation is built on the basis of progressivity, therefore, the need for its structure to be added to reuse as an element and non-conventional water source, but necessary to capture the principle of water sustainability. Thus, the human right to water projects a current democratic demand. The substantiality of democracy requires an approach to progress in the legal debate that highlights the importance of expanding rights and guarantees. The ductility of law, which is the result of the expansion of contemporary constitutionalism, discards the rigidity with which it has been developing. The usefulness of the law has generated that, in the field of human rights, there is also an evolution that transforms the vision and interpretation that must be carried out, precisely the result has been that there is talk of emerging human rights or rights of the century XXI, conceived as new aspirations of civil society, which are born by the influence of globalization. In this framework, the right to water, sanitation and reuse can be presented as an emerging human right, due to the protection it projects towards the human being and towards Nature.

Keywords: State, Water, Law, Reuse, Human, Sustainability. Environment, Nature.

1. Introducción

La tendencia por generar una nueva línea constitucional ha permitido incorporar al debate y análisis la problemática ambiental. En su momento, el reconocimiento de una visión social permitiría la intensificación y radicalización de lo que en algunos segmentos jurídicos se ha denominado el nuevo constitucionalismo latinoamericano, el cual posee un pilar fundamental que se traduce en el reconocimiento y la protección del derecho humano a un medio ambiente adecuado y sostenible. En efecto, el desarrollo democrático adquiere un matiz interesante, se plantea democratizar la democracia, mediante la revalorización de las experiencias locales en materia ambiental y en lo

que respecta a la gestión integral de los recursos hídricos. Desde luego, diversas formas de participación y de deliberación son planteadas para fortalecer el vínculo entre el ser humano y la Naturaleza. Bajo este marco, nace el derecho humano al agua y al saneamiento como un reconocimiento internacional de la Organización de las Naciones Unidas a un proceso de transformación y reivindicación. El derecho humano al agua y al saneamiento es una propuesta innovadora, la estructura de este nuevo derecho, toma como su base a la progresividad que destaca la importancia de que los derechos y las garantías se encuentren en continua expansión.

Así, el derecho humano al agua constituye una respuesta a una exigencia democrática actual, la sustancialidad de la democracia exige un enfoque de progreso en el debate jurídico. Diversos Estados América del Sur, incorporaron en sus estudios y estructuras constitucionales, este nuevo derecho fundamental; sin embargo, destacan los modelos colombiano, boliviano y ecuatoriano; que enfatizan sobre la necesidad de vincular el derecho al agua y al saneamiento con una serie de derechos y estructuras orgánicas institucionales, inclusive se ha llegado a decir de que el Estado es el garante y único ente competente para administrar, regular, controlar y gestionar los recursos hídricos por estar dentro de la categoría de sectores estratégicos.

Desde luego, en el escenario internacional el reconocimiento del derecho humano al agua y el saneamiento es el fruto de un conjunto de reivindicaciones y necesidades sociales, la ductilidad del derecho hace posible que se pueda hablar de que este derecho guarda sincronía con los llamados Derechos Humanos Emergentes o del Siglo XXI. La progresividad de este derecho y la importancia de la sostenibilidad hace necesario identificar formas para garantizar el caudal y fuentes hídricas para las futuras generaciones, además de asegurar las actuales. En este sentido, es la reutilización del agua un elemento indispensable para lograr consolidar la sostenibilidad hídrica, considerada como una fuente hídrica no convencional o como el nuevo oro negro, su proyección invita a los Estados, a una necesaria institucionalización a nivel político y jurídico.

2. La Democracia Ecológica como nuevo paradigma de la teoría política

Los sistemas democráticos contemporáneos, son dúctiles a las nuevas realidades sociales. La globalización juega un papel preponderante al momento de delimitar nuevos puntos de tensión. En el marco de una visión ambientalista y de responsabilidad con la naturaleza, surge un elemento que debe ser tomado en cuenta por los sistemas democráticos, y que se presenta como un desafío que no puede ser dejado al margen: el medio ambiente. La sociedad contemporánea enfrenta una dicotomía: reencauza su rol frente a la naturaleza o se inclina por una posición de explotación indiscriminada sobre todos los recursos de uso común, para satisfacer las necesidades crecientes del conglomerado social.

Así, la ecología es ahora la que moviliza fuerzas que ahondan la discusión sobre la existencia misma de los seres humanos y de su entorno natural³. Frente a este escenario, la modernidad plantea nuevas problemáticas especialmente en torno al

3 TOURAINE, Alain. ¿Qué es la Democracia?, Fondo de Cultura Económica, 2015, pp. 212.

ambiente y a la llamada crisis ecológica, derivada de los complejos sistemas sociales.

El momento coyuntural por el cual atraviesa la sociedad sugiere pensar que la aplicación de una “política verde” constituye una tercera vía para la generación de un modelo democrático deliberativo y ambiental que privilegie la democratización de los recursos de uso común como los recursos hídricos. Un modelo democrático verde constituye una tendencia de la sociedad, la sostenibilidad es su fundamento para consolidar y fortalecer las relaciones entre la naturaleza y los seres humanos.

En suma, una democracia ecologista plantea un nuevo horizonte, que vincula la ética ambiental con la política y la estructura jurídica tradicional; proyecta, por lo tanto, un modelo que reivindica a la Naturaleza, en el marco de la sostenibilidad y de un modelo, deliberativo y participativo. Este escenario genera una nueva dinámica que, según Anthony Giddens, se logra democratizando la democracia; es decir, mediante el fortalecimiento de sistemas de distribución de competencias antes que un proceso unidireccional. Lograr un sistema democrático integral requiere impulsar la devolución de poder hacia abajo, pero también a la distribución hacia arriba⁴. Por consiguiente, el elemento que debe ser rescatado para construir un modelo democrático verde, debe fortalecer la aplicación de contenidos éticos y valores democráticos en la relación de la comunidad con el medio ambiente, con una visión de gobernabilidad y de protección de las futuras generaciones⁵.

2.1. Una nueva perspectiva jurídica: El constitucionalismo ecológico latinoamericano

El constitucionalismo clásico, desarrollado desde una posición eminentemente positivista decimonónica, aplica una visión científicista en la construcción jurídica. Los conceptos y estructuras de la teoría política y jurídica, generados a partir de los aportes de Francia, Inglaterra, Alemania, Italia y Estados Unidos, se convierten en verdaderos marcos teóricos referenciales y en gestores de principios de reconocimiento y aplicación universal. A pesar de este aporte, las estructuras jurídicas que nacen desde enfoques sociales europeos y anglosajones son de difícil aplicación y asimilación por parte de los países latinoamericanos.

Así, Boaventura de Santos Sousa⁶, plantea que América Latina ha propiciado en los últimos tiempos dos enfoques para robustecer la construcción y debate jurídico sobre la necesidad de un constitucionalismo ecológico latinoamericano. El primer enfoque, se refiere al carácter plurinacional. El concepto de plurinacionalidad, desde un enfoque regional latinoamericano, ha sido construido desde la tradición del fortalecimiento comunitario por parte de los pueblos indígenas, lo que obligó a refundar la estructura del Estado moderno en el que existe una sola nación. El segundo enfoque en el pensamiento de Santos Sousa es el de la interculturalidad,

4 GIDDENS, Anthony. Consecuencias de la Modernidad. Alianza, Madrid, 1993, pp. 88-92.

5 SORIA, José Juan. La Justicia Medioambiental y su posible introducción en el ordenamiento jurídico español, Tesis de Doctorado, Universitat de Valencia, 2014, pp. 66-67.

6 SANTOS SOUSA, Boaventura. La Reinención del Estado y el Estado Plurinacional. Alianza Interinstitucional CENDA-CEJIS-CEDIB, 3 y 4 de abril 2007. (Fecha de último acceso 19-01-2021).

concepto que integra el carácter cultural, político y lo pertinente a la tradición jurídica. Así, cada sociedad crea formas de convivencia intercultural que le son propias y que le impiden copiar realidades ajenas y tomarlas como propias.

De este modo, para lograr una convivencia intercultural armónica, es necesario construir un modelo constitucional permeable a las necesidades y realidades sociales latinoamericanas. Desde este enfoque, el constitucionalismo latinoamericano ecológico se construye desde las necesidades de las poblaciones latinoamericanas. Esta línea constitucional nace en la década de los años ochenta, permite entender la importancia de diversos elementos innovadores que son incluidos en los textos constitucionales latinoamericanos. Sin duda, un referente del constitucionalismo latinoamericano ecológico es la Constitución Política de la República Colombia de 1991⁷, la cual incorpora la plurinacionalidad, la pluriculturalidad, la pluriétnicidad y la interculturalidad, como ejes para unificar y revalorizar al pueblo y sus costumbres ancestrales.

A esta tendencia constitucional latinoamericana, los países andinos han sumado la influencia de los pueblos originarios americanos, quienes aportan con su cosmovisión al momento de construir los textos constitucionales. Así, nuevas visiones, plantean que la Naturaleza debe asumir un sitial privilegiado en la estructura constitucional, hasta llevarla a ser reconocida como sujeto de derechos, como lo sostiene el modelo constitucional ecuatoriano, sustentado en gran medida en el principio del Sumak Kawsay o Buen Vivir.

La problemática del medio ambiente adquiere una importancia sustancial en el análisis y el debate jurídico de América Latina, fusiona las particularidades que existen en el derecho indígena con el derecho continental europeo de corte romanista; el ciudadano ya no es considerado como un individuo aislado, este se encuentra estrechamente relacionado con los acontecimientos que influyen en su entorno. Ciertamente, el mestizaje jurídico propició la asimilación de la cosmovisión de los pueblos originarios, evidencia fehaciente de la existencia de lo que se podría llamar como: “constitucionalismo latinoamericano”. Esta nueva forma de apreciar y construir estructuras jurídicas supone integrar al hombre con la Naturaleza.

El constitucionalismo ecológico, encontró asidero en la Constitución de la República del Ecuador del año 2008⁸. El enfoque constitucional ecuatoriano, complementa la visión del reconocimiento de la plurinacionalidad del Estado, plantea la necesidad de un sistema de planificación gubernamental con base en políticas públicas que permitan canalizar los esfuerzos para lograr el Buen Vivir o Sumak Kawsay, y además el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos, que rompe el criterio antropocéntrico e incorpora una visión biocéntrica. La línea constitucional ecuatoriana abre la discusión sobre el contrato social que moldea el Estado y que es reemplazado por un contrato natural, considerado como el acuerdo de reciprocidad

7 Constitución Política de Colombia 1991, actualizada con los Actos Legislativos a 2016, Edición especial preparada por la Corte Constitucional Consejo Superior de la Judicatura Centro de Documentación Judicial- CENDOJ Biblioteca Enrique Low Murtra -BELM. (Fecha de último acceso 17-01-2021).

8 Constitución de la República del Ecuador 2008, Asamblea Nacional del Ecuador, Registro Oficial, No. 449, 20 de octubre 2008. (Fecha de último acceso 18-01-2021).

entre los seres humanos y la tierra para lograr la retribución y la preservación.

En efecto, el constitucionalismo ecológico ecuatoriano, reemplaza el concepto de derechos humanos, por el de derechos fundamentales o derechos constitucionales, al interesarse directamente tanto en el ser humano como en la Naturaleza. De acuerdo con este planteamiento, el modelo constitucional que incorporaron diversos Estados de América del Sur desafía el fundamentalismo del mercado, para ser reemplazado por un modelo que reivindica la convivencia con todos los seres vivos de la Tierra. Como lo hace notar, Eduardo Gudynas, la Constitución ecuatoriana y boliviana, plantean además criterios de protección sobre la integridad de los ecosistemas pues son estos los que asegurarán el bienestar del ser humano; a partir, del crecimiento económico⁹. Es importante destacar que, a pesar del avance constitucional en materia ambiental, los ordenamientos jurídicos secundarios de Latinoamérica, aún se mantienen distantes de la verdadera esencia que persigue la protección y promoción de los derechos del ambiente y de la Naturaleza. El reto que se plantea en Latinoamérica es lograr dinamizar estructuras normativas secundarias y garantizar el crecimiento económico desde una visión de sostenibilidad, que evita la degradación de los recursos de la naturaleza.

2.2. La ductilidad una característica de los modelos constitucionales actuales.

El Derecho Constitucional, ha sido una de las ramas del Derecho que, durante las últimas décadas, sufrió numerosos cambios de paradigma que lo han situado como una materia de frecuente tratamiento y estudio en la cultura jurídica occidental. La ductilidad del Derecho Constitucional plantea que tanto los valores como los principios puedan complementar un sistema jurídico; pero, además, esta ductilidad considera que la Constitución que rige un Estado debe mantener una coherencia y una concordancia con la base material y pluralista de las sociedades democráticas contemporáneas. Esta posición, en el marco de un Estado Constitucional, representa un cambio de paradigma que reemplaza el legalismo positivista decimonónico, con la necesaria expansión del pensamiento jurídico integrador que desecha la rigidez con la cual la teoría constitucional se ha desarrollado.

La ductilidad del derecho, conforme el criterio de Zagrebelsk¹⁰, reivindica la importancia de la interpretación, la axiología, la deontológica, el sistema de fuentes, la ideología y, desde luego, la manera según la cual la democracia se inserta en la sociedad como ejes para armonizar un sistema jurídico. Se podría pensar que la ductilidad del Derecho Constitucional está fundamentada por la permanente progresividad del sistema internacional de Derechos Humanos, el cual se desarrolla y transforma conforme avanza la sociedad. Los Derechos Humanos, en cuanto normas dinámicas, informan los esquemas constitucionales nacionales, para generar estructuras jurídicas que posean validez sobre la realidad y el modo en el cual

9 GUDYNAS, Eduardo. La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador. *Revista de Estudios Sociales* N. 32. 2009. (Fecha de último acceso 20-01-2021).

10 Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trotta, Madrid, 1995, pp. 88-89

los principios, la moral y el derecho se vinculan con las estructuras y exigencias sociales. Así, nuevos derechos humanos que nacen por el proceso de globalización y considerados como emergentes, incentivan a los Estados, para que nuevamente a los textos constitucionales y la forma de interpretar el Derecho, apliquen modelos generosos y dúctiles para lograr un abordaje jurídico integral, en beneficio del individuo y del medio ambiente.

3. El Derecho Humano al Agua y al Saneamiento desde la ductilidad jurídica y la democracia verde.

La transformación de la teoría democrática hacia un modelo verde y la ductilidad del Derecho da cuenta de los nuevos horizontes que debe atravesar el abordaje de los nuevos derechos humanos y luego en las estructuras constitucionales. Se plantea que, en este enfoque, exista un diálogo y una reconceptualización del rol tradicional del Estado, para que busque la consolidación y la integración de los derechos individuales y colectivos como una fórmula necesaria para concretar la necesaria relación entre sociedad y Naturaleza.

La relación entre sociedad y Naturaleza ha dado lugar a múltiples formas de apreciar un modelo democrático. Desde esta perspectiva, la consolidación de un sistema institucional que responda a nuevos requerimientos sociales constituye la regla para el reconocimiento de nuevos derechos. La aceptación de principios ambientales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha permitido la influencia del constitucionalismo ecológico, el cual de manera transversal ha forjado una nueva perspectiva de estudio interdisciplinar. El constitucionalismo ecuatoriano dio un paso importante al reconocer que el agua es un derecho fundamental; a partir de ese momento, la estructura jurídica interna debió adaptarse a un esquema que privilegia la protección y uso sostenible de los recursos hídricos.

Desde esta línea, el constitucionalismo ecuatoriano ahonda y reivindica la importancia del desarrollo sostenible en materia ambiental e hídrica. Cabe mencionar, que el desarrollo sostenible constituye un aporte significativo de la Comisión Brundtland, la cual lo entiende como el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras, para atender sus propias necesidades¹¹. Efectivamente, la estructura del derecho al agua y al saneamiento, conforme el pensamiento de la sostenibilidad, requiere ser repensado, y para ello, con la reutilización del agua, que los recursos hídricos, como una fuente hídrica alternativa, puede contribuir a asegurar el agua para las futuras generaciones.

El agua, se presenta como un recurso de uso común que por su naturaleza es eminentemente finito y por lo tanto su regulación resulta fundamental. Con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua en Mar del Plata en el año de 1977, los países miembros plantearon la necesidad de realizar diversas evaluaciones de sus recursos hídricos para, de esta manera, implementar una serie de mecanismos de planificación que busquen satisfacer las necesidades de agua potable y de

11 Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo "Nuestro futuro común". Informe Brundtland. 1987, pp. 77-80. (Fecha de último acceso 13-01-2021).

saneamiento concentrados en una serie de retos a fin de que éstos sean recogidos en el Decenio Internacional del Agua Potable y del Saneamiento Ambiental¹². De este modo y como una consecuencia necesaria, en el año 1992 se llevó a cabo la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente en la ciudad de Dublín, cuyos aspectos centrales se refirieron a los problemas de escasez y uso abusivo del agua dulce para el desarrollo sostenible, la protección del ambiente, el desarrollo de la industria y, desde luego, la seguridad alimentaria. El enfoque de esta declaración es lograr un adecuado aprovechamiento y gestión de los recursos hídricos.

De tal manera que, con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en la ciudad de Río de Janeiro en el año de 1992, nace una línea de acción que motiva la articulación de la gestión del agua mediante dos documentos claves: el primer documento, la Declaración de Río de 1992, que incorpora cuestiones relativas al derecho a la vida sustentable y productiva para lograr la armonía con la Naturaleza, plantea la necesidad de un sistema de políticas ambientales y de responsabilidad como instrumentos que desarrollen el campo jurisdiccional en materia de daños ambientales. Así, la estructura de la Declaración de Río invitaba a los Estados, para que implementen una visión amigable con el ambiente, necesaria para consolidar el cambio de paradigma que catapulte a la humanidad a un nuevo sistema económico internacional¹³.

En esa misma línea discursiva, la Agenda 21, incorpora una serie de observaciones encaminadas al logro de un mejor nivel de vida de los individuos y a la protección y gestión sostenible de los diferentes ecosistemas. La preocupación central de esta agenda es plantear los desafíos que la humanidad deberá afrontar en el siglo XXI, este documento concentra diferentes compromisos políticos en materia de desarrollo y de protección del ambiente. Es importante resaltar que el agua recibe una atención especial, la Agenda 21 dedica su capítulo 18 a la “Protección de la calidad y el suministro de los recursos de agua dulce: aplicación de criterios integrados para el aprovechamiento, ordenación y uso de los recursos de agua dulce”. Igualmente, el principio 21, es claro en determinar que la reutilización del agua es una práctica de racionalización y de conservación de recursos hídricos, lo que da la posibilidad de equilibrar y regular la oferta y la demanda de recursos hídricos¹⁴.

En este marco, y por la importancia de este planteamiento, la Organización de las Naciones Unidas, por intermedio de su Asamblea General mediante la resolución A/RES/47/193¹⁵, del 22 de diciembre de 1993, declaró el 22 de marzo como el Día Mundial del Agua. Este primer paso, abre la puerta a una nueva visión sobre la gestión del agua y la importancia del desarrollo sostenible. Con la Declaración del Milenio de

12 Proclamación del Decenio Internacional del Agua Potable y del Saneamiento Ambiental. Asamblea General de las Naciones Unidas. 55ª. Sesión Plenaria. 10 de noviembre de 1980. (Fecha de último acceso 14-01-2021).

13 Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Organización de las Naciones Unidas. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales - División de Desarrollo Sostenible, 1992. (Fecha de último acceso 14-01-2021).

14 Programa 21, Cumbre para la Tierra. Organización de las Naciones Unidas. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, División de Desarrollo Sostenible. 1992. (Fecha de último acceso 15-01-2021).

15 Resolución A/RES/47/193, Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General, por la que se declara el Día mundial del Agua el 22 de marzo de cada año. (Fecha de último acceso 17-01-2021).

las Naciones Unidas del año 2000, existe el reconocimiento de la necesidad de poner fin a la explotación insostenible de los recursos hídricos.

3.1. El Derecho Humano al Agua como exigencia democrática

Los diversos procesos de constitucionalización de los Estados de América del Sur fueron paulatinos, como el proceso de desarrollo democrático. Las constantes transformaciones y readaptaciones trajeron consigo la existencia de una evidente racionalización del poder, mediante la incorporación de estructuras orgánicas encargadas de evitar la centralización. La apertura de los sistemas jurídicos, hacia el reconocimiento de una serie de derechos humanos encaminados al fortalecimiento de la estructura socioeconómica del Estado y el reconocimiento de la jurisdicción constitucional, ha permitido que el proceso que constitucionaliza los ordenamientos jurídicos gane terreno (Vallaure, 2011, p. 171). Sin embargo, es evidente que, a pesar de los avances significativos en materia de derechos humanos, los Estados de América del Sur, aún poseen sistemas políticos débiles, derivados de los rezagos de la concentración de poder que originaron el terreno fértil para el desarrollo de los sistemas hiperpresidencialistas. Las mayorías móviles de los congresos que impidieron la toma de decisiones efectivas, la influencia de los medios de comunicación en la toma de decisiones de los entes gubernamentales, son escollos por los cuales los modelos democráticos latinoamericanos atraviesan, e impiden que el desarrollo constitucional sea más efectivo. Frente a estos hechos, a decir de Gonzalo Aguilar Cavallo¹⁶, los modelos constitucionales latinoamericanos se encuentran en proceso de adaptación y de reivindicación del valor de las diversas fuentes del Derecho, las mismas que son necesarias para fortalecer los derechos humanos.

La estructura de una democracia constitucional verde toma partido de un entorno deliberativo y participativo, para propiciar y fomentar que el individuo se pueda situar en una situación ideal de diálogo, necesario para construir normas y políticas públicas que garanticen el vínculo entre los órganos del Estado y los derechos humanos. Así, las manifestaciones de participación democrática según Jürgen Habermas, deben poseer un respaldo institucional en el marco de un gobierno transparente y abierto¹⁷. La participación de la comunidad con pleno poder sobre los recursos naturales, puede ser descrito como el ejercicio de un sistema que privilegia la gestión de los recursos de uso común y el desarrollo de los derechos humanos¹⁸. Los procesos de control constitucional, control social, ampliación de la legitimidad democrática y respeto a las minorías, son ejes que complementan este modelo democrático al promover derechos individuales, derechos de participación ciudadana y aquellos que se van logrando y consolidando desde espacios de deliberación¹⁹, como es el caso

16 AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. La Internacionalización del Derecho Constitucional. Estudios Constitucionales, vol. 5, n. 1, 2007, pp. 226. (Fecha de último acceso 20-01-2021).

17 HABERMAS, Jürgen. Derechos Humanos y Soberanía Popular. Las versiones liberal y republicana. En. Águila Rafael y Vallespín Fernando. La Democracia en sus textos. Alianza. Madrid, 1998, pp. 364.

18 CLARK, Cristy. El lugar central de la participación comunitaria para hacer efectivo el derecho al agua. El caso ilustrativo de Sudáfrica. En. Sultana Farhana. El Derecho al agua. Economía, Política y Movimientos Sociales. Trillas. México, 2014, pp. 241.

19 FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. La Ley del más débil. Trotta, Madrid, 1999, pp. 104.

de los derechos de la Naturaleza en el modelo ecuatoriano y el reconocimiento al derecho humano al agua y su aplicación institucional en los diferentes Estados

La construcción jurídica en los modelos democráticos contemporáneos conlleva un tratamiento que ponga en marcha y amplíe el reconocimiento de nuevos derechos humanos, así como su justiciabilidad ante los diferentes órganos que componen y dan forma al Estado. La democracia sustancial en este marco plantea la necesaria progresividad en el debate jurídico, al propender a la expansión de los derechos y garantías, lo cual contribuye directamente al fortalecimiento del Estado de Derecho. La progresividad del sistema democrático latinoamericano ha permitido la incorporación de nuevos derechos, que nacen como una reivindicación de grupos o movimientos sociales²⁰.

La aproximación a una construcción constitucional del derecho humano al agua y al saneamiento parte de una visión integradora, democratizadora y que, sobre todo, abarca una visión constructiva de la democracia sustancial. La Constitución de la República de Ecuador de 2008 reconoce el agua como un derecho humano, y eleva a una categoría especial que vincula este nuevo el derecho humano al agua, con una serie de derechos y estructuras orgánicas. En el contexto constitucional ecuatoriano, corresponde al Estado la protección de los recursos hídricos, para ello, debe gestionar, administrar, controlar y cuidar los recursos hídricos, conforme lo determina el artículo 12 de la Constitución de la República del Ecuador, que además reconoce el agua como un bien nacional público, inalienable, imprescriptible, inembargable y sobre todo estratégico²¹.

El agua además de ser reconocida como un derecho humano fundamental, el modelo constitucional ecuatoriano, reconoce que este recurso por su importancia requiere ser tratada como parte de un sector estratégico. El concepto de sector estratégico, es definido por el artículo 314 de la Constitución de la República del Ecuador, el cual sostiene que son aquellos que poseen una trascendental influencia en los aspectos sociales, políticos y ambientales. En este marco el Estado es el garante y el único ente competente para administrar, regular, controlar, y gestionar este tipo de sectores estratégicos que luego se materializarán en servicios públicos. El suministro de agua y su saneamiento tendrán que mirar al pleno desarrollo de los derechos y al interés social, desde los principios de sostenibilidad, precaución, prevención y eficiencia, según el artículo 313 de la Constitución de la República del Ecuador 2008²².

La construcción jurídica constitucional ecuatoriana, en el marco de un modelo democrático sustancial, realiza una priorización para el destino de los recursos hídricos siendo la principal preocupación del Estado, el consumo humano, y luego, según un orden de prelación, el riego que garantice la soberanía alimentaria, el caudal ecológico y, finalmente, las actividades productivas. En efecto, el derecho humano al agua en el contexto ecuatoriano debe ser materializado mediante la institucionalización de

20 FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón, teoría del garantismo penal. Trotta, Madrid, 1995, pp. 227.

21 Constitución de la República del Ecuador 2008 ,Asamblea Nacional del Ecuador, Registro Oficial, No. 449, 20 de octubre 2008. (Fecha de último acceso 18-01-2021).

22 Constitución de la República del Ecuador 2008 ,Asamblea Nacional del Ecuador, Registro Oficial, No. 449, 20 de octubre 2008. (Fecha de último acceso 18-01-2021).

un servicio público hídrico integral que garantice la prestación de dicha actividad. En esta perspectiva, la estructura constitucional ecuatoriana prevé la inclusión del riego, el saneamiento, el alcantarillado y la depuración de aguas residuales. Todas prestaciones poseen la estructura necesaria para ser considerados servicios públicos sociales; su prestación está canalizada y dirigida por los diferentes niveles de gobierno que dispone la Constitución de la República del Ecuador (2008). Sin embargo, así como el Estado asume su prestación, existe la posibilidad de que las comunidades en alguna medida puedan contribuir a la materialización de dichos servicios.

La singularidad e importancia del reconocimiento del agua como un derecho esencial para la vida, ha permitido constatar la influencia de una visión democrática sustancial, deliberativa y participativa. La constitucionalización de este nuevo derecho facilita su exigibilidad ante órganos jurisdiccionales, sean estos nacionales o supranacionales, pero, además, su difusión ha permitido comprender y formar una verdadera conciencia colectiva de respeto y ejercicio responsable.

3.2. El Derecho Humano al Agua y al Saneamiento: ¿Un Derecho Humano del siglo XXI?

El reconocimiento del derecho humano al agua y al saneamiento en el año 2010, por parte de la Organización de las Naciones Unidas, y contenido en la Resolución 64/292²³, permitió que un conjunto de reivindicaciones y necesidades sociales fueran recogidas y reconocidas como un derecho esencial para el pleno disfrute de la vida y de los seres humanos. La aplicación de este derecho, estrechamente vinculado con la dignidad humana, puede ser considerada como una base en la estructura de los Derechos Humanos Emergentes del Siglo XXI²⁴.

Este nuevo derecho humano, reconocido por la Organización de las Naciones Unidas, dinamiza el pensamiento constitucional y abre la posibilidad de que pueda ser incluido en el catálogo de Derechos Humanos Emergentes. En esencia, el derecho humano al agua y al saneamiento centra su atención en la problemática de la falta de acceso al agua potable, la carencia de su adecuado tratamiento en el caso de las aguas residuales y la falta de visión para generar una cultura de la reutilización o de reciclaje hídrico. Todas estas circunstancias son percibidas como una problemática clara que afecta a la población mundial, y que en alguna medida los derechos fundamentales deben afrontar. Con este enfoque el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas y su Relator Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, plantearon que la satisfacción de este nuevo derecho pueda lograrse con el acceso y disposición de agua potable continua, suficiente, segura, de calidad, asequible económicamente y sin ningún tipo de discriminación, teniendo en cuenta la sostenibilidad de los ecosistemas²⁵. En un

23 Resolución 64/292, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 28 de julio de 2010, que reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos. (Fecha de último acceso 19-01-2021).

24 ESTAPÁ JAUME, Saura. El derecho humano al agua potable y al saneamiento perspectiva jurídica internacional. *Derechos y libertades*, n. 26, 2012, pp. 145-180.

25 *Ibid.*, pp. 177

primer momento, el criterio expuesto únicamente mira al uso personal y doméstico del agua; sin embargo, es necesario incorporar un enfoque integral de este nuevo derecho que permita abrir sus horizontes y que incorpore otros usos de los recursos hídricos, sin dejar de lado la garantía de la dignidad humana.

El carácter emergente del derecho humano al agua y al saneamiento, ha generado que elementos como la reutilización y la participación ciudadana en los diferentes procesos de construcción de una política pública y jurídica, sean considerados como tributarios de una visión de gestión integral de recursos y servicios públicos. Consecuentemente, el agua y el saneamiento son incorporados dentro de la categoría de derechos necesarios para la existencia y el desarrollo del individuo en un marco de dignidad²⁶.

En este sentido, es importante lo dicho en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Agua, celebrada en 1977 en Mar del Plata, Argentina que consistió en un llamamiento a los Estados para realizar evaluaciones de sus recursos hídricos, planes y políticas públicas para satisfacer las necesidades de agua potable y de saneamiento básico— el aspecto de la planificación de los recursos hídricos fue un eje transversal que permitió unir el concepto de agua con el de medioambiente²⁷. Todo un compendio de acuerdos se expresó en el plan de acción cuya meta para 1990 consistía en que todas las personas tuvieran acceso al agua dando inicio al Decenio internacional del agua potable y saneamiento ambiental, contenido en la Resolución 35/18 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de noviembre de 1980²⁸. Ya para el año 1992 en la ciudad de Dublín se celebró la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente, la cual puso en el tapete de la discusión el peligro que supone la escasez y el uso abusivo del agua dulce para el desarrollo sostenible; el pedido que nace de esta conferencia es un llamado a dar un nuevo enfoque sobre la evaluación del aprovechamiento y la gestión del agua²⁹.

La Conferencia sobre medio ambiente y desarrollo de 1992, celebrada en Río de Janeiro se denominó Cumbre de la Tierra ya que a partir de la misma se desprendieron una serie de instrumentos internacionales afines al medio ambiente como la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (ONU, 1992) y la Agenda 21 que, en su capítulo 18 se refiere al Derecho al Agua y a la protección de su suministro mediante la aplicación de criterios para el aprovechamiento eficiente (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, 1992). Pero, además, esta conferencia estableció ciertos principios rectores; especialmente aquel que determinó que los seres humanos constituyen el centro de la preocupación por el desarrollo

26 Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, Instituto de Derechos Humanos de Cataluña, Barcelona, 2009. (Fecha de último acceso 15-01-2021).

27 Conferencia de Naciones Unidas sobre Agua, año 1977, Mar del Plata, Argentina. (Fecha de último acceso 19-01-2021).

28 Resolución 35/18, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que proclama el período 1981-1990, Decenio Internacional del Agua Potable y del Saneamiento Ambiental, durante el cual los Estados Miembros asumirán el compromiso de lograr una mejora sustancial en las normas y los niveles de los servicios de suministro de agua potable y saneamiento ambiental para el año 1990. (Fecha de último acceso 19-01-2021).

29 Declaración de Dublín sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible, año 1992, por medio de la cual se hace un llamamiento a los Estados Miembros, para que se dé un enfoque radicalmente nuevo a la evaluación, al aprovechamiento y a la gestión de los recursos de agua dulce. (Fecha de último acceso 20-01-2021).

sostenible pero que, además tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza. La Cumbre de la Tierra, en este contexto normó la protección de la calidad del suministro de los recursos de agua dulce, la aplicación de criterios integrados para el aprovechamiento y uso de los recursos de agua dulce.

Para el año 2004, la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta la Resolución 58/217³⁰ la cual proclama el período de 2005 a 2015, como Decenio Internacional para la Acción “El agua, fuente de vida”, precisamente con esta resolución el enfoque y la protección que intenta promocionar las Naciones Unidas, se refiere a la ejecución de programas y proyectos relativos al agua, para asegurar la intervención de la mujer en las medidas de desarrollo relacionadas con el agua y promover la cooperación en todos los niveles para alcanzar los objetivos relativos al agua. En este orden de ideas, la Asamblea General de las Naciones Unidas planteó que el acceso al agua potable y a los servicios básicos como derecho elemental, debe garantizar el desarrollo sostenible, la erradicación de la pobreza y el mejoramiento de la salud y el bienestar de los seres humanos. Este enfoque es complementado por la Observación 15 del año 2002 efectuada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que definió al Derecho al Agua como “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”³¹, este criterio significó una contribución directa para que varios ordenamientos jurídicos, incorporen en sus estructuras una nueva dinámica en cuanto al recurso hídrico.

Ahora bien, el carácter que adquiere el derecho humano al agua y al saneamiento abre la posibilidad para que su regulación sea efectuada desde un enfoque de principios y de valores, ajena a la reflexión puramente legalista. Y es que, una de las características del constitucionalismo ecológico latinoamericano ha permitido que, en los ordenamientos jurídicos nacionales, sea posible la readaptación de una serie de postulados y principios todos ellos entorno a una regulación dogmática que busca un nuevo contexto constitucional similar a las exigencias ecologistas que pugnan por el reconocimiento de varios derechos afines a esta materia.

Vale la pena, citar el caso boliviano, el cual considera el agua como un recurso estrechamente vinculado con la cosmovisión indígena, constituye no solamente un bien de uso común, se refiere también a una parte integrante de la Madre Tierra. El Estado, en este sentido, debe promover el uso y el acceso al agua sobre los principios de solidaridad, complementariedad, equidad, diversidad, reciprocidad y sustentabilidad, protegiendo desde luego que el agua sea utilizada de manera prioritaria para la vida. El ordenamiento jurídico boliviano considera el agua en todos sus estados, como recurso estratégico; por lo tanto, es excluido de toda forma de privatización, así como de concesión, de acuerdo con el artículo 20 número III de la

30 Resolución 58/217, año 2004. Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el Decenio Internacional para la Acción, “El agua, fuente de vida”, 2005-2015. (Fecha de último acceso 19-01-2021).

31 Observación General 15, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Consejo Económico y Social, 2002. (Fecha de último acceso 18-01-2021).

Constitución de Política del Estado Plurinacional de Bolivia³².

Por su lado en la legislación colombiana existen elementos integradores del derecho al agua, como su acceso, el mínimo vital gratuito, la obligatoriedad de la prestación de los servicios públicos por entidades del Estado, pero también por entidades comunitarias sin ánimo de lucro. El modelo colombiano, reconoce la importancia de la protección de los ecosistemas sobre todo de aquellos que tengan que ver con el ciclo hídrico y, finalmente, todo aquello que tenga que ver con las estructuras organizativas y de planificación hídrica a nivel nacional (Constitución Política de Colombia, 2015).

En efecto, conforme el Informe Mundial de Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos del año 2019, el derecho humano al agua y al saneamiento posee una dinámica que le permite vincularse con otros derechos humanos. Precisamente, el éxito de este nuevo derecho humano radica en la buena gestión y gobernanza del agua. El informe mencionado, plantea además que es indispensable que el agua sea tratada como un bien común, por la importancia e impacto que este genera en la vida, no debe ser considerado un recurso económico, precisamente un reto ineludible de los Estados es garantizar que el agua esté disponible para usos futuros y actuales³³.

3.3. Contenido del derecho humano al agua y al saneamiento

El derecho humano al agua y al saneamiento posee un reconocimiento joven, su reconocimiento en la estructura internacional de derechos humanos es puesto en evidencia en el año 2010 cuando la Organización de las Naciones Unidas lo reconoció un derecho humano. Al ser una innovación jurídica, su contenido, elementos y estructura se encuentran aún en formación y adaptación. Este nuevo derecho, evidencia las brechas de la sociedad, identifica las personas con una vida saludable y aquellas que viven en la pobreza; factores derivados del acceso a este recurso.

El contenido de este nuevo derecho humano sintetiza e integra un cúmulo de aspiraciones y reivindicaciones. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en el año 2013, consideró que este derecho humano está llamado a satisfacer de agua suficiente, saludable, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Por lo tanto, la visión finalista se enfoca en el acceso a una cantidad de agua necesaria para satisfacer las necesidades básicas del ser humano y así mantener la vida y la salud, esta fórmula no quiere decir que, para cubrir esta necesidad, existe el derecho a disponer de una cantidad ilimitada de agua³⁴.

Así, de manera amplia, la estructura del derecho humano al agua y al saneamiento

32 Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Asamblea Constituyente, Honorable Congreso Nacional, 2009. (Fecha de último acceso 15-01-2021).

33 Informe Mundial de Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos 2019: No dejar a nadie atrás. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO, 2019. (Fecha de último acceso 23-01-2021).

34 Observación General 15, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Consejo Económico y Social, 2002. (Fecha de último acceso 20-01-2021).

está integrada de diversos elementos como: el acceso a un suministro suficiente de agua, libre de injerencias, agua no contaminada, sistemas de abastecimiento y gestión que fomenten el acceso a toda la población de manera igualitaria, así como una gestión que garantice la sostenibilidad para que este derecho pueda ser ejercido por futuras generaciones. Evidentemente, para lograr que estas condiciones sean efectivas es importante la concurrencia de varios factores como la cantidad, calidad y la accesibilidad.

Desde esta perspectiva, la cantidad, como elemento estructural del derecho humano al agua y saneamiento, no se refiere a la facultad que tienen los individuos para acceder a una cantidad ilimitada de agua; al contrario, el acceso a este recurso debe realizarse de tal manera que sea suficiente para satisfacer las necesidades básicas del individuo, sea para el consumo, higiene de alimentos, preparación de bebidas, saneamiento e higiene. La Organización Mundial de la Salud, cuando aborda el tema de la cantidad de agua que necesita una persona para satisfacer sus necesidades básicas de acuerdo con el uso y destino correspondiente, ha expresado que el abastecimiento de agua y saneamiento debe ser continuo y suficiente para el uso personal y doméstico; es decir, agua para el consumo humano, el saneamiento personal, para la preparación de los alimentos y la limpieza. Bajo estas condiciones se requieren entre 50 y 100 litros de agua por persona al día³⁵.

El concepto de cantidad, como un componente indispensable para lograr articular y cumplir este derecho fundamental, fue mencionado por primera vez en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua en el año 1977, en Mar del Plata, Argentina³⁶. El plan de acción de la mencionada conferencia determinó que la cantidad es un componente indispensable para que todos los pueblos independientemente de la etapa de su desarrollo y sus condiciones económicas y sociales accedan al agua potable en cantidad y calidad acorde con sus necesidades básicas. Por su lado, en 1994 el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo sostuvo que toda persona tiene Derecho a un nivel de vida adecuado para su familia, incluyendo para tal efecto el acceso a alimentación, vestido, vivienda, agua y saneamiento³⁷. Es decir, que la cantidad de este recurso se entrelaza con otros derechos para garantizar dignidad. En el año 1996 en el programa de Hábitat, que fue aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los asentamientos humanos, el agua y el saneamiento están incorporados dentro de la noción que garantiza un nivel de vida adecuado en concordancia con el planteamiento de los derechos humanos emergentes³⁸. Así, resulta que la cantidad del agua también ha sido abordada por otros organismos internacionales tales como el Consejo de Europa, el cual concluye que toda persona tiene derecho a una cantidad suficiente de agua para así satisfacer sus necesidades básicas de acuerdo con las recomendaciones de

35 World Health Organization: Right to water. Health and human rights publication series, no. 3. 2003, pp. 14. (Fecha de último acceso 12-01-2021).

36 Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, 30° Asamblea Mundial de la Salud. 18 de mayo de 1977

37 Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. Organización de las Naciones Unidas. El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994, pp. 51. (Fecha de último acceso 14-01-2021).

38 Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II). Organización de las Naciones Unidas. Estambul, 3 a 14 de junio de 1996, pp. 23. (Fecha de último acceso 15-01-2021).

la Organización Mundial de la Salud³⁹.

El goce efectivo del derecho humano al agua y al saneamiento supone el cumplimiento de ciertos factores que no tienen que ver exclusivamente con la cantidad suficiente; así, la calidad se presenta como otro elemento estructural del derecho humano al agua y saneamiento. Los individuos requieren para satisfacer sus necesidades personales y domésticas una cantidad adecuada; pero, además que el líquido sea apto para el consumo humano: es decir, que sea potable. La calidad hará referencia a la salubridad, olor, sabor adecuado, color y que se encuentre libre de microorganismos o sustancias químicas que amenazan la vida y la salud⁴⁰.

La calidad, en cuanto al factor determinante para lograr el cumplimiento pleno del derecho humano al agua, constituye una de las preocupaciones fundamentales del Estado, sobre todo partiendo de que la mayoría de los problemas de salud están relacionados con la contaminación o falta de tratamiento del agua, que afecta a los niños, adultos mayores o personas que se encuentren atravesando una enfermedad específica. Estos individuos presentan un alto riesgo de contraer enfermedades por estar en contacto con medios que son claramente antihigiénicos⁴¹.

La Observación General número 15, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, delimita y fija los lineamientos y los estándares básicos que debe reunir este recurso para ser considerado como apto para el consumo humano. El agua, según este documento, para que reúna las condiciones necesarias de calidad debe estar exenta de microbios y parásitos, pero también de sustancias químicas que puedan colocar en una situación de riesgo innecesario a los individuos. Su consistencia también es objeto de análisis y de constatación, pues debe reunir ciertas características básicas como un color, un olor y un sabor aceptable que impidan acceder a otras fuentes aparentemente más atractivas y que se encuentren contaminadas. Este factor ha contribuido en la formación de una nueva forma de entender el derecho al agua y al saneamiento, lo cual también ha traído consigo que los operadores de justicia realicen una aproximación y estudio de este derecho por medio de diversos fallos y pronunciamientos que recogen este concepto, permitiendo un nuevo enfoque jurídico.

Así, los operadores de justicia consideran que la insatisfacción de la calidad del agua puede derivar en un daño para el usuario que configura una falla en la prestación del servicio público. El caso Marchisio, José Bautista y otros, el juzgado de primera instancia de lo civil y comercial de octava nominación de la ciudad de Córdoba de la República de Argentina ordenó a la ciudad que adoptara todas las medidas necesarias para lograr el adecuado funcionamiento de la planta de tratamiento de líquidos cloacales, ya que producto de su saturación se había ocasionado que aguas sin recibir el tratamiento necesario sean vertidas directamente al río de la ciudad

39 Comunicación de la Comisión: relativa a la Iniciativa Ciudadana Europea El Derecho al agua y el saneamiento como derecho humano. El agua no es un bien comercial sino un bien público. Bruselas, 2014, pp. 9. (Fecha de último acceso 13-01-2021).

40 World Health Organization: Right to water. Health and human rights publication series, no. 3. 2003, pp. 15. (Fecha de último acceso 12-01-2021).

41 Organización Mundial de la Salud. Guías para la calidad del agua potable. Catalogación por la Biblioteca de la OMS. Primer Apéndice a la Tercera Edición. 2006, pp. 20. (Fecha de último acceso 13-01-2021).

contaminando esta fuente⁴².

En el caso colombiano, la calidad del agua también resulta de importancia al momento de integrar las sentencias de los jueces constitucionales. La ausencia de este factor ha permitido el desarrollo de una línea de pensamiento específica en la Corte Constitucional de Colombia, teniendo para ello como referente la sentencia T-418 del 2010⁴³, en la cual el ente prestador del servicio de agua potable debe implementar todos los procesos necesarios para garantizar la satisfacción de este derecho, tales como, la construcción y mejoramiento de acueductos rurales, el incremento en las coberturas de alcantarillados y la formulación de planes maestros para la construcción futura de acueductos y alcantarillados. De la misma manera, la sentencia T-092 de 1995 de la Corte Constitucional de Colombia considera que la calidad del agua afecta directamente los derechos fundamentales de la vida y a la salud. La prestación del servicio es deficiente al no contener elementos necesarios que permitan el consumo normal; no tener el servicio de acueducto o aun teniéndolo, pero que no incorpore las condiciones necesarias que permitan una utilización efectiva, lo cual ubica a los individuos en un escenario de riesgo innecesario, especialmente en el ámbito de la salud y la vida⁴⁴.

Otro elemento que moldea el derecho humano al agua y el saneamiento es el relativo a la accesibilidad. Conforme este elemento, el agua, así como las instalaciones que derivan de este recurso deben ser accesibles a todos tanto de hecho como de derecho. Así, la accesibilidad física se refiere a la importancia de que los servicios de agua y saneamiento se encuentren disponibles y al alcance de todos los sectores de la población. La accesibilidad física aborda condiciones específicas que permiten su cumplimiento, es decir, el acceso al agua debe ser culturalmente apropiado y apegado a los conceptos de género, edad y privacidad. Se ha pensado además que el acceso al agua y al saneamiento debe comprender también una ubicación cercana e inmediata que garantice la seguridad e integridad física de las personas. Para ello se ha llegado a calcular que el tiempo estándar para garantizar esta condición de accesibilidad física no debe exceder los 30 minutos de espera, y además que la distancia entre el hogar y la fuente de agua no debe ser mayor a 1 km de ida y vuelta. Tener presente estos condicionantes coadyuvan al ejercicio del acceso básico⁴⁵.

La otra dimensión de la accesibilidad se refiere a la económica; es decir, que la preocupación de los Estados también debe centrarse en lograr que los individuos posean la capacidad suficiente para adquirir el servicio de agua y de saneamiento. De esta manera los individuos no podrían ser privados del agua potable por no poder pagar, esto incluye la prestación y conexión del servicio. En este contexto, la accesibilidad

42 Sentencia Nro. 500. Marchisio José Bautista y otros. Juzgado Civil y Comercial de 8° Nominación en autos. Expediente 500003/36. República de Argentina, 2004. (Fecha de último acceso 17-01-2021).

43 Sentencia T-418/10. Acción de Tutela contra la Administración Municipal de Arbelaez y la Asociación de Usuarios del Acueducto Regional. Corte Constitucional de la República de Colombia, 2010. (Fecha de último acceso 17-01-2021).

44 Sentencia No. T-092/95. Sobre la calidad del agua que afecta directamente los derechos fundamentales de la vida y a la salud. Corte Constitucional de la República de Colombia, 1995. (Fecha de último acceso 17-01-2021).

45 HOWARD, Guy; BARTRAM, Jamie. Domestic Water Quantity, Service Level and Health, World Health Organization, Geneva, Switzerland, 2003. (Fecha de último acceso 16-01-2021)

del servicio de agua y saneamiento estará relacionado directamente con los costos de la prestación, y para ello es el Estado quien debe determinar, mediante el ejercicio adecuado de las políticas públicas, qué segmentos de la población deben pagar más y menos, e inclusive quiénes están exentos del pago, para lo cual la integración del concepto de cantidad mínima planteado por la Organización Mundial de la Salud contribuye a generar mecanismos que garanticen que el agua sea accesible.

Al respecto, se puede evidenciar que la accesibilidad económica sí contempla límites, por ejemplo, a la facultad que poseen los entes gubernamentales o privados que prestan el servicio público de agua potable respecto a la desconexión del servicio por falta de pago; y el límite se encuentra en la interrupción del servicio por falta de pago que no puede atentar contra la integridad y vida del individuo. No se puede negar el acceso a una cantidad mínima de agua potable si es que el individuo demuestra que no se encuentra en condiciones para pagar dicho servicio. Este lineamiento es claro y está determinado en la Observación General 15 sobre el Derecho al Agua, sección segunda, emitido por el Comité de Derechos Económicos de la Organización de las Naciones Unidas⁴⁶.

Los Estados deben velar por no incurrir en desconexiones o interrupciones arbitrarias o injustificadas de los servicios o instalaciones de agua potable y para ello es necesario cumplir una serie de requisitos que deben ser llevados a la práctica para garantizar su acceso. La cantidad mínima es un requisito para lograr la accesibilidad, por lo tanto, una interrupción arbitraria y que vulnere la continuidad de este servicio público puede derivar en una clara violación del derecho humano al agua y el saneamiento. En este punto vale destacar algunos fallos que vienen a tutelar el acceso al agua potable y el saneamiento, y es que, la Corte Constitucional Colombiana ha generado un tejido jurisprudencial interesante al sostener que cuando se efectúan los pagos de las tarifas de agua potable y saneamiento existe la garantía de una prestación eficiente del servicio público, también debe existir los suficientes mecanismos extra procesales para desincentivar la falta de pago por el acceso al agua y saneamiento. Además de reconocer la importancia por incorporar un debido proceso al cual los usuarios puedan acogerse, y que abarque todos los pasos necesarios que deben seguirse para que la institución prestadora del servicio pueda suspender el servicio, se ha identificado que existe una desproporcionalidad en la medida de suspender la prestación del servicio público de agua potable y saneamiento al tener que sacrificar un derecho fundamental.

El modelo colombiano, plantea y reconoce que es importante informar al usuario sobre el procedimiento de suspensión del servicio como consecuencia de la falta de pago, y para ello debe transparentarse la situación crediticia del individuo, permitiéndole flexibilizar su deuda. De lo que, si se tiene certeza, es que el flujo de agua de 50 litros que garantice la integridad del individuo está reconocido, como también la facultad que posee el prestador para iniciar acciones judiciales que buscan

46 Observación General 15, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Consejo Económico y Social, 2002. (Fecha de último acceso 21-01-2021).

recaudar los valores de la prestación del servicio de agua (Sentencia T-614/10⁴⁷, 2010; Sentencia T-717/10, 2010⁴⁸; Sentencia T-740/11, 2011⁴⁹). Sobre la accesibilidad económica se ha dicho también que debe imperar el principio de no discriminación; es decir, que todos los sectores de la sociedad pueden abastecerse y beneficiarse del derecho humano al agua y saneamiento,

Finalmente, el acceso a la información⁵⁰, conforme la Observación General 15 constituye otros de los elementos que moldean el contenido del derecho humano al agua y el saneamiento. El acceso a la información está vinculado plenamente con el derecho a la participación ciudadana, en el marco de una democracia participativa y deliberativa. Así, los individuos pueden expresar sus diferentes posiciones en todos los procesos de toma de decisiones relativos a la prestación y ejercicio del derecho humano al agua.

El reconocimiento jurídico del agua como derecho humano garantiza el desarrollo de otros tipos de derechos humanos como la vida, la salud, la calidad de vida, la alimentación, puedan desarrollarse⁵¹. Esta perspectiva, desecha el análisis autónomo de los derechos humanos y con base al carácter transversal del derecho ambiental, el constitucionalismo ecológico latinoamericano reconoce una dimensión integradora. El ser humano, con sus nuevas necesidades vitales, exige nuevos reconocimientos, y en ciertos casos estas nuevas exigencias basadas en la dignidad son elevadas a la categoría de derechos humanos⁵².

Visto de esta forma, el contenido del derecho humano al agua y al saneamiento adquiere una doble dimensión o enfoque protector: tutela y protege al individuo para satisfacer sus requerimientos básicos de acceso a este elemento vital; y, por otro lado, desde un enfoque del constitucionalismo ecológico, este derecho protege a la Naturaleza de una manera sostenible cuando se refiere al saneamiento y a la reutilización del agua. Así, este Derecho fundamental no solamente tiene un enfoque destinado a la satisfacción del individuo, la asequibilidad económica y la sustentabilidad financiera, sino que posee una faceta más amplia. El contexto actual, exige prestar atención a la participación de la comunidad en la gestión, en la vigilancia y

47 Sentencia T-614/10. Acción de Tutela Contra Alcaldía Municipal y Empresa Sanitaria, Caso en que la demandante, quién es la madre cabeza de familia, debido a su precaria situación económica, no ha podido cancelar el servicio público de acueducto. Corte Constitucional de la República de Colombia, 2010. (Fecha de último acceso 16-01-2021).

48 Sentencia T-717/10. Acción de Tutela Contra Empresa de Acueducto, Casos en que se suspendió la prestación del servicio de agua potable por incumplimiento de pago de las facturas en viviendas donde habitan sujetos de especial protección. Corte Constitucional de la República de Colombia, 2010. (Fecha de último acceso 16-01-2021).

49 Sentencia T-740/11. Acción de Tutela, Derecho al Agua Potable, orden al acueducto para que reconecte el servicio de agua donde residen sujetos de especial protección constitucional y garantice el suministro diario por lo menos de 50 litros de agua potable por persona. Corte Constitucional de la República de Colombia, 2010. (Fecha de último acceso 16-01-2021).

50 Informe Mundial de Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos 2019: No dejar a nadie atrás. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO, 2019. (Fecha de último acceso 23-01-2021).

51 HOYOS ROJAS, Luís. CERA RODRÍGUEZ, Laura. El derecho humano al agua como reivindicación neoconstitucional del sistema internacional de los derechos humanos: un nuevo derecho constitucional en Colombia. Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo. N. 2, 2013. (Fecha de último acceso 20-01-2021).

52 ESCORIHUELA, Miguel. El Derecho al Agua en el Derecho Argentino. Thomson Aranzadi, Navarra, España, 2006, pp. 225.

en el control de los servicios públicos hídricos; además, el contenido de este Derecho Fundamental, según Cristy Clark, debe incorporar en su estructura la protección de las fuentes hídricas y garantizar su sostenibilidad⁵³. Desde esta perspectiva, se puede notar el tránsito de una visión jurídica ambiental antropocéntrica caracterizada en una visión de índole económica, a una biocéntrica, en la cual es la Naturaleza y las fuentes hídricas constituyen el centro de la protección jurídica.

3.4. El bien jurídico protegido del derecho humano al agua y al saneamiento.

Clásicamente el lenguaje jurídico, centró su atención en una línea que privilegia el antropocentrismo, noción que hace referencia a lo humano. El antropocentrismo, deriva del griego *anthropos* que significa: hombre; y, del latín *centrum*; que, significa centro de algo. La visión antropocéntrica cobró fuerza en la Edad Media, al ser el individuo la cúspide en la pirámide de toda creación. En este sentido, el enfoque jurídico antropocéntrico, excluye a todo ser que no sea considerado humano, y por lo tanto el Derecho debe centrarse únicamente en el individuo, como fin último.

Es por eso, que las construcciones jurídicas tradicionales se basan en un enfoque antropocéntrico, el ser humano es la principal preocupación del Derecho. Esta línea constructiva, se puede evidenciar en varios instrumentos internacionales que se inclinan hacia la protección de los seres humanos, dejando a un lado a la Naturaleza. La definición realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación 15, es un claro ejemplo de una visión antropocéntrica al considerar que “el derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”⁵⁴. Otro ejemplo de esta visión es la definición que trae a colación la Organización Mundial de la Salud la cual sostiene que se debe garantizar el “Derecho a un acceso al agua de suficiente limpieza y en suficiente cantidad para satisfacer las necesidades humanas, incluyendo entre ellas, como mínimo, las relativas a bebida, baño, limpieza, cocina y saneamiento”.⁵⁵ Y, si vamos más allá, en la Resolución 64/292 de la Asamblea de las Naciones Unidas, reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos, por lo que su tutela por parte de los Estados resulta fundamental⁵⁶. Este nuevo derecho responde a la crisis hídrica mundial de la cual no es posible abstraerse, por estar directamente vinculado a la vida y a otros derechos fundamentales.

Existe una premisa clara que se proyecta en el entorno internacional, y que se

53 CLARK, Cristy. El lugar central de la participación comunitaria para hacer efectivo el derecho al agua. El caso ilustrativo de Sudáfrica. En. Sultana Farhana. El Derecho al agua. Economía, Política y Movimientos Sociales. Trillas. México, 2014, pp. 9.

54 Observación General 15, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Consejo Económico y Social, 2002. (Fecha de último acceso 21-01-2021).

55 CORICHI GARCÍA, Claudia. Analizando el Derecho al Agua como un Derecho Humano, Archivos Universidad Nacional Autónoma de México. (Fecha de último acceso 22-01-2021).

56 Resolución 64/292, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 28 de julio de 2010. (Fecha de último acceso 23-01-2021).

traduce en la protección del medio ambiente, de esta tutela es posible garantizar la satisfacción de necesidades futuras. A pesar de la necesidad de protección, el medio ambiente aún es entendido como un instrumento que se encuentra al servicio de la humanidad. Consecuentemente, su estructura adquiere la forma de un bien que puede ser sujeto a uso, goce y disposición. La perspectiva utilitarista se encuentra vinculada con el antropocentrismo jurídico, por considerar que la vida humana depende y se encuentra sujeta a la protección del ambiente.

La línea constitucional y de derechos fundamentales latinoamericana y especialmente la ecuatoriana adquiere paulatinamente un nuevo enfoque transformando el bien jurídico protegido en materia ambiental e hídrica. El reconocimiento de derechos propios de la Naturaleza, como sujeto de derechos en la estructura constitucional ecuatoriana y boliviana, evidencia que el medio ambiente reclama una posición protagónica y no una instrumental ligada y dependiente de la persona humana⁵⁷. La alternativa jurídica biocéntrica, busca la conservación y el equilibrio ambiental, ofrece una fundamentación sustancial que parte desde los valores intrínsecos de la Naturaleza trasladados al campo jurídico.

El giro entre el antropocentrismo y el biocentrismo, afecta directamente la forma de tutelar el medio ambiente. Bajo este contexto, la estructura jurídica reconoce e incorpora el principio *In Dubio Pro-Natura*, como un mandado de optimización presente para generar un ordenamiento normativo ambiental permeable, caracterizado por su perfeccionamiento y desarrollo progresivo⁵⁸. El principio *In dubio Pro-Natura*, presente en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 395 número 4, reconoce como principio ambiental de que: “en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza”. De esta manera los recursos hídricos, se presentan como un factor elemental para dar soporte al medio ambiente, es así que el bien jurídico que se protege, debe ser construido desde la base del principio *In dubio Pro Agua*, reconocido e incorporado en la Declaración de Jueces sobre Justicia Hídrica Brasilia en el año 2018, el cual plantea que: “en caso de incertidumbre, las controversias ambientales e hídricas ante las cortes deberán resolverse, y las leyes aplicables interpretarse, de la manera en la cual sea más probable proteger y conservar los recursos hídricos y los ecosistemas relacionados”⁵⁹. Desde esta perspectiva, el bien jurídico protege y promueve la defensa e integridad de las fuentes hídricas; protección que debe asumir el Estado, para garantizar la vida, proteger y promover los derechos fundamentales que se vinculan directamente con el agua.

Visto de esta forma, el Estado debe asegurar y garantizar la satisfacción del derecho humano al agua y al saneamiento, para lo cual debe enfocarse en: consolidar la prohibición de la contaminación ilegal de los recursos hídricos; potenciar el acceso al agua potable y el saneamiento; evitar la injerencia y el acceso a los suministros

57 GUDYNAS, Eduardo. La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador. *Revista de Estudios Sociales* N. 32. 2009. (Fecha de último acceso 20-01-2021).

58 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 110.

59 Declaración de Jueces sobre Justicia Hídrica, 8º Foro Mundial del Agua, Brasilia, 21 de marzo, 2018. (Fecha de último acceso 23-01-2021).

de agua existentes, especialmente las fuentes de agua tradicionales, proteger a los individuos contra las amenazas y la seguridad personal al momento de acceder a los servicios agua y de saneamiento fuera del hogar, garantizar el acceso a una cantidad mínima de agua potable para mantener la vida y la salud; implementar mecanismos que fomenten la participación en la adopción de decisiones relacionadas con el agua y el saneamiento a nivel nacional y comunitario; y, construir un sistema de políticas públicas hídricas integrales que incorporen estándares de planificación gubernamental encaminadas a la sostenibilidad y reciclado hídrico.

3.5. La reutilización del agua, como una respuesta sostenible.

Los derechos fundamentales, poseen una dinámica propia que permite su incesante transformación y adaptación a la realidad social. En efecto, esta dinámica también se encuentra presente en la estructura del derecho al agua. Precisamente, es la reutilización hídrica un componente que demuestra el carácter dinámico de este nuevo derecho humano. De hecho, corresponde al Estado asumir un rol que permita la institucionalización de la reutilización hídrica, para garantizar que la aspiración de la sostenibilidad hídrica se cumpla y evitar caer en meros discursos retóricos. Por lo que, el reconocimiento y positivización del derecho al agua, requiere complementarse y nutrirse, desde una dimensión ética, moral y política, sólo así existiría una satisfacción plena y efectiva⁶⁰.

En el contexto del constitucionalismo ecológico latinoamericano la protección de la Naturaleza exige la incorporación del principio de sostenibilidad y ética ambientalista a las diferentes formas de gestión que desarrollan los Estados. La actuación gubernamental sostenible, reivindica diferentes metodologías que buscan generar el menor impacto ambiental. La reutilización de los recursos hídricos permite abrir un nuevo horizonte, hacia una gestión institucionalizada que propenda a la regulación integral del agua. Desde una posición de derechos humanos, la incorporación de la reutilización al discurso jurídico encuentra justificación en la progresividad de los derechos. La progresividad de los derechos humanos es una característica innata y que permite a su estructura ampliarse tanto en su contenido como en la eficacia de su control⁶¹.

Es importante sostener que un régimen jurídico de tratamiento de aguas y su reutilización, contribuye al logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, y a la vez a la elaboración precisa de un sistema institucional de servicios públicos hídricos, contruidos sobre un modelo que privilegie la gestión integral de estos recursos. En efecto, la reutilización es un factor clave para invocar la sostenibilidad hídrica, y que con la Declaración de la Década del Agua del año 2005 al 2015 cuya denominación fue “El Agua, Fuente de Vida” la reutilización del agua preocupó a los gobiernos latinoamericanos que empiezan a prestar atención a este factor. La reutilización del agua, empieza a incluirse en el discurso político, sobre todo como consecuencia del

60 SANCHEZ BRAZO, Álvaro. Agua: Un recurso escaso, Sevilla: ArCiBel, España, 2006, pp.54-55.

61 CARPIZO, Jorge. Los Derechos Humanos: naturaleza, Denominación y Características, Cuestiones Constitucionales, no. 25, julio-diciembre 2011, pp. 19-22. (Fecha de último acceso 24-01-2021).

Informe Regional sobre la Evaluación (2000) en la región de las Américas, estudio que arroja entre otras cifras que solamente el 13.7% de las aguas residuales que derivan del uso doméstico poseen una conexión a redes de alcantarillado, recibiendo en alguna medida un tratamiento específico; sin embargo, cerca de 208 millones de habitantes descargan sus aguas sin ningún tipo de tratamiento específico⁶².

En este sentido, el 22 de marzo del 2017 en la ciudad de Durban, se celebraría el Día Mundial del Agua, bajo el lema “Aguas Residuales, el recurso desaprovechado”. En dicho encuentro se presentó el Informe de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos; en el cual se puede evidenciar cómo las aguas residuales una vez tratadas pueden ser un recurso inestimable para satisfacer la creciente demanda de agua dulce para ser utilizada en diversas actividades del quehacer social. Al ser el agua dulce un recurso finito y limitado, el agua residual una vez tratada puede constituirse como el nuevo “oro negro” al contribuir al cumplimiento de uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, cuya meta es lograr reducir para el 2030 la cantidad de aguas residuales sin tratar a la mitad. La idea, según este informe, es profundizar la reutilización como una herramienta que permita gestionar y reciclar el agua que usamos en nuestra vida cotidiana, así como en las diversas actividades industriales y productivas⁶³.

El Informe de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos destaca el uso planificado y seguro del agua tratada en Jordania, en donde desde el año 1977 se ha logrado que el 90% de sus aguas residuales sean tratadas y utilizadas para el riego de cultivos; de la misma manera el caso de Israel es otro ejemplo de gestión integral de recursos hídricos, ya que sus aguas residuales tratadas representan cerca de la mitad de toda el agua usada para sus regadíos⁶⁴.

La regulación de la reutilización del agua debe guardar conexión con el mantenimiento del equilibrio ambiental y, además como un instrumento que invita a la generación de un cambio de paradigma, cuyo eje se refiere al cuidado con un pensamiento que reivindica la importancia de la sostenibilidad ambiental. En este contexto, es posible formular una interrogante ¿Nos podríamos situar entonces en una economía de orden circular? Al parecer sí, y es que la reutilización del agua como método de protección medioambiental, se perfila como un servicio público hídrico emergente, presente para proyectar un modelo de sostenibilidad del agua, en beneficio del ser humano y de la Naturaleza.

La reutilización de las aguas en el mundo antiguo dio algunas pautas para que en el futuro pueda ahondarse en su abordaje conceptual, desde su utilización como una fuente alternativa en las civilizaciones griegas y romanas, de tal manera que, con los efectos de la Revolución Industrial y luego con la reorganización europea post Segunda Guerra Mundial, la depuración y reutilización de las aguas incentivó la

62 Organización Panamericana de la Salud, Organización Mundial de la Salud, División de Salud y Ambiente. Informe Regional sobre Evaluación 2000 en la Región de las Américas. Agua Potable y saneamiento, estado actual y perspectiva. Biblioteca OPS, Washington, D.C, 2001, pp. 5. (Fecha de último acceso 17-01-2021).

63 Informe mundial de las Naciones Unidas sobre el desarrollo de los recursos hídricos, 2017: Aguas residuales: el recurso no explotado, 2017, pp. 38 (Fecha de último acceso 21-01-2021).

64 Ibid, pp. 78.

implementación de un sistema regulatorio, que determine el uso de las aguas tratadas⁶⁵. Durante las últimas décadas la regeneración, el reciclaje y la reutilización de las aguas residuales adquieren una connotación que trasciende a la esfera de la planificación hídrica integral. Precisamente, la Carta Europea sobre Recursos Hídricos del año 2001 es una buena muestra para comprender que la reutilización es incorporada en la estructura del derecho humano al agua y al saneamiento. La reutilización del agua se construye sobre la base de los principios ambientales recogidos por la doctrina ambientalista internacional, y que guían el uso de los recursos hídricos de una manera integral; además que, promueve derechos y deberes de los ciudadanos y de los entes gubernamentales⁶⁶.

La clara necesidad de institucionalización pública, basada en un servicio público de reutilización del agua, requiere, por lo tanto, una nueva forma de gestión integral de los recursos hídricos. Precisamente, la reutilización del agua necesita consolidarse mediante un conjunto de instrumentos normativos y políticas públicas hídricas. En este orden de ideas, es necesario que se potencie la reutilización del agua como una fuente hídrica alternativa, con el fin de contribuir a la disminución de la escasez de agua dulce. Ciertamente, la sostenibilidad de los recursos hídricos debe incorporar una visión que fomente la reutilización como un factor que contribuya al buen uso de las aguas residuales, producto de la actividad doméstica o industrial. El beneficio de la reutilización hídrica, conforme la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, esta orientada a principalmente a cambiar los patrones de consumo, contribuir a la protección del ambiente y a la biodiversidad, lograr el crecimiento económico e industrial que trae como consecuencia una mejora en la gestión del suelo, del agua, y del aire⁶⁷.

Precisamente, una de las metas para el año 2030 y que se ha planteado por parte de las Naciones Unidas, es lograr y poner en práctica la gestión integrada de los recursos hídricos en todos los niveles, inclusive mediante la cooperación transfronteriza, lo cual trae aparejado el desarrollo de una economía circular que reduce extracciones de agua y la pérdida de recursos en los diferentes sistemas de producción y actividades económicas. Según el Informe Mundial sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos de las Naciones Unidas 2017: Aguas residuales, el recurso desaprovechado, es necesario lograr la aprobación social respecto al uso de aguas residuales reutilizadas, para fortalecer la sostenibilidad de los recursos hídricos. Precisamente este fortalecimiento de los recursos hídricos, se lograría mediante la institucionalización de un servicio público integral bajo la prestación directa del Estado, o mediante la colaboración con agentes privados que prestan dicho servicio

65 WIMPENNY, James; INGO, Heiz; SASHA KOO, Oshima. Reutilización del agua en la agricultura: ¿Beneficios para todos?, Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, Roma 2013. (Fecha de último acceso 24-01-2021).

66 Carta Europea de Recursos Hídricos. Consejo de Europa. Comité de Ministros, 2001. (Fecha de último acceso 19-01-2021).

67 Informe mundial de las Naciones Unidas sobre el desarrollo de los recursos hídricos, 2017: Aguas residuales: el recurso no explotado. Programa Mundial de la UNESCO de Evaluación de los Recursos Hídricos. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO, París, 2017, pp. 202. (Fecha de último acceso 21-01-2021).

a nombre del Estado o de manera colaborativa⁶⁸.

Se plantea entonces que, la reutilización del agua es un mecanismo potenciador de la sostenibilidad hídrica que incorpora diversos elementos técnicos, encaminados a la protección, aseguramiento y el ahorro de un recurso ambiental finito, como es el agua⁶⁹. La estructura jurídica especializada en materia hídrica cobra fuerza y asume una faceta eminentemente técnica. Así, la complementariedad de una estructura normativa y de política pública en materia hídrica, es fundamental. Sólo así, es posible la aplicación adecuada de la reutilización del agua, que evite la concreción de eventos dañosos, graves e irreversibles, que pueda sufrir el ambiente o el individuo, como consecuencia de la falta de certeza el desarrollo de la reutilización del agua⁷⁰.

Es innegable que la reutilización del agua se presenta como una oportunidad interesante para fortalecer el abastecimiento convencional del agua. Precisamente, el criterio del Informe mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos del año 2019, considera que la reutilización del agua ofrece diversas oportunidades para fortalecer el abastecimiento convencional de agua, sobre todo en ciudades en las cuales las fuentes de agua son distantes. A pesar de la importancia estratégica de un recurso hídrico no convencional como es el agua reutilizada, aún no existen las suficientes políticas y normas que permitan explotar todo el potencial del agua reutilizada⁷¹. La institucionalización jurídica y política de la reutilización del agua es una tarea pendiente para los Estados.

4. Hacia un Derecho Fundamental al Agua, al Saneamiento y a la Reutilización

La preocupación de los Estados por conservar fuentes de agua que puedan ser utilizadas por los individuos es una preocupación actual que debe influir en la construcción de políticas y de normas que guíen, desarrollen y fortalezcan el derecho humano al agua y al saneamiento. El carácter dúctil de los derechos humanos ha hecho posible un resurgimiento y reconocimiento de nuevas categorías, consideradas emergentes o del siglo XXI, que desde luego se encuentran en sintonía con las necesidades actuales. Bajo este contexto, los derechos humanos del siglo XXI encuentran su fundamento en un modelo social caracterizado por la globalización y las prácticas mercantilistas. Los derechos humanos emergentes, como propuesta innovadora reflejan y reivindican la protección y promoción de un conjunto de derechos humanos necesarios para dignificar al individuo y para proteger al ambiente. El derecho humano al agua y al saneamiento se perfila como un derecho humano

68 Informe mundial de las Naciones Unidas sobre el desarrollo de los recursos hídricos, 2017: Aguas residuales: el recurso no explotado, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO. 2017, pp. 136 (Fecha de último acceso 21-01-2021).

69 HESPANHOL, Ivanildo; BEZERRIL JÚNIOR, Paulo. Conservação e reúso de água como instrumentos de gestão de 2017. Engenharia, no 66. 2008. (Fecha de último acceso 21-01-2021).

70 ARCILA SALAZAR, Beatriz. El principio de precaución y su aplicación judicial, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, no. 111, julio-diciembre 2009, pp. 283-304. (Fecha de último acceso 18-01-2021).

71 Informe Mundial de Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos 2019: No dejar a nadie atrás. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO, 2019. (Fecha de último acceso 23-01-2021).

emergente, que aporta un cúmulo de aspiraciones relativas a la dignificación del individuo, la protección de la Naturaleza en lo que respecta a las fuentes hídricas y equilibrio ecosistémico y el desarrollo de la sostenibilidad hídrica.

En este sentido, la Constitución de la República del Ecuador del 2008, con el objetivo de fortalecer las estructuras de políticas públicas y normativas se prohíbe cualquier tipo de apropiación o privatización del agua, de acuerdo con el artículo 318 inciso primero. Con este enfoque claro, los recursos hídricos pasan a ser considerados como un recurso esencial para mantener el frágil equilibrio eco-sistémico, dejando a un lado el criterio que reconocía que este recurso es una utilidad meramente comercial⁷². La introducción del concepto de patrimonio, que reemplaza a la noción de bien público en la estructura constitucional ecuatoriana, resulta un avance al permitir garantizar el agua para las futuras generaciones. Hablar del patrimonio hídrico abre la puerta a la protección y garantía de los ciclos vitales del agua y sus diversos usos o valores, sean ambientales, sociales, culturales, económicos, entre otros. El contexto constitucional ecuatoriano, ha creído conveniente dejar de pensar en el capital natural, que traía consigo diferentes procesos mercantilizados. Por lo tanto, es importante hablar del agua como un patrimonio natural que guarda concordancia plena con el reconocimiento de los derechos de la Naturaleza, en tanto obliga a múltiples actores a la defensa de estos, por su valor intrínseco independientemente de su utilidad en el comercio⁷³.

El reconocimiento constitucional del derecho humano al agua como fundamental e irrenunciable de acuerdo con el artículo 12 de la Constitución de la República del Ecuador, no se reduce al acceso para el consumo humano o doméstico, sino al derecho de uso del agua para garantizar la vigencia de otros derechos como los de la Naturaleza, la salud, la soberanía alimentaria y los diferentes usos culturales del agua. Este modelo, permite construir una visión que incorpora además a la reutilización, como un elemento que potencia la sostenibilidad hídrica. La dimensión sociocultural del agua, reconocida por el constitucionalismo ecuatoriano permite relacionar el concepto de patrimonio nacional con las diferentes posiciones, costumbres e historia, con las cuales las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas desarrollaron el concepto y el valor del agua⁷⁴.

Ciertamente, la planificación e institucionalización práctica de un derecho humano que integre el agua potable, el saneamiento y la reutilización, conllevaría el nacimiento de una obligación directa por parte del Estado de proteger las fuentes, vertientes y zonas de recarga, regulando su uso para actividades hidrocarburíferas, mineras y cualquier tipo actividad contaminante. La precaución y prevención del agua como deberes del Estado, según el constitucionalismo ecuatoriano se extiende cuando existe el deber de respetar y mantener el curso natural de ríos, cascadas, arroyos y esteros, evitando que los proyectos de captación o desvío de agua puedan

72 Constitución de la República del Ecuador 2008 ,Asamblea Nacional del Ecuador, Registro Oficial, No. 449, 20 de octubre 2008. (Fecha de último acceso 18-01-2021).

73 ACOSTA, Alberto. Agua un Derecho Humano Fundamental, Universidad Politécnica Salesiana - Fundación Rosa Luxemburgo, Quito, 2010, pp. 27.

74 GRANDA, Alicia. Agua, vida y conflicto. Panorama Social del Agua en el Ecuador. Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, pp. 29.

afectar los ciclos y caudales ecológicos.

El derecho humano al agua y al saneamiento en el modelo ecuatoriano se encuentra aún bajo construcción. Una de las cuestiones que requieren un verdadero estudio pormenorizado y que permitirá una aplicación efectiva de este derecho se refiere a la planificación de un sistema de gestión hídrica integral y promocionar un modelo que priorice la prestación de servicios hídricos integrales y sostenibles.

Conclusiones

Es indudable la importancia del Derecho al Agua y al Saneamiento. La preocupación de los Estados por conservar fuentes de agua que puedan ser utilizadas por los individuos se ha convertido en una de las principales políticas de Estado. Según la noción biocéntrica esta preocupación trasciende a otros entes que conforman el mundo ecológico, y su carácter personalísimo y su faceta transversal permite condicionar la existencia y el ejercicio de cualquier otro derecho.

El carácter dúctil de los Derechos Fundamentales ha hecho posible un resurgimiento y reconocimiento de nuevas categorías, consideradas emergentes o del siglo XXI, que desde luego se encuentran en sintonía con las necesidades actuales fruto del desarrollo social desenfrenado. Bajo este contexto, los Derechos Humanos del siglo XXI encuentran su fundamento en un modelo social caracterizado por la globalización y las prácticas mercantilistas lo que trae consigo que las diversas actividades de los seres humanos sean insostenibles. Esta categoría de derechos humanos, combaten el pensamiento consumista y mercantilista, reflejan la importancia de la protección y promoción de un conjunto de derechos humanos afines a las necesidades actuales en el marco de la diversidad cultural y natural. Los derechos emergentes, que surgen como consecuencia de la sociedad globalizada y de la indiferencia de los Estados son considerados reivindicaciones necesarias de la sociedad que pugna por la formulación de nuevos derechos humanos. Uno de estos nuevos derechos, que se perfila como el centro de atención mundial por estar vinculado a múltiples facetas de la vida, es el derecho al agua y el saneamiento pues los derechos humanos no pueden ser mecánicos ni rígidos; al contrario, dan respuesta a un cúmulo de aspiraciones y una de ellas es lograr la sostenibilidad hídrica.

La introducción del concepto de patrimonio, que reemplaza a la noción de bien en la estructura constitucional ecuatoriana, resulta un avance al permitir garantizar el agua para las futuras generaciones. Hablar del patrimonio hídrico abre la puerta a la protección y garantía de los ciclos vitales del agua y sus diversos usos o valores, sean ambientales, sociales, culturales, económicos, entre otros. Aceptar el concepto de agua desde un enfoque público replantea la forma misma de entender su importancia para la vida.

La estructura del derecho al agua y al saneamiento requiere adaptarse a las nuevas exigencias sociales, contemplando el reconocimiento de la reutilización como parte de la estructura básica de este derecho lo que permitiría garantizar en el futuro la disponibilidad de agua. Parte del cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, especialmente en lo que tiene que ver el objetivo número 6, al permitir

combatir directamente la proyección que se tiene para el año 2050, año en el cual se tiene previsto que al menos un 25% de la población mundial viva en un país afectado por escasez crónica y reiterada de agua dulce⁷⁵.

Es importante destacar que el Objetivo de Desarrollo Sostenible número 6, delimita los ejes que requieren ser potenciados por parte del Estado, el ciclo del agua, la calidad del agua, la gestión de aguas residuales, el uso, la escasez y la gestión de los recursos hídricos, son factores que demandan un desarrollo desde la política pública, como de la normativa específica. Ciertamente, el agua y su incorporación en los Objetivos de Desarrollo Sostenible, proyecta un esquema de planificación programática con un enfoque transversal, que los Estados deben implementar para garantizar que, en el año 2030, se pueda consolidar la sostenibilidad hídrica. En relación con este tema, la Asamblea General de las Naciones Unidas, reconoció la necesidad de un tratamiento integral de las cuestiones relacionadas con el agua por su relación entre sí, reconoció además que el agua potable, el saneamiento, y la higiene se encuentran en el núcleo del desarrollo sostenible⁷⁶.

Uno de los componentes más destacados, del Objetivo de Desarrollo Sostenible número 6, consiste en la necesidad de desarrollar un marco sectorial de gestión integral de recursos hídricos, para equilibrar los diferentes usos del agua. De allí, que para el año 2030, sea factible constatar actividades y programas sobre la captación de agua, desalinización, uso eficiente de los recursos hídricos, tratamiento de aguas residuales, reciclado y tecnologías de reutilización.

En esta perspectiva, la fundamentalidad del Objetivo de Desarrollo Sostenible número 6, transforma la forma de construir las políticas públicas nacionales, y sienta las bases para una adecuada institucionalización jurídica de la reutilización del agua como un factor que cierra el círculo de los servicios públicos hídricos. De hecho, la Agenda para el 2030, sostiene la necesidad de que se pueda profundizar la implementación del ciclo integral del agua, como una oportunidad para el cumplimiento de los derechos humanos. El ciclo integral del agua garantiza un entorno que potencia la sostenibilidad hídrica y la aplicación de un modelo que privilegia la economía circular.

Bibliografía.

8° Foro Mundial del Agua. Declaración de Jueces sobre Justicia Hídrica. Brasilia, 21 de marzo, 2018. Disponible en: https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/brasilia_declaracion_de_jueces_sobre_justicia_hidrica_spanish_unofficial_translation_0.pdf. (Fecha de último acceso 23-01-2021).

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. La Internacionalización del Derecho Constitucional. Estudios Constitucionales, vol. 5, n. 1, 2007, pp. 226. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/820/82050109.pdf>. (Fecha de último acceso 20-01-2021).

ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios

⁷⁵ Objetivos de Desarrollo Sostenible. Organización de las Naciones Unidas, 2015. (Fecha de último acceso 14-01-2021).

⁷⁶ VILLALVA, Amancay; RIVERO, María del Mar; GUIJARRO, Alberto. Los derechos humanos al agua potable y al saneamiento en la Agenda 2030. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Ingeniería para el Desarrollo Humano 2016. (Fecha de último acceso 02-04-2021).

Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 110.

ARCILA SALAZAR, Beatriz. El principio de precaución y su aplicación judicial. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, no. 111, julio-diciembre 2009, pp. 283-304. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/1514/151412839004.pdf>. (Fecha de último acceso 18-01-2021).

Asamblea Constituyente de Colombia de 1991. Constitución Política de Colombia 1991, actualizada con los Actos Legislativos a 2016, Edición especial preparada por la Corte Constitucional Consejo Superior de la Judicatura Centro de Documentación Judicial- CENDOJ Biblioteca Enrique Low Murtra -BELM. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>. (Fecha de último acceso 17-01-2021).

Asamblea Constituyente, Honorable Congreso Nacional. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. 2009. Disponible en: <https://tcpbolivia.bo/tcp/sites/default/files/pdf/normas/cpe/cpe.pdf>. (Fecha de último acceso 15-01-2021).

Asamblea Mundial de la Salud. Conferencia de Naciones Unidas sobre el Agua. 1977. Disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/105490/WHA30.33_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y. (Fecha de último acceso 19-01-2021).

Asamblea Nacional del Ecuador. Constitución de la República del Ecuador 2008. Registro Oficial, No. 449, 20 de octubre 2008. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/quienes-somos/normativa/4014-constitucion-de-la-republica-del-ecuador-1/file.html>. (Fecha de último acceso 18-01-2021).

CARPIZO, Jorge. Los Derechos Humano: naturaleza, Denominación y Características Cuestiones Constitucionales, no. 25, julio-diciembre 2011, pp. 19-22. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000200001. (Fecha de último acceso 24-01-2021).

CLARK, Cristy. El lugar central de la participación comunitaria para hacer efectivo el derecho al agua. El caso ilustrativo de Sudáfrica. En: Sultana Farhana. *El Derecho al agua. Economía, Política y Movimientos Sociales*. Trillas. México, 2014, pp. 241.

Comisión Europea. Comunicación de la Comisión: relativa a la Iniciativa Ciudadana Europea El Derecho al agua y el saneamiento como derecho humano. El agua no es un bien comercial sino un bien público. Bruselas, 2014, pp. 9. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9bf48961-b030-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0005.04/DOC_1&format=PDF (Fecha de último acceso 13-01-2021).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Consejo Económico y Social. Observación General 15. 2002. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8789.pdf>. (Fecha de último acceso 18-01-2021).

Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente CIAMA. Declaración de Dublín sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible. 1992, Disponible en: <http://appweb.cndh.org.mx/derechoagua/archivos/contenido/CPEUM/E1.pdf> (Fecha de último acceso 20-01-2021).

Consejo de Europa. Comité de Ministros, Carta Europea de Recursos Hídricos. 2001. Disponible en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.

aspx?ObjectID=0900001680504d85. (Fecha de último acceso 19-01-2021).

Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-740/11. Acción de Tutela, Derecho 2010. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-740-11.htm>. (Fecha de último acceso 16-01-2021).

CORICHI GARCÍA, Claudia. Analizando el Derecho al Agua como un Derecho Humano. Archivos Universidad Nacional Autónoma de México. 2012. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3184/14.pdf>. (Fecha de último acceso 22-01-2021).

Corte Constitucional de la República de Colombia, 2010. Sentencia T-614/. Acción de Tutela Contra Alcaldía Municipal y Empresa Sanitaria, Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-614-10.HTM>. (Fecha de último acceso 16-01-2021).

Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia T-418/10, Acción de Tutela contra la Administración Municipal de Arbelaez y la Asociación de Usuarios del Acueducto Regional. 2010. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-418-10.htm> (Fecha de último acceso 17-01-2021).

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia No. T-092/95. Sobre la calidad del agua que afecta directamente los derechos fundamentales de la vida y a la salud. Corte Constitucional de la República de Colombia, 1995. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-092-95.htm> (Fecha de último acceso 17-01-2021).

Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-717/10. Acción de Tutela, 2010. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-717-10.htm#:~:text=T%2D717%2D10%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20derecho%20a%20disponer%20y,de%20proteger%20y%20de%20garantizar>. (Fecha de último acceso 16-01-2021).

DOBSON, Andrew. Ciudadanía Ecológica: ¿una influencia desestabilizadora?, Isegoría, 2001, pp. 167-187. Disponible en: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/610/611> (Fecha de último acceso 18-01-2021).

ESCORIHUELA, Miguel. El Derecho al Agua en el Derecho Argentino. Thomson Aranzadi, Navarra, España, 2006, pp. 225.

ESTAPÁ JAUME, Saura. El derecho humano al agua potable y al saneamiento perspectiva jurídica internacional. Derechos y libertades, n. 26, 2012, pp. 145-180.

FERRAJOLI, Luigi, Derechos y Garantías. La Ley del más débil. Trotta, Madrid, 1999, pp. 104.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón, teoría del garantismo penal. Trotta, Madrid, 1995, pp. 227.

GIDDENS, Anthony. Consecuencias de la Modernidad. Alianza, Madrid, 1993, pp. 88-92.

GUDYNAS, Eduardo. La Ecología Política del Giro Biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador. Revista de Estudios Sociales No 32. 2009. Disponible en: <http://www>.

scielo.org.co/pdf/res/n32/n32a03.pdf. (Fecha de último acceso 20-01-2021).

HABERMAS, Jürgen. Derechos Humanos y Soberanía Popular. Las versiones liberal y republicana. En. Águila Rafael y Vallespín Fernando. La Democracia en sus textos. Alianza. Madrid, 1998, pp. 364.

HESPANHOL, Ivanildo; BEZERRIL JÚNIOR, Paulo. Conservação e reuso de água como instrumentos de gestão de 2017. Engenharia, no 66. 2008. Disponible en: <http://www.brasilengenharia.com/portal/images/stories/revistas/edicao586/Art.Saneamento.pdf>. (Fecha de último acceso 21-01-2021).

HOWARD, Guy; BARTRAM, Jamie. Domestic Water Quantity, Service Level and Health, World Health Organization, Geneva, Switzerland, 2003. Disponible en: https://www.who.int/water_sanitation_health/diseases/WSH03.02.pdf. (Fecha de último acceso 16-01-2021).

HOYOS ROJAS, Luís. CERA RODRÍGUEZ, Laura. El derecho humano al agua como reivindicación neoconstitucional del sistema internacional de los derechos humanos: un nuevo derecho constitucional en Colombia. Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo. N. 2, 2013. Disponible en: https://www.palermo.edu/derecho/pdf/DA_N3_04.pdf (Fecha de último acceso 20-01-2021).

Informe de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y el Desarrollo “Nuestro Futuro Común”. Informe Brundtland. 1987, pp. 77-80. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/42/427>. (Fecha de último acceso 13-01-2021).

Instituto de Derechos Humanos de Cataluña. Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes. Barcelona, 2009. Disponible en: <https://www.idhc.org/arxius/recerca/1416309302-DUDHE.pdf>. (Fecha de último acceso 15-01-2021).

Juzgado Civil y Comercial de 8º Nominación en autos. Expediente 500003/36. Sentencia Nro. 500. Marchisio José Bautista y otros. República de Argentina, 2004. Disponible en: <https://silo.tips/download/sentencia-numero-500>. (Fecha de último acceso 17-01-2021).

Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General. Resolución A/RES/47/193. 22 de febrero de 1993. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/47/193>. (Fecha de último acceso 17-01-2021).

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO. Informe Mundial de Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos 2019: No dejar a nadie atrás., 2019. Disponible en: https://unesdoc.unesco.org/in/documentViewer.xhtml?v=2.1.196&id=p::usmarcdef_0000367304&file=/in/rest/annotationSVC/DownloadWatermarkedAttachment/attach_import_f2c52ff5-c96b-4e14-bf6a-9967dca6721a%3F_%3D367304spa.pdf&locale=es&multi=true&ark=/ark:/48223/pf0000367304/PDF/367304spa.

Recebido em: 15.02.2021
Aprovado em: 12.05.2021

Universidade Federal do Estado
do Rio de Janeiro
Brasil

Volume 2, Número 1,
Ano 2
2021

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt

Società e Castigo. Un contributo per la storia filosofica del concetto di pena¹

Society and Punishment. A contribution to the philosophical history of the concept of punishment

Rossano Pecoraro²

Sommario: 1. Animali razionali? 2. Il “diritto di punire” e la soggettività criminale. 3. La “vita” tra crimine, castigo e biopolitica (Raskolnikov, Foucault, Nietzsche). 4. Intermezzo (s)oggettivo su etica e volontà di potenza.

Riassunto: Lo scopo di questo saggio è riprendere alcune prospettive teoriche recenti che ci hanno permesso di ricostruire le tappe fondamentali di una storia filosofica del concetto di pena in grado di dialogare, in modo efficace ed incisivo, con la teoria del diritto e con la criminologia del nostro tempo. Si tratta, ovviamente, di un orizzonte di ricerca ampio e complesso, ma che è necessario studiare per scoprire i punti nevralgici, a volte poco esplorati, del dibattito in corso. Ciò che si intende sviluppare e condividere con la comunità scientifica, infatti, è un’indagine che si riveli capace di proporre nuove domande e di individuare nuovi problemi e che, quindi, sappia resistere alla “tentazione” di indicare risposte e soluzioni che, non di rado, si rivelano affrettate e ideologicamente orientate. Il nostro saggio è diviso in due parti. Nella prima ci dedicheremo sostanzialmente alla questione della colpeabilità, del “diritto di punire” e della soggettività criminale attraverso l’analisi di testi e teorie di Kafka, Beccaria, Lombroso, Kant, Hegel, ecc. Nella seconda parte, il principale filo conduttore sarà quello del problema dei crimini contro la vita e la società a partire da una prospettiva biopolitica e in dialogo con autori come Dostoevskij, Foucault, Esposito e Nietzsche.

Parole chiave: Teoria della pena; Filosofia della criminologia; Biopolitica; Logos.

Abstract: This essay is aimed at resuming some theoretical perspectives introduced in recent years, which concerned ways of reconstructing the main periods of a philosophical history of the concept of punishment capable of effectively and incisively dialoguing with the theory of law and the current criminology. It is definitely a vast and complex field of research that aims at discovering and analyzing the key points of the debate of ideas about these topics, which are not always explored. The final aim is to develop and share with the international scientific community a research that is capable of asking new questions and identifying new problems, thus resisting the “temptation” of pointing to answers and solutions which are often hasty and ideologically oriented. Our essay is divided into two parts. The first part is basically dedicated to the issue of guilt, the “right to punish”, and criminal subjectivity through the analysis of texts and theories by Kafka, Beccaria, Lombroso, Kant, Hegel, among others. The guiding thread of the second part, in turn, is the issue of crimes against life and society from a biopolitical perspective, which are examined and discussed using authors such as Dostoevskij, Foucault, Esposito, and Nietzsche.

Key Words: Theory of punishment; Philosophy of criminology; Biopolitics; Logos.

1 Questo saggio è dedicato a Gina Santoro e Walter Cerino.

2 Professore del Dipartimento di Filosofia e del Dottorato in Scienze Infermieristiche e Bioscienza dell’Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). E-mail: labfilgm@hotmail.com

1. Animali razionali?

Una delle prime lezioni che il pensiero filosofico antico ci impartisce è relativa alla nostra essenza: siamo, per natura, animali razionali e sociali. Animali capaci di pensare, di uccidere senza motivo, di torturare, di istigare al suicidio. Animali dotati di ragione, ma senza nessun'altra "abilità"; sprovvisti di tutto, indifesi, nudi, scoperti e inermi come scriveva Platone nel Protagora narrando una delle versioni del mito di Prometeo, che nel tentativo di rimediare alla stoltezza del fratello Epimeteo sottrae ad Efesto e Atena il fuoco e la sapienza tecnica e li dona al genere umano il quale, in virtù del suo gesto sovversivo, entra in possesso dell'abilità di produrre artefatti e "mezzi per vivere". Siamo animali che hanno la capacità di riflettere e di porsi delle domande al contrario di tutti gli altri esseri viventi, dalle famose zecche del biologo Jacob von Uexküll in su, che hanno sì un ambiente proprio (Umwelt)³ con il quale interagiscono e al quale sono perfettamente adattati, ma che non pensano secondo ragione, non possiedono la famosa "capacità di determinarsi secondo una autonoma scelta" di fini e mezzi. Non sappiamo fino a che punto la gatta di Jacques Derrida riusciva a districarsi tra logos, vita, differenza e punti di domanda: "La mia gatta è generazione, è il bordo mortale di questo evento. La mia gatta è l'animale che è il pensiero di me animale che mi ritorna" scriveva nel 2006 il filosofo francese in *L'animale che dunque sono*. Ma come gesto iniziale – la questione, insomma, di dove cominciare, come farlo e con chi (spesso definita, senza alcuna ombra di autoironia, questione dell'origine e del fondamento) – possiamo seguire le tracce dello straniero in missione diplomatica nella Colonia penale (racconto di Kafka del 1919).

2. Il "diritto di punire" e la soggettività criminale

Grande studioso di temi giuridici lo straniero pone delle domande. L'ufficiale incaricato di spiegargli il funzionamento dei meccanismi giuridici (e anche di sorvegliarlo) è erede e continuatore dell'opera del vecchio comandante, colui che "riuniva tutto in sé", il "soldato giudice ingegnere chimico disegnatore" creatore della Macchina, che con aghi e tinta incide sui corpi dei condannati la sentenza di colpevolezza che nessun tribunale ha mai emesso. La Colonia, in realtà uno Stato sovrano, si trova in una situazione politico-sociale delicata. È in corso una lotta tra forze reazionarie e progressiste (tra le quali, sembra di capire, ma non è chiaro, un ruolo decisivo è occupato da movimenti femministi). Il nuovo comandante non aspetta altro che un segnale dallo straniero e, quindi, della comunità internazionale per distruggere la

³ Come riassume Giorgio Vallortigara ("Domenica - Il Sole 24 Ore", 26 agosto 2018): "Per gli etologi, ma anche per i lettori curiosi di belle storie di scienza, Jakob von Uexküll è lo studioso che ha descritto il comportamento della zecca e il suo Umwelt, il mondo percettivo nel quale l'organismo agisce e opera come un soggetto. L'aracnide, racconta von Uexküll, può restare in attesa sopra un arbusto per tempi anche lunghissimi, ignaro del passaggio del tempo e di tutto quello che gli sta attorno, solo una singola e specialissima fonte di stimolazione lo può scuotere, l'odore di acido butirrico emesso dalla pelle di un mammifero. Quando lo percepisce, la zecca si lascia cadere sul potenziale ospite, il cui calore la induce poi ad infiggervi il suo rostro per suggerne il sangue, fino a quando, satolla, si lascerà cadere sul terreno per deporre le uova (nel caso improbabile che vi fosse caro il benessere delle zecche, considerate con attenzione la pratica di raccogliere sassi nel bosco, per poi farli cadere a terra odorosi del vostro acido butirrico e un po' tiepidi del vostro calore). L'Umwelt secondo von Uexküll è costituito da stimoli significativi per la sopravvivenza, marche percettive che sono le sole cose d'interesse per l'organismo".

Macchina. Ma non vi sono verità. Prima di ripartire lo straniero è condotto presso la tomba del vecchio comandante. Non è solo. C'è il soldato; c'è il condannato. Ci sono degli uomini. Sono i vecchi discepoli del creatore della Macchina? Kafka ci dice che probabilmente sono lavoratori del porto, "povera, umile gente" riunita in una taverna. La lastra tombale è lì, sotto un tavolo. È una pietra semplice, bassa, piccola. L'epigrafe conferma che si tratta della tomba del vecchio comandante, scavata dai suoi "seguaci" che "ora devono restare anonimi". Vi è scritta una profezia politica e messianica: dopo un certo numero di anni il comandante risorgerà e "guiderà i suoi fedeli alla conquista della colonia". C'è solo di "avere fede e attendere". Sembra una profezia ridicola, allo stesso tempo stupida e minacciosa, come se fosse possibile augurarsi il ritorno al potere di un comandante autoritario, violento e ingiusto. È così, del resto, che i lavoratori umili e poveri della Colonia la considerano. Sono dei traditori? Si sono ravveduti grazie alla rivoluzione? Lo straniero si accorge dello scherno che traspare dai loro visi. E li disprezza... Ma perché? La missione è finita. Non c'è più tempo per fare domande. Eppure lo straniero dalle idee umanitarie di tempo ne aveva avuto molto. In fin dei conti l'ufficiale era lì per soddisfare la sua voglia di conoscenza e la sua necessità di comprendere meccanismi e procedure. Ma riuscì ad approfittarne? Egli volle sapere del crimine e della pena. E ammutolì dinanzi alla risposta dell'ufficiale: "No!", il condannato non conosce la sua sentenza né sa i motivi della sua condanna. Una volta riprese le forze, egli si spinse in avanti e chiese "Ma di essere stato condannato, questo almeno lo sa"? E l'ufficiale: "No, non sa neppure questo". È chiaro che il condannato non ha avuto nessuna possibilità di difendersi. Il motivo è semplice ed a rivelarlo, ovviamente, è l'ufficiale (che adesso sappiamo essere anche il giudice della Colonia perché è colui che meglio conosce la Macchina): "la colpevolezza è sempre indubbia!". L'opera di Kafka è il ritratto perfetto di un enigma – quello che avvolge crimine e castigo – che mai potrà essere risolto giacché si fonda sull'ambiguità strutturale della natura umana e delle istituzioni (comunità, stato, polizia, tribunali, leggi positive e morali) che essa crea per (auto)regolarsi.

Tracciare una storia filosofico-giuridica del concetto di pena è un lavoro interminabile, ingrato e forse impossibile. È dovere dello studioso, però, provare a fare luce su alcuni punti⁴. Analizzare il problema della pena, infatti, significa porsi una serie di domande scomode: Qual è il fondamento ultimo del diritto di punire? Qual è il fine, o lo scopo, della pena? Deve rispondere a quale criterio? Retributivo? Preventivo? Rieducativo? Riparativo? Pluridimensionale? In che modo deve essere valutato il rapporto tra pena, responsabilità morale, imputabilità e libertà? L'atto criminale è azione, reazione o conseguenza? In termini più filosofici: il castigo inflitto – da un'autorità giudicante ed in nome di una legge – all'autore di un delitto si fonda nella necessità: 1) di ristabilire l'ordine della giustizia, 2) di salvare, cioè di (ri)portare sulla retta via il reo o 3) di difendere la società civile? Queste tesi, o giustificazioni teoriche, costituiscono l'orizzonte filosofico-giuridico dell'Occidente in materia di

4 Riproduciamo a seguire alcune sezioni del nostro saggio "Note genealogiche di filosofia e criminologia" in corso di pubblicazione negli Atti del I Seminario italo-brasiliano sui diritti fondamentali organizzato dall'Università di Padova e dall'IBEROJUR nel gennaio 2021.

pena, ora scontrandosi ideologicamente, ora convergendo verso determinazioni miste e più eclettiche.

La concezione della pena come mezzo per fare giustizia, ovvero, per ristabilire l'ordine turbato o infranto dal crimine è la più antica. Ne parlava Anassimandro di Mileto tra il VII e VI secolo prima di Cristo affermando che immutabili e infinite sono sia le leggi che la sostanza della natura; esiste quindi un ordine cosmico che, quando violato, deve essere perfettamente ricostruito. La pena è ciò che compensa – dal latino: “pesare insieme”, “uguagliare nel peso” – la frantumazione dell'ordine naturale del mondo; è il prezzo da pagare per bilanciare, retribuire, ristabilire l'equilibrio originario: tutte le cose, spiega il filosofo (frammento 9, Diels) nascono e muoiono “secondo la necessità” e pagano “il fio e la pena della loro ingiustizia secondo l'ordine del tempo”. Nell'Etica nicomachea Aristotele riprende quest'idea in un'ottica meno astratta: la pena deve mirare a ricomporre il rapporto di uguaglianza e ristabilire proporzionalmente l'ordine concreto, “positivo”, della giustizia (e della legge) infranto da un determinato atto delittuoso. Il compito dell'autorità giudicante sarà, dunque, quello di rimediare al danno subito dalla vittima infliggendo una pena che andrà a ridurre il “vantaggio” ottenuto dal reo. Il principio si mantiene nelle prospettive di stampo religioso (Agostino, La città di Dio; Tommaso d'Aquino, Somma teologica) e può essere individuato in alcuni dei complessi argomenti sviluppati da Kant prima e da Hegel poi.

La domanda decisiva è: qual è il fondamento della pena e del diritto di punire? La storia del pensiero giuridico e filosofico ci fornisce, come sappiamo, alcune risposte: 1) la pena è un fine in se stessa e quindi si punisce perché è stato commesso un delitto (punitur quia peccatum est: teorie assolute, ovvero, retributive, che fondano la pena sulla sua necessità etica); 2) la pena ha un'utilità sociale, è un mezzo per raggiungere e/o tutelare un determinato fine (punitur ut ne peccetur: teorie relative, ovvero, utilitaristiche, che fondano la pena sulla necessità di punire il colpevole a fine di difendere la società e mantenere l'ordine e la sicurezza pubblica); 3) la pena esprime una necessità etica e, allo stesso tempo, rappresenta un mezzo di prevenzione generale o speciale (punitur quia peccatum est et ne peccetur: teorie miste, ovvero, eclettiche, che fondano la pena sulla necessità di punire perché è giusto, per prevenire reati e dissuadere dal delitto).

La teoria kantiana della pena è il modello (filosofico) delle prospettive assolute/retributive. Ciò si deve allo strettissimo legame che studiosi e interpreti del suo pensiero hanno individuato tra l'ambito della morale e l'ambito del diritto. Secondo questo indirizzo ermeneutico dominante il filosofo di Königsberg avrebbe fondato, di maniera immotivata, il secondo sul primo, vale a dire, avrebbe fondato il diritto di punire sulla necessità morale di punire l'autore di un delitto (necessità di una giustizia retributiva). Come scriveva nella Critica della ragion pura ciò che “accompagna la trasgressione di una legge morale” è “l'essere meritevole di punizione”. La pena è un “male fisico” che è legato alle azioni “moralmente cattive” in base “ai principi di una legislazione morale”. Nella Metafisica dei costumi Kant chiarisce che la “punizione giuridica” non è un mezzo per raggiungere una finalità o un “bene”, sia che venga decretata “a profitto del criminale, sia a profitto della società civile”, ma deve sempre “venirgli inflitta

soltanto perché egli ha comesso un crimine (...). La legge criminale è un imperativo categorico e guai a colui che si insinua nelle spire tortuose dell'eudemonismo per scoprirvi qualche vantaggio, la speranza del quale (...) dissipi ai suoi occhi l'idea della punizione o l'attenui anche soltanto di un grado; perché, se la giustizia scompare, non ha più alcun valore che vivano uomini sulla terra"⁵. Queste e altre pagine (famoso quelle sull'assassino in prigione su un'isola, che prima della dissoluzione del patto sociale e l'abbandono del territorio, deve essere comunque punito affinché riceva ciò che ha meritato) e opinioni autorevoli (come quella di Fichte, per esempio, che già alla fine del XVIII secolo criticava l'idea finalistica della pena kantiana fondata su un "imperscrutabile imperativo categorico") hanno portato sulla cattiva strada molti studiosi, i quali hanno insistito sulla tesi che il fondamento ultimo della teoria penale kantiana sia di natura retributiva morale. Nell'impossibilità di mostrare in questa sede le tracce che sembrano minare questa lettura possiamo soltanto accennare al fatto che essa è in contrasto e comunque incompatibile con la chiara separazione tra diritto e morale, tra legge positiva e legge morale, che Kant elabora (seppure in maniera a volte confusa) nelle sue opere principali. La posta in gioco e il senso del nostro discorso sono legati ad alcuni punti chiave, vale a dire, la questione del "movente giuridico", la concezione dello "stato di natura" (nel quale manca una "coazione giusta", un potere esterno, una "costrizione pubblicamente legale") e, quindi, il problema della "forza vincolante" capace di assicurare l'effettiva esecuzione della pena che è prerogativa del diritto e della legge positiva (e che, pertanto, la legge morale non possiede).

Per quanto riguarda Hegel ricordiamo che nei Lineamenti di Filosofia del diritto la pena è descritta come "verace conciliazione del diritto con se stesso" sia dal punto di vista oggettivo sia dal punto di vista soggettivo dell'autore del reato, che nell'accettazione della pena reperirebbe non solo "la pacificazione (Befriedigung) della giustizia" ma anche la (ri)conciliazione con se stesso e con la legge. Ecco il celebre passo: "Il diritto di fronte al delitto nella forma della vendetta (§ 102) è soltanto diritto in sé, non nella forma del diritto, cioè non giusto nella sua esistenza. In luogo della parte lesa entra in scena qui l'universale leso, che nel tribunale ha realtà peculiare, e prende su di sé la persecuzione e punizione del delitto, la quale pertanto cessa d'essere il contraccambio (Wiedervergeltung) soltanto soggettivo e accidentale attraverso la vendetta e si muta nella verace conciliazione (Versöhnung) del diritto con se stesso, in pena"⁶.

Questo principio hegeliano sembra riassumere con certa precisione la seconda prospettiva della storia filosofica del concetto di pena, vale a dire, quella che si fonda sul principio della "salvezza" o "correzione" del reo la quale, evidentemente, è strettamente legata alle tesi che s'incardinano sulla necessità di ristabilire l'ordine della giustizia (le pene sono i medicinali della vita terrena, diceva Tommaso d'Aquino nella Somma; e prima di lui Platone, nel Gorgia, affermava che il giudice è come un medico e la pena è il rimedio per evitare che il crimine – cioè la "malattia dell'ingiustizia" – diventi cronico corrompendo in modo "incurabile" l'anima). Più complessa e di certo molto

5 KANT, Immanuel. La metafisica dei costumi. Roma-Bari: Laterza, 2009, pp. 164-165,

6 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Lineamenti di filosofia del diritto. Roma-Bari: Laterza, 1999, pp. 176-177.

più influente, la terza concezione di pena mette al centro del suo discorso la necessità di difendere la società dal crimine. In questo senso la pena è un avvertimento – una specie di “persuasione morale” potenziata dalla minaccia intrinseca dell’eventuale uso della forza – o un atto giuridico (di difesa della società) attraverso il quale si stabiliscono limitazioni della libertà e misure di prevenzione dirette ad evitare la commissione di reati da parte di soggetti considerati pericolosi e così via). Per ragioni che s’incardinano sulla ricerca dell’autentica essenza della natura umana il pensiero filosofico si è occupato con più accuratezza della funzione “dissuasiva” della pena. Aristotele (Etica nicomachea) sosteneva che tutti coloro che non hanno ricevuto in sorte un’indole virtuosa (cioè la parte più numerosa dell’umanità) si astengono dal commettere un crimine solo per paura della pena; non sono la “ragione” o l’“onore” a guidarli bensì la “necessità” e lo spettro incombente della pena. Hobbes (De cive) eliminò dalla teoria le variabili relative al numero dei virtuosi e alla pluralità dei motivi dissuasori per affermare, sic et simpliciter, che tutti noi agiamo per timore (del conflitto, di azioni violente, della morte) e che il divieto stabilito da una legge positiva è inutile e inefficace se non è seguito dalla chiara e minacciosa previsione di una pena. Si tratta di tesi importanti, che saranno riprese dal movimento illuminista europeo e, più tardi, dai padri italiani della scuola positiva di diritto penale.

Nel suo *Dei delitti e delle pene*, Cesare Beccaria costruisce una serie di straordinari argomenti logico-filosofici contro la tortura e la pena di morte e getta le basi di una feconda teoria della pena. Il presupposto generale e indiscusso delle sue tesi è il patto sociale tra liberi cittadini che cedono parti consistenti del loro potere e della loro autonomia al Sovrano (allo Stato) al quale spetterà il compito di proteggerli attraverso la creazione e l’applicazione di leggi giuste, che siano in grado di tradurre in realtà il principio della “massima felicità divisa nel maggior numero”. La storia, però, insegna che le leggi sono state quasi sempre lo “strumento” di potere di piccoli gruppi, il frutto delle “passioni di alcuni pochi” o di una “fortuita e passeggera necessità”. Il legislatore perfetto, dice purtroppo molto *en passant* Beccaria, dovrebbe essere “un freddo esaminatore della natura umana” capace di concentrare in “un solo punto” le azioni di un intero popolo.

Dei delitti e delle pene è un libro di un centinaio di pagine. Non è un trattato medievale né un’opera metodica ma un saggio vivace, diretto e preciso formato da 42 paragrafi imperniati su alcuni capisaldi concettuali. La questione della pena è tra questi. Beccaria afferma che esiste “un diritto di punire” e che si fa giustizia quando è rispettato il principio della “proporzione fra i delitti e le pene”. L’unico criterio per stabilire questa proporzione e evitare errori di misura è quello del danno patito dalla nazione o dalla società. Lo status della persona offesa, l’“intenzione” di chi commette il delitto e il peso del “peccato” sono elementi soggettivi e iniqui che devono essere respinti. Beccaria, come già detto, scolpisce regole di grande civiltà giuridica che combattono le accuse segrete, la disuguaglianza davanti alla legge, la tortura e la pena di morte, la crudeltà delle pene e del carcere preventivo, la lentezza dei processi e l’arbitrio interpretativo dei giudici (Qual più crudele contrasto, scrive, “che l’indolenza di un giudice e le angosce d’un reo? I comodi e i piaceri di un insensibile magistrato da una parte e dall’altra le lacrime, lo squallore d’un prigioniero?”). In questo senso,

due sono i fini della pena: 1) impedire che il reo faccia nuovi danni alla società, 2) dissuadere i cittadini a compiere lo stesso delitto. La decisione sulla “gravezza” della pena e sul metodo per applicarla deve essere guidata, pertanto, non solo dal criterio di proporzionalità, ma anche dall’analisi di ciò che provocherà una impressione “più efficace e durevole” nelle menti e negli spiriti degli uomini.

Temi e intuizioni della tradizione riappaiono, e si scontrano, nel pensiero di Cesare Lombroso che ebbe il merito scientifico di riprendere su nuove basi una delle domande filosofiche per eccellenza – che cos’è l’Uomo? Qual è la sua natura? – alla quale rispose teorizzando la diversità biologica, naturale, tra individui “normali” e individui “devianti” affermata attraverso l’analisi “scientifica” dei rispettivi corpi (i tratti del viso, la pelle, le “fossette” nel cranio). Fu criticato e esecrato per i risvolti razzisti e eugenetici della sua opera. Lesse Giambattista Vico, Carlo Cattaneo e Charles Darwin; studiò la “terapia” della pena e il sistema carcerario, il “delitto politico”, l’anarchia e il “futuro del socialismo”; si dedicò all’analisi del “pazzo”, del “genio” e dell’“uomo della storia”; dissertò sulla “donna delinquente”, sulla “prostituta” e sulla “donna normale”.

Dinanzi all’impossibilità di approfondire in questa sede la vasta e complessa eredità teorica di Lombroso ci limiteremo a trattare alcuni snodi nevralgici del suo pensiero. In primo luogo quello legato più direttamente alla domanda fondamentale che (s)mueve gran parte della ricerca dello studioso veronese, vale a dire, la domanda sulla natura (o, più pericolosamente, sull’essenza) dell’essere umano e dell’atto criminale. Si tratta di una questione cruciale e molto antica che la filosofia greca, attraverso i sofisti e la riflessione socratica prima e i grandi sistemi metafisici di Platone e Aristotele poi, scolpisce nell’orizzonte di senso dell’Occidente. Da buon illuminista ottocentesco, ed in piena sintonia con lo spirito del suo tempo, Lombroso riprende il problema e lo affronta con il potere di fuoco che la scienza dell’epoca gli mette generosamente a disposizione. È il momento della nascita o del primo consolidamento di nuove “discipline scientifiche”, che giurano di poter dimostrare e risolvere qualsiasi tipo di problema. Sapere e conoscenza si trasformano in Scienza. È l’ora della grande rivoluzione accademica al termine della quale sorgono le famose Scienze umane, sociali, giuridiche e perfino teologiche (con buona pace di Galileo, Giordano Bruno e affini).

La prima, fondamentale pietra dell’antropologia criminale è fornita dall’autopsia del cranio del presunto brigante calabrese Giuseppe Vilella, che Lombroso esamina nel dicembre del 1870. È un episodio oscuro, che la narrativa dello studioso, costruita con maestria nel corso degli anni, trasforma in una scoperta scientifica fondamentale: la presenza, nel cranio del “delinquente”, di un incavo (la “fossetta occipitale interna”) invece dell’usuale e normale sporgenza provocata dalla “cresta occipitale interna”. Si tratta di una vera e propria rivelazione, sperimentale e empirica: la “lunga serie di anomalie ataviche” presenti nella struttura cranica di Vilella – tipiche di uomini primitivi e animali inferiori come scimmie e lemuri – chiariscono e risolvono il problema della “natura e dell’origine” del delinquente. In ciò consiste l’origine della tesi della “reversione atavica” come causa del comportamento deviante. Lombroso, infatti, “vede nel criminale il ritorno del passato ancestrale e animale dell’umanità, per effetto di un blocco nello sviluppo embriogenetico. Il ‘delinquente nato’ è un soggetto non

progredito, che riproduce nel presente i caratteri dell'uomo primitivo: vero e proprio anacronismo biostorico che compie azioni (delittuose) comunemente accettate (e dunque 'naturali') all'epoca cui corrisponde la sua struttura anatomica"⁷.

L'ipotesi del nesso di casualità tra atavismo e criminalità e la discussione sul senso ultimo della normalità e della devianza non sono una novità nel dibattito ottocentesco. L'originalità di Lombroso consiste nel fatto di mettere al centro dell'orizzonte filosofico, giuridico e medico-scientifico la figura del "delinquente, la sua personalità e la sua costituzione fisica", trasformando la nozione di atavismo nel fondamento della tesi della "naturalità" del crimine. "Partito dalla volontà di distinguere tra follia e delinquenza, ma soprattutto dalla necessità pratica di far chiarezza nei casi dubbi tra responsabilità e irresponsabilità giuridica, [Lombroso giunge] alla conclusione che il delinquente nato non è responsabile perché non è libero, ma non è neppure curabile o rieducabile. Anziché punirlo, la società dovrà difendersene, e la penalistica italiana dovrà confrontarsi con la rivoluzione filosofica indotta dalle nuove scienze medico-antropologiche"⁸.

Insomma, criminali si nasce. La causa del delitto è di natura biologica. L'umano-che-delinque è diverso dall'umano-normale. L'analisi scientifica del corpo rivela la "verità" antropologica, sociale e giuridica fornendo alla Legge i pilastri oggettivi per la protezione e la difesa della società attraverso l'applicazione dei concetti di responsabilità giuridica e imputabilità, l'uso della forza e l'imposizione della pena. Le biblioteche sono piene di libri sui risvolti e le conseguenze logiche di questi tipi di teorie e dei metodi utilizzati per fregiarsi dell'avidamente desiderato marchio di "scientificità". Senza entrare nel merito di uno dei punti più polemici del dibattito criminologico contemporaneo, vorremmo soltanto segnalare un atteggiamento intellettuale del nostro tempo, poco esplorato a causa della militanza ideologica che lo rende immune a qualsiasi critica. Ci riferiamo alla mentalità strumentale – a volte chiamata "memoria selettiva" – che giudica una teoria, un'opera o un autore di epoche storicamente, socialmente e moralmente distanti utilizzando valori e criteri della sua contemporaneità.

In altri termini, volgere lo sguardo critico su un uomo e uno studioso dell'ottocento europeo usando lenti da lettura tardo novecentesche o, peggio ancora, postmoderne non è intellettualmente onesto. Lombroso è figlio del suo tempo, delle sue teorie scientifiche, della sua cultura e dei suoi valori. Succede a tutti o quasi. È accaduto, solo per fare qualche esempio, a Platone e Aristotele (che accettarono la "naturalità" e la necessità della schiavitù); a Emil Cioran, Carl Schmitt e Martin Heidegger (che flirtarono con il nazismo); a Friedrich Nietzsche (che scrisse pagine inquietanti in nome della differenza biologica, della volontà di potenza e della grande salute dello Stato-corpo).

In questo senso la fede nella scienza e nella tecnica intese come strumento fondamentale per il progresso materiale e morale dell'umanità è uno dei principali tratti, se non il principale, della Modernità. Atavismo e ispezione del cranio erano

7 BABINI, Valeria. Cesare Lombroso. Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Filosofia. Roma: Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 2012 (www.treccani.it).

8 IDEM.

considerati il must della scienza dell'epoca. Non se ne parla molto, ma perfino il grande e insospettabile Friedrich Hegel ne rimase affascinato al punto di dedicare alla cranioscopia (o frenologia) – dottrina creata dal medico tedesco Franz Joseph Gall tra la fine del settecento e l'inizio dell'ottocento – un'attenzione filosofica di prim'ordine sviluppata nella V sezione ("Certezza e verità della ragione") della Fenomenologia dello spirito. Per Gall e i suoi discepoli il cervello è la sede di tutte le funzioni intellettuali, affettive e morali dell'essere umano, che sarebbero localizzate in sezioni specifiche della corteccia cerebrale. Dal momento che il cranio si sviluppa insieme al cervello ogni attività psichica lascerebbe dei segni nella scatola cranica. Gall si convince dell'esistenza di un rapporto di reciproca corrispondenza – un "nesso causale" scriverà Hegel nel § 329 (In diesem totem Sein) – tra le facoltà psichiche proprie dell'uomo e le tracce corporali (sporgenze, depressioni, linee, bozzi, cavità, ecc.) da esse provocate. Da ciò deriva, come logica conseguenza, che l'esame della superficie esterna della scatola cranica permetterebbe di identificare e comprendere scientificamente la personalità, le attitudini e le tendenze psichiche di ogni individuo.

3. La "vita" tra crimine, castigo e biopolitica (Raskolnikov, Foucault, Nietzsche)

Raskolnikov vive in una soffitta grande quanto un armadio. È un animale razionale che decide di uccidere. È anche un animale molto sociale perché ha bisogno di stare in mezzo alla gente, di vedere persone, di scendere in strada. Camminare lo aiuta a pensare. Non mangia da giorni. Non ha soldi e per questo non vuole incontrare la vecchia usuraia capitalista che è la padrona della soffitta e con la quale ha una serie di conti in sospeso. Stare in mezzo agli uomini e partecipare allo "struscio" di San Pietroburgo fa bene a Raskolnikov, che ha tutto il tempo di riflettere non solo sulla necessità di avere del "capitale" (non da spendere futilmente, ma per vivere, per riuscire a vincere la povertà che, forse, gli impedisce di essere un grand'uomo, un "Napoleone"), ma anche, e soprattutto, su "questo" e "quello" cioè sul progetto dell'assassinio dell'usuraia. Sono pensieri e fantasie di un giovane comunista si dirà. Raskolnikov immagina di compiere un delitto, ma la sua statura morale gli permetterà di resistere quando giungerà l'ora della scelta. Sì, è possibile. Ma Dostoevskij (si sarà capito che stiamo parlando del suo romanzo *Delitto e Castigo*) ci avvisa: in un mondo che è messo in movimento dal "motore immobile" denaro-e-potere – che muove il mondo come l'oggetto amato muove, e attrae, l'amante – è necessario non cedere al "pensiero del male". La confidenza con i cattivi pensieri ci stritola. Appena ci rendiamo conto della sua venuta dobbiamo schivarci e rifiutare le sue malie. In tutti i modi, Raskolnikov è un animale dotato di ragione che razionalmente decide di uccidere. Avrà i suoi motivi, ci dicono. Sì, ciò è fuori di dubbio. In fin dei conti, come spiega in lacrime a Sonia, egli non è altro che una vittima della società: nato povero, senza futuro, con una madre e una sorella da mantenere, ha vissuto per anni in un "canile" senza riuscire a studiare o a lavorare ("Lo sai, Sonia, che i soffitti bassi e le stanze strette opprimono l'anima e la mente?"), frequentando ubriaconi, taverne e prostitute. E poi, di quale delitto si sarebbe macchiato? D'aver ucciso una vecchia

usuraia, diffidente e malvagia? Non si tratterebbe di un atto di giustizia sociale? In fin dei conti è stato un omicidio a fin di bene; dove la vittima, secondo la teoria della divisione in classi più volte affermata da Raskolnikov, non era più un essere umano, ma un “pidocchio”, un insetto fastidioso da eliminare in nome del progresso sociale e morale della società.

Già, la società. Bisogna difenderla, affermava il Foucault biopolitico. Ma da chi? Sulla base di quali criteri si identificheranno i suoi nemici? Come proteggere la “grande salute” della società-corpo?⁹ Come è noto è a partire dal primo volume della Storia della sessualità e in seguito nei corsi tenuti al “Collège de France” (In difesa della società; Sicurezza, territorio, popolazione; La nascita della biopolitica) che il filosofo francese rivela l’orizzonte biopolitico che segna la fine della modernità e l’inizio del nostro tempo, ricostruendo e descrivendo le sue dinamiche storiche e le sue implicazioni sociali, politiche e giuridiche. Oltre al conosciuto “rapporto” tra il vecchio e il nuovo ordine, cioè, tra il “potere sovrano” che si è esercitato per secoli sulla base del diritto “asimmetrico” di vita e di morte (“far morire o lasciar vivere”) e il “biopotere”, nel cui nucleo risuona la potenza della vita e sulla vita e che si traduce nel potere di “far vivere e lasciar morire” – ciò che è fondamentale è l’importanza degli scenari storici e concettuali che la diagnosi di Foucault offre al pensiero contemporaneo. Vale a dire: bios e potenza; le politiche per la vita e il potere sulla vita; il corpo come origine e fine delle dinamiche socio-politiche; il “razzismo di stato”; la “statalizzazione del biologico”; “la presa in carico della vita da parte del potere (...) una presa di potere sull’uomo in quanto essere vivente”¹⁰. Il soggetto-oggetto di cui si tratta non è più la società o il corpo sociale e neppure l’individuo-corpo, ma qualcosa di totalmente inedito: la popolazione; qualcosa che è un “nuovo corpo”, un corpo “molteplice”, un corpo con una “quantità (...) innumerevole di teste”. La biopolitica e il biopotere hanno a che fare con la popolazione “in quanto problema al contempo scientifico e politico, come problema biologico e come problema di potere”¹¹. Si agisce sui “fenomeni generali”; si usano “meccanismi globali” con lo scopo di ottenere situazioni di “riequilibrio e di regolarità”; il problema diventa quello di “prendere in gestione la vita, i processi biologici dell’uomo-specie e di assicurare su di essi non tanto una disciplina, quanto piuttosto una regolazione”¹².

Nella lezione del 17 marzo 1976 Foucault, dopo aver spiegato questi punti, si dedica a una serie di ricostruzioni che lui stesso definisce come una “lunga digressione” per poi ritornare al “problema” che sta tentando di porre. Qual è, dunque, il problema fondamentale (che è necessario riprendere e fissare con forza per evitare ulteriori addomesticamenti)? Si tratta dei meccanismi di potere dello Stato moderno, dell’inquietante criterio che ne permette il funzionamento, della legittimità del suo utilizzo, degli scopi selettivi, in nome della grande salute della società-corpo, che si prescrive. In che modo, si chiede Foucault, viene esercitato “il diritto di uccidere”

9 Riproduciamo a seguire alcuni paragrafi pubblicati in un nostro saggio del 2013 che mantengono, crediamo, tutta la loro attualità. Cf., “Cosa resta della filosofia contemporanea?”. In: Bios/Etica, Politica. Fascicolo monografico di Quadranti – Rivista Internazionale di Filosofia Contemporanea, vol. 1, n° 1.

10 FOUCAULT, Michel. In difesa della società. Milano: Feltrinelli, 1998, p. 206.

11 IDEM., p. 212. Corsivo nostro.

12 IDEM., p. 213. Corsivo nostro.

(il classico diritto del potere sovrano che non scompare, anzi si rafforza nel tempo della biopolitica) all'interno di una struttura di potere che pone la vita al centro del suo interesse, dei suoi interventi e delle sue dinamiche? Come è possibile che, in tali condizioni un "potere politico (...) uccida, rivendichi la morte, esiga la morte, faccia uccidere, dia l'ordine di uccidere, esponga alla morte non solo i suoi nemici, ma persino i suoi stessi cittadini?"¹³. Attraverso il razzismo, è la risposta.

Un razzismo di tipo nuovo, diverso, che funziona in un altro modo e che si iscrive "all'interno dei meccanismi dello stato", che permette il funzionamento delle sue strategie di intervento, difesa/oppressione e selezione, inserendosi "come meccanismo fondamentale del potere esattamente così come viene esercitato negli stati moderni"¹⁴. Si tratta, appunto, del "razzismo di stato": 1) che rappresenta il modo in cui si introduce all'interno di quella "vita che il potere ha preso in gestione" la "separazione" tra ciò "che deve vivere e ciò che deve morire" e si stabilisce una "cesura di tipo biologico"; 2) che riprende la "relazione guerriera" tipica della sovranità – "se vuoi vivere è necessario che l'altro muoia", che i tuoi nemici siano massacrati –, ma la mette in atto e la fa funzionare in una maniera totalmente nuova e compatibile con il biopotere trasformandosi appunto in una "relazione biologica": il razzismo di stato – che si trasfigura e si impone come ciò che possiamo definire come criterio di azione e legittimità – "consentirà di dire: 'più le specie inferiori tenderanno a scomparire, più gli individui anormali saranno eliminati, meno degenerati rispetto alla specie ci saranno, e più io – non in quanto individuo, ma in quanto specie – vivrò, sarò forte, vigoroso e potrò proliferare"¹⁵; 3) nella cui prospettiva biologica la morte dell'altro è ciò "che renderà la vita in generale più sana e più pura"; la vita in generale della Società e dello Stato giacché avversari e nemici non sono più individuati a partire da relazioni di guerra, militari o politiche, ma da criteri biologici che impongono la soppressione dei pericoli, esterni e interni, per la popolazione: la "messa a morte, l'imperativo di morte, nel sistema del biopotere è ammissibile solo se si tende non alla vittoria sugli avversari politici, ma alla eliminazione del pericolo biologico e al rafforzamento, direttamente collegato a questa eliminazione, della specie stessa"¹⁶.

In questo orizzonte la complessa e controversa riflessione di Nietzsche su politica, vita, biologia e oltre-uomo – in altri termini la "prospettiva biopolitica della sua filosofia" per usare la terminologia di Roberto Esposito¹⁷ – può trasformarsi in una ulteriore chiave di lettura del nostro tempo, delle sue sfide e delle sue minacce tanatopolitiche. Le tesi, lucide e intense, del filosofo tedesco su questi temi dovrebbero essere lette senza soffermarsi più di tanto sugli eccessi di stile, letterari o messianici (e meno che mai alla luce di antiquati e sterili accostamenti al nazismo), ma prendendo molto sul serio la forte tensione sociale e morale che le attraversa e le fonda. Dalla vita come volontà di potenza e nulla più all'allerta sulla sua trasformazione in unico oggetto della politica, dalla centralità del corpo contro i suoi dispregiatori alla diagnosi della mediocrità contemporanea dell'ultimo uomo, dalle possibilità e dai pericoli di

13 IDEM., p. 220. Corsivo nostro.

14 IDEM.

15 IDEM., p. 221.

16 IDEM.

17 L'espressione è di Roberto Esposito. Cf. Bios. Biopolitica e filosofia. Torino: Einaudi, 2004.

quella che oggi chiamiamo ingegneria genetica all'annuncio dell'oltre-uomo.

Che cos'è la vita? Che cosa significa vivere? “Vivere – significa: scrollarsi continuamente di dosso qualcosa che vuole morire; vivere significa: essere crudeli e inesorabili contro tutto ciò che invecchia, in noi e non solo in noi” (La gaia scienza, libro primo, 26). Nella seconda parte dello Zarathustra, nella sezione chiamata “Dell'auto superamento” il profeta spiega che per comprendere la sua “parola sul bene e sul male” è necessario accostarsi alla sua parola “sulla vita e sull'essenza di tutto il vivente”... Dopo una serie di osservazioni sull'obbedienza e il comandare, Nietzsche fa dire al suo profeta: “Dove trovai essere vivente, là trovai volontà di potenza; e anche nella volontà di chi serve trovai la volontà di essere padrone (...). E dove ci sono sacrificio, servigi e sguardi d'amore: anche là è volontà di essere padrone (...) E questo segreto me lo svelò la vita stessa: ‘Ecco – disse – io sono ciò che deve sempre superare se stessa (...) Solo dove c'è vita c'è anche volontà: ma non volontà di vita, bensì (...) volontà di potenza”.

4. Intermezzo (s)oggettivo su etica e volontà di potenza

“Nietzsche e la Biopolitica” è la traccia che riassume uno degli enigmi filosofici al quale mi dedico, con alterne fortune, da almeno una decina d'anni. Tra le tappe iniziali di questo percorso vorrei ricordare la relazione tenuta all'Università di San Paolo (USP) nel 2010 durante il “XXIX Encontros Nietzsche” promosso dallo storico Gruppo di Studi Nietzsche (GEN) fondato da Scarlett Marton e il Seminario tenuto nel febbraio 2014 presso l'Istituto Italiano per gli studi Filosofici di Napoli all'epoca diretto da Antonio Gargano. Decisi di riprendere e rileggere, per l'ultima volta, le grandi opere del filosofo tedesco alla ricerca di una prospettiva che potesse rendere più lieve e più sopportabile il fastidio teorico dinanzi alle interpretazioni ormai canoniche, che circolano a tutte le latitudini e che vengono ripetute più o meno stancamente a lezione, sui media, tra un convegno e l'altro ecc.

Il Nietzsche che proponevo non era il filosofo della critica di alcune tipologie di esseri umani; di specifiche classi o modelli sociali; di determinate culture, popoli, morali, e così via, ma il filosofo del disgusto dinanzi a “ciò che c'è” e della volontà di annichilamento (in nome della sua superazione o oltrepassamento) dell'animale uomo e di tutte le sue realizzazioni, nella sua totalità storica, sociale, politica e biologica. La critica radicale e inaudita di Nietzsche, infatti, non si rivolge all'uomo socratico e/o all'uomo moderno, al tedesco e/o all'illuminista; al cristiano e/o all'ebreo; al socialismo e/o al femminismo, ecc., ma all'animale uomo tout court, con la sua (poca) dignità e il suo (poco) valore e le sue grandiose doti di meschinità, odio, malvagità, ipocrisia, mediocrità, volontà di gregge.

Il Nietzsche che proponevo era il filosofo della tensione e dello slancio metafisico; un Nietzsche “forte”, “realista”, “fondamentalista”, genealogista e critico della realtà, di ciò che c'è. Un Nietzsche guidato – pur nella sua evidente e innegabile frammentarietà che però, lo si dimentica spesso, è non raramente studiata, strategica, funzionale – da una volontà di sistema, dalla fedeltà alla verità e ad un progetto che oltre ad essere filosofico è sociale, etico e politico. Nietzsche spirito libero e forte, filosofo e uomo

della grande tensione (Umano, troppo umano, 272, parte V): “La forza e la debolezza della produttività intellettuale non dipendono tanto dalla disposizione ereditaria quanto dal grado di tensione che con quella viene trasmessa”. Nietzsche che c’insegna cos’è la grandezza: “Grandezza significa: imprimere una direzione – Nessun fiume è grande e ricco di per sé, ma è il fatto di ricevere e convogliare in sé tanti affluenti a renderlo tale. Ciò vale anche per ogni ricchezza dello spirito. Importa solo questo: che uno imprima la direzione che poi tanti affluenti dovrenno seguire, e non che uno possieda sin dall’inizio capacità grandi o piccole” (Umano, troppo umano, parte IX, 521).

Il Nietzsche che propono, dunque, non era il filosofo relativista, debolista, postmoderno, nichilista, allegro, dionisiaco, distruttore di idoli, delle maschere e dei giardini della storia, del riso, della danza, del dir sì, ecc. La domanda fondamentale è: Come nasce lo “spirito libero”, lo spirito forte e non vincolato? “Da dove proviene l’energia, la forza inflessibile, la resistenza con cui l’individuo, contrapponendosi alla tradizione, cerca di acquisire una conoscenza affatto individuale del mondo?” (Umano, troppo umano, parte V, 230). E ancora: “Il mondo è tornato ad essere ‘infinito’, nella misura in cui non possiamo ricusare la possibilità che esso racchiuda interpretazioni infinite. Ci avvolge di nuovo il grande brivido – ma chi avrebbe voglia di divinizzare subito, un’altra volta, alla vecchia maniera, questo mostruoso mondo ignoto? E, da questo momento, di adorare l’ignoto come ‘l’ignoto’? Ah, in questo ignoto sono comprese troppe possibilità di interpretazione non divine, troppe diavolerie, sciocchezze, follie interpretative (...)” (La gaia scienza, libro V, 374).

Ancora oggi non intendo rinnegare, ovviamente, l’importanza delle interpretazioni diciamo canoniche del pensiero nietzschiano, ma credo 1) che sia la critica, la diagnosi e la genealogia sia il rovesciamento nietzschiani debbano essere compresi in un modo radicalmente nuovo e diverso, dunque non settoriale ma totale e 2) che la pars costruttiva dell’intera operazione filosofica e culturale di Nietzsche debba essere intesa e “utilizzata” nel suo senso più forte e sistematico: la verità che emerge dalla genealogia – vale a dire la pochezza dell’animale uomo e della necessità di annichilarlo/superarlo/oltrepassarlo – deve essere vincolata ad uno scopo ben preciso, cioè, all’avvento dell’oltre-uomo (Übermensch) che, si badi, non è qualcosa di etereo e indeterminato, ma, come vedremo, un “soggetto” con caratteristiche, valori, modi d’agire, società e istituzioni abbastanza delineati.

In altri termini, la critica non settoriale ma globale, sistematica, dell’animale uomo e delle sue realizzazioni e l’indicazione di uno scopo ultimo e fondamentale (l’avvento dell’oltre-uomo) permettono di rendere molto più comprensibile e feconda la filosofia nietzschiana quando si rivolge agli spiriti liberi offrendo dei “modelli” o “paradigmi” più o meno vaghi di tipi umani, classi, popoli, ecc. La mia idea è che non esistono, né sono mai esistiti nella prospettiva nietzschiana, uomini superiori (rari) e uomini inferiori (la massa, il gregge); aristocratici e plebei; razze pure e razze malate, “indizi di cultura superiore e inferiore” e così via. Gli “esempi” e i riferimenti (storici, antropologici, sociali, morali, ecc.) nietzschiani sono delle semplici ipotesi di lavoro; narrazioni di scuola, usate strategicamente e con carichi enormi di ironia soltanto per dare un po’ più di consistenza a visioni storiche e argomenti lanciati al mondo accademico e filosofico dell’epoca. Finzioni, insomma. Modelli non di un passato da recuperare, ma

creazioni partorite dalle viscere di Nietzsche, assi portanti di un futuro da costruire, fatto di valori, di società e di essere umani assolutamente e inauditamente nuovi¹⁸.

Riferimenti bibliografici

ABBAGNANO, Nicola. Dizionario di Filosofia. Torino: UTET, 2013.

ALLAND, Denis e RIALS Stéphane (a cura di). Dictionnaire de la culture juridique. Paris: PUF, 2003.

BECCARIA, Cesare. Dei delitti e delle pene. Milano: Luigi Cioffi Editore, 1864.

BECCHI, Paolo. Giuristi e principi. Alle origini del diritto moderno. Roma: Aracne Editrice, 2010.

ESPOSITO, Francesco Paolo. Criminologia oggi: Da Beccaria ai social. Vicalvi: Key Editore, 2018.

ESPOSITO, Roberto. Bios. Biopolitica e filosofia. Torino: Einaudi, 2004.

FILANGIERI, Gaetano. La scienza della legislazione. Roma: Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1984.

FOUCAULT, Michel. In difesa della società. Milano: Feltrinelli, 1998.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Fenomenologia dello spirito. Torino: Einaudi, 2008.

_____. Lineamenti di filosofia del diritto. Roma-Bari: Laterza, 1999.

LOMBROSO, Cesare. L'uomo delinquente studiato in rapporto all'antropologia, alla medicina legale ed alle discipline carcerarie. Bologna: Il Mulino, 2012.

KANT, Immanuel. Critica della ragion pura. Torino: UTET, 2013

_____. La metafisica dei costumi. Roma-Bari: Laterza, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich. Le grandi opere. Roma: Newton Compton, 2011.

PINATEL, Jean. Criminologia. Enciclopedia delle scienze sociali, 1992 (www.treccani.it).

VON UEXKÜLL, JACOB. AMBIENTI ANIMALI E AMBIENTI UMANI. MACERATA: QUODLIBET, 2013.

18 Un esempio per tutti: discorrendo dei due tipi di negatori dell'eticità (Aurora, libro secondo, 103) Nietzsche scrive: "lo nego dunque l'eticità come nego l'alchimia, cioè ne nego i presupposti: non nego però il fatto che siano esistiti degli alchimisti che a questi presupposti credevano e in base ad essi agivano. – lo nego anche la non eticità: non che innumerevoli uomini si sentano contrari all'eticità, bensì che nella verità vi sia un fondamento per sentirsi tali. lo non nego quindi, come è evidente (...) che molte azioni che vengono chiamate non etiche, siano da evitare e da combattere; parimenti che molte che si dicono etiche siano da compiere e da perseguire, - però io credo che sia nell'uno come nell'altro caso si debba partire da fondamenti diversi da quelli finora adottati. Noi dobbiamo apprendere in un modo diverso, – per alla fine, forse assai tardi, raggiungere ancora qualcosa di più: il sentire in un modo diverso".

As centrais de compras na administração pública

The purchasing groups in the public administration

Andreia Madalena Magalhães Jesus¹

Patrícia Anjos Azevedo²

Sumário: 1. Âmbito de aplicação do Código dos Contratos Públicos portugueses; 2. Os procedimentos pré-contratuais: Conceitos e Regulamentação Legal; 3. As Centrais de Compras; 4. O Sistema Nacional de Compras Públicas; 5. A Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública; 6. As Centrais de Compras do Sistema de Saúde português.

Resumo: A centralização das compras tem vindo a ser uma tendência estratégica crescente no âmbito organizacional, quer público, quer privado, uma vez que é fulcral existir um melhor planeamento e rigor na aquisição de bens ou serviços. Desta forma, tornou-se essencial, em diversos sectores, nomeadamente na Administração Pública, transferir-se para uma única entidade centralizada as várias atividades que fazem parte do processo completo de compra. O modo como se operacionalizam as compras públicas tem também em vista a prossecução de objetivos políticos, uma vez que as centrais de compras podem ser uma solução que confirmam eficiência às práticas de aprovisionamento público. Assim, o presente contributo visa analisar o regime das centrais de compras na Administração Pública, cujo objetivo máximo é a centralização da contratação de empreitadas de obras públicas, de locação e de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços, recorrendo ao estudo doutrinário, legal e jurisprudencial. Nesse âmbito, será feita uma abordagem à primeira central de compras formalmente constituída - a Agência Nacional de Compras Públicas, sendo, entretanto, absorvida pela Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública. Do mesmo modo, achamos oportuno analisar o regime das Centrais de Compras do Sistema de Saúde Português, nomeadamente os Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, constituindo-se este como uma central de compras para o setor da saúde.

Palavras-chave: Contratação pública; Procedimentos pré-contratuais; Compras Públicas; Centrais de Compras.

Abstract: The centralization of purchases has been a growing strategic trend in the organizational sphere, both public and private, since it is essential to have better planning and rigor in the acquisition of goods or services. In this way, it has become essential, in several sectors, namely in Public Administration, to transfer to a single centralized entity the various activities that are part of the complete purchase process. The way in which public procurement is made operational is also aimed at pursuing political objectives, since central purchasing bodies can be a solution that makes public procurement practices efficient. Thus, this contribution aims to analyse the regime of purchasing groups in the Public Administration, whose ultimate objective is to centralize the contracting of public works contracts, leasing and acquisition of movable goods and the acquisition of services, using doctrinal study, legal and jurisprudential. In this context, an approach will be made to the first formally constituted purchasing groups - the National Public Procurement Agency, being, however, absorbed by the Public Administration Shared Services Entity. In the same way, the regime of the purchasing groups of the Portuguese Health System will be analysed, namely the Shared Services of the Ministry of Health, constituting this as a purchasing groups for the health sector.

Keywords: Public procurement; Pre-contractual procedures; Public Purchases; purchasing groups.

1 Mestranda em Solicitadoria na Escola Superior de Tecnologia e Gestão – Instituto Politécnico do Porto; Pós-Graduada em Gestão de Recursos Humanos pelo Instituto de Estudos Superiores de Fafe; Licenciada em Solicitadoria pela Escola Superior de Tecnologias e Gestão – Instituto Politécnico do Porto – Prémio de Mérito Académico; Formadora certificada pelo IEFP. E-mail: andreia_madalena1@hotmail.com

2 Licenciada, Mestre e Doutora em Direito – Faculdade de Direito da U. Porto. Pós-Graduada em Direito da Contratação Pública – CEDIPRE/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Prof.^a Adjunta Convidada - ESTG/P. Porto. E-mail: patricia_anjos_azevedo86@hotmail.com.

Recebido em: 19.04.2021
Aprovado em: 31.05.2021

Escola Superior de
Tecnologia e Gestão do
Instituto Politécnico do Porto
Portugal

Volume 2, Número 1,
Ano 2
2021

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

1. Âmbito de aplicação do Código dos Contratos Públicos português

O Código dos Contratos Públicos português (doravante abreviadamente designado por CCP) foi aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro, e teve a sua última alteração no Decreto-Lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto.

É importante, desde logo, verificar quem são as entidades adjudicantes previstas no CCP, pois será desta forma que iremos também verificar o âmbito de aplicação do regime das Centrais de Compras. Desta forma, o artigo 2º do CCP refere expressamente que são entidades adjudicante: o Estado; as Regiões Autónomas; as Autarquias Locais; os Institutos Públicos; as entidades administrativas independentes; o Banco de Portugal; as fundações públicas; as associações públicas; as Associações de que façam parte uma ou várias pessoas coletivas referidas anteriormente, desde que sejam maioritariamente financiadas por estas, estejam sujeitas ao seu controle de gestão ou tenham um órgão de administração, de direção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designada pelas mesmas. Para além destas, de acordo com o artigo 2.º nº 2, alíneas a), b) e d), são ainda entidades adjudicantes: os organismos de direito público, pessoas coletivas e associações, independentemente da sua natureza pública ou privada. Também o artigo 7º, nº 1 estabelece como sendo entidades adjudicantes: as pessoas coletivas que realizam atividades nos setores da água, energia, transportes e dos serviços postais. Por último, o CCP aplica-se também às entidades que se encontrem nas situações previstas no artigo 275.º do CCP e que cumpram os requisitos lá especificados³.

No entanto, o CCP prevê exclusões no que diz respeito à aplicação das regras da contratação pública, prevendo os artigos 4º, 5º, 5º-A e 6º-A do CCP as situações em que a aplicação do CCP está afastado. O legislador pretende assim salvaguardar o princípio da concorrência, tal como refere João Henriques Pinheiro⁴: "(...) no domínio das relações contratuais que se possam estabelecer entre entidades adjudicantes da administração pública, em sentido orgânico, o CCP afirma uma restrição à capacidade jurídica contratual que visa dilatar as margens para a concorrência dos operadores de mercado na formação dos seguintes contratos: empreitadas de obras públicas, concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, locação ou aquisição de bens móveis e aquisição de serviços."

3 Artigo 275.º - Contratos subsidiados

1 - As regras previstas no presente Código relativas à formação de contratos de empreitada de obras públicas são também aplicáveis no caso da formação de contratos de empreitada celebrados por entidades não referidas no artigo 2.º ou no n.º 1 do artigo 7.º, desde que:

a) Sejam financiados diretamente em mais de 50 % por qualquer das entidades adjudicantes referidas no artigo 2.º; e

b) O respetivo preço contratual seja igual ou superior ao valor referido na alínea b) do artigo 19.º

2 - As regras previstas no presente Código relativas à formação de contratos de aquisição de serviços são também aplicáveis no caso da formação de contratos de aquisição de serviços celebrados por entidades não referidas no artigo 2.º ou no n.º 1 do artigo 7.º, desde que:

a) Sejam financiados diretamente em mais de 50 % por qualquer das entidades adjudicantes referidas no artigo 2.º;

b) O respetivo preço contratual seja igual ou superior ao valor referido na alínea b) do n.º 1 do artigo 20.º; e

c) Sejam complementares, dependentes ou se encontrem, por qualquer forma, relacionados com o objeto de um contrato de empreitada a cuja formação é aplicável o presente Código nos termos do disposto no número anterior.

4 PINHEIRO, João Henriques. Âmbito de aplicação do Código dos Contratos Públicos e Normas Comuns de Adjudicação, Coimbra Editora, 2010.

No mesmo sentido, “em matéria de contratação pública, a interpretação das exceções à obrigatoriedade de utilização de procedimentos concursais deve ser “estrita” e rigorosa de modo a garantir a máxima salvaguarda da concorrência.”⁵ Quer isto dizer que, de forma a garantir a prossecução do princípio da concorrência, deverão ser criadas oportunidades iguais de contratar entre pessoas coletivas públicas ou privadas.

2. Os procedimentos pré-contratuais: Conceitos e Regulamentação Legal

No âmbito dos procedimentos pré-contratuais, ou seja, os procedimentos que antecedem a realização do contrato público, deveremos ter em conta o artigo 16º, nº 1 do CCP que, de forma taxativa, estabelece os procedimentos pré-contratuais admissíveis no Direito português na formação de contratos cujo objeto abranja prestações que estão ou sejam suscetíveis de estar submetidos à concorrência de mercado⁶, a saber: o Ajuste direto (Geral ou Simplificado) – artigo 112º, nº 2 e artigo 128º e seguintes, respetivamente; a Consulta prévia – artigo 112º, nº 1; o Concurso público (Normal ou Urgente) – artigos 130º e 155º, respetivamente; o Concurso limitado por prévia qualificação – artigo 162º e seguintes; o Procedimento de negociação – artigo 193º e seguintes; o Diálogo concorrencial – artigo 204º e seguintes e a Parceria para a inovação – artigo 218-A e seguintes⁷. Cada procedimento tem as suas próprias características e âmbito de aplicação, sendo que a escolha dos procedimentos do ajuste direto, de consulta prévia, de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação deve ser feita tendo por base o valor do contrato a celebrar - artigo 18º do CCP.

3. As Centrais de Compras

O Decreto-Lei nº 200/2008 de 9 de outubro veio aprovar o regime jurídico aplicável à constituição, estrutura orgânica e funcionamento das centrais de compras, em cumprimento do disposto no nº 3 do artigo 260º do CCP.

De acordo com o artigo 260º, nº 1 do CCP, as entidades adjudicantes referidas no ponto 1, podem constituir centrais de compras para centralizar a contratação de empreitadas de obras públicas, de locação e de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços. Desta forma transpõe-se o estabelecido no artigo 11 da Diretiva 2004/18/CE: “Os Estados-Membros podem prever a possibilidade de as entidades adjudicantes contratarem empreitadas de obras, fornecimentos e/ou serviços recorrendo a uma central de compras.”,

5 Acórdão do Tribunal de Contas nº 16/2015, de 09/06/2015; Processo 23/2014-R; Relatora: Helena Abreu Lopes.

6 Consideram-se submetidas à concorrência de mercado, designadamente, as prestações objeto dos seguintes contratos: a empreitada de obras públicas; a concessão de obras públicas; a concessão de serviços públicos; a locação ou aquisição de bens móveis; a aquisição de serviços; e as sociedades – de acordo com o número 2 do art. 16º do CCP.

7 Para maiores desenvolvimentos e noções sobre o contrato administrativo e os tipos de procedimentos previstos no CCP, cfr., por exemplo, ANJOS AZEVEDO, Patrícia. Lições de Direito Administrativo. Editora Primeira Edição, 2020, pp. 313-366.

O nº 2 do artigo 1º do Decreto-Lei nº 200/2008 de 9 de outubro excecionava do âmbito da constituição das centrais de compras as entidades referidas no nº 3 do artigo 2º do CCP (entretanto revogado)⁸, isto é, das pessoas coletivas com direitos especiais ou exclusivos na atividade dos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais. Contudo, tal exceção já não se mantém desde a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 149/2012. No mesmo sentido: “Podem assumir a função de centrais de compras quaisquer entidades, públicas ou privadas, as quais são consideradas como entidades adjudicantes para os efeitos previstos no CCP, sujeitas às regras da contratação pública no exercício da sua atividade⁹.”

As principais funções das centrais de compras consistem na adjudicação de propostas, a pedido e em representação das entidades adjudicantes, na locação ou aquisição de bens e serviços destinados a entidades adjudicantes, bem como na celebração de acordos quadro¹⁰. No mesmo sentido, refere o nº 1 do art. 263º do CCP que as centrais de compras podem celebrar acordos quadro, em qualquer das modalidades previstas no artigo 252º do CCP, que tenham por objeto a futura celebração de contratos de empreitada de obras públicas, de locação ou de aquisição de bens móveis ou de aquisição serviços.

As centrais de compras têm assim a natureza de entidade adjudicante.

De acordo com o artigo 10 da Diretiva 2004/18/CE, as centrais de compras são entidades adjudicantes que: adquirem fornecimentos e/ou serviços destinados a entidades adjudicantes ou procedem à adjudicação de contratos públicos ou celebra acordos-quadro de obras, de fornecimento ou de serviços destinados a entidades adjudicantes, sendo esta norma transporta para o artigo 261º do CCP, o qual refere expressamente que: “As centrais de compras destinam-se a: a) Adjudicar propostas de execução de empreitadas de obras públicas, de fornecimento de bens móveis e de prestação de serviços, a pedido e em representação das entidades adjudicantes; b) Locar ou adquirir bens móveis ou adquirir serviços destinados a entidades adjudicantes, nomeadamente por forma a promover o agrupamento de encomendas; c) Celebrar acordos quadro, designados contratos públicos de aprovisionamento, que tenham por objeto a posterior celebração de contratos de empreitadas de obras públicas ou de locação ou de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços; d) Instituir sistemas de aquisição dinâmicos para utilização por parte das entidades adjudicantes pelos mesmos abrangidos; e) Instituir catálogos eletrónicos para utilização por parte das entidades adjudicantes; f) Adjudicar contratos públicos de prestação de atividades auxiliares de aquisição, que consistam no apoio às atividades de aquisição.

Assim, as Centrais de Compras têm como objetivo concentrar numa entidade a

8 Redação anterior - Alterado pelo/a Artigo 2.º do/a Decreto-Lei n.º 149/2012: “3 - Para os efeitos do disposto na subalínea i) da alínea a) do número anterior, são consideradas pessoas coletivas criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, aquelas cuja atividade económica se não submeta à lógica do mercado e da livre concorrência.”

9 Acórdão nº 171 /2009 de 4 de dezembro -1.ª S/SS - Processo nº 1615/2009 do Tribunal de Contas.

10 Acordo quadro é o contrato celebrado entre uma ou várias entidades adjudicantes e uma ou mais entidades, com vista a disciplinar relações contratuais futuras a estabelecer ao longo de um determinado período de tempo, mediante a fixação antecipada dos respetivos termos – artigo 251º do CCP.

celebração de determinados contratos que, se assim não fosse, iriam ser distribuídos por várias entidades. Desta forma, as entidades aderentes podem adquirir quaisquer bens ou serviços centralizados de uma forma mais simples e célere.

Tal como refere Pedro Fernández Sánchez: “São igualmente conhecidas as vantagens adicionais envolvidas nessa centralização. Por um lado, ela permite que uma entidade adjudicante ou um grupo de entidades adjudicantes que não disponham de meios (humanos, logísticos e técnicos) para adquirirem prestações no mercado recorram a uma entidade que justamente dispõe desses meios por ter o seu escopo vocacionado para a centralização de contratos públicos, formando um corpo profissional de compradores especializados. É a essas vantagens que se refere o legislador europeu no Considerando 69 da Diretiva 2014/24: a centralização de compras pode contribuir não só para o aumento da concorrência como também “para profissionalizar as aquisições públicas.”¹¹

Adquirindo-se os bens e serviços através da Central de Compras, a entidade adjudicante pode obter vários benefícios: economia de procedimentos, preços, prazos de obtenção de bens ou serviços, simplificando os processos de aquisição.

As entidades não abrangidas pela contratação centralizada a efetuar por uma determinada central de compras podem dela beneficiar, para a aquisição da totalidade ou de apenas algumas categorias de obras, de bens móveis ou de serviços, nos termos previstos no diploma que regula o funcionamento da mesma – n.º 2 do art. 262.º do CCP.

No desenvolvimento das suas atividades, as centrais de compras devem orientar-se pelos princípios orientadores expressamente referidos no artigo 3.º daquele Decreto-Lei n.º 200/2008:

- Segregação das funções de contratação, de compras e de pagamentos;
- Utilização de ferramentas de compras eletrónicas com funcionalidades de catálogos eletrónicos e de encomenda automatizada;
- Adoção de práticas aquisitivas por via eletrónica baseadas na ação de negociadores e especialistas de elevada qualificação técnica, com vista à redução de custos;
- Preferência pela aquisição dos bens e serviços que promovam a proteção do ambiente e outros interesses constitucionalmente protegidos;
- Promoção da concorrência.

4. O Sistema Nacional de Compras Públicas

No que diz respeito à centralização de compras do Estado¹², temos o Sistema Nacional de Compras Públicas (doravante designado por SNCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de fevereiro, abrangendo dois principais núcleos

11 SÁNCHEZ, Pedro Fernández. Direito da Contratação Pública, Vol. II., AAFDL Editora, 2020, p. 805

12 “No que toca ao Estado em especial, estabelece-se que as respetivas centrais de compras são as plasmadas no mencionado diploma, apenas podendo ser criadas outras em casos excecionais, no âmbito de um sector específico e mediante autorização prévia do membro do Governo responsável pela área das finanças e do membro do Governo responsável pelo respetivo sector.” – Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 200/2008 de 9 de outubro.

orgânicos: a Agência Nacional de Compras Públicas, E.P.E., e as unidades ministeriais de compras, atualmente tudo fundido na Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública I.P. (ESPA).

Integram o SNCP, na qualidade de entidades compradoras vinculadas, os serviços da administração direta do Estado e os institutos públicos (com exceção das instituições de ensino superior públicas previstas na Lei n.º 62/2007, de 10 de setembro)¹³.

Assim, o Decreto-Lei n.º 37/2007 de 19 de fevereiro de 2007 veio criar a Agência Nacional de Compras Públicas (ANCP), aprovando os respetivos estatutos, sendo esta a primeira central de compras formalmente constituída para cumprir o exposto na referida Diretiva 2004/18/CE.

A ANCP tinha objeto: conceber, definir, implementar, gerir e avaliar o sistema nacional de compras públicas, com vista à racionalização dos gastos do Estado, à desburocratização dos processos públicos de aprovisionamento, à simplificação e regulação do acesso e utilização de meios tecnológicos de suporte e à proteção do ambiente e assegurar, de forma centralizada, a aquisição ou a locação, em qualquer das suas modalidades, a afetação, a manutenção, a assistência, a reparação, o abate e a alienação dos veículos que compõem o parque de veículos do Estado.

Contudo, a regulamentação da ANCP e os seus respetivos estatutos foram revogados pelo artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 117-A/2012 de 14 de junho, sendo a ANCP formalmente extinta, conforme decorre do artigo 19.º do referido Decreto-Lei n.º 117-A/2012 de 14 de junho, sucedendo-lhe a Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública (ESPAP) e mantendo-se o Sistema Nacional de Compras Públicas, assumindo a ESPAP as funções de entidade gestora daquele sistema.

“A contratação centralizada é obrigatória para as entidades compradoras vinculadas ao Sistema Nacional de Compras Públicas, sendo-lhes vedada a adoção de procedimentos tendentes à contratação direta dos bens e serviços abrangidos, salvo mediante a autorização indicada atrás referida.

Podem, adicionalmente, integrar os procedimentos de contratação centralizada de eletricidade, gás natural e combustíveis rodoviários as entidades voluntárias aderentes ao SNCP que pretendam beneficiar das vantagens decorrentes da adoção de procedimentos centralizados, designadamente, as poupanças geradas pelo efeito de escala.”¹⁴

Importa ainda salientar que “a falta de fundamento legal e dos elementos referidos traduz-se na ausência de elementos essenciais exigidos por lei para a criação de uma central de compras, o que configura nulidade nos termos do artigo 133.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo.”¹⁵

13 Podem integrar o SNCP, na qualidade de entidades compradoras voluntárias, os serviços e entidades públicas não referidos no número anterior, incluindo a Presidência da República, a Assembleia da República, a Procuradoria-Geral da República, os tribunais, as entidades administrativas independentes com funções de regulação, as entidades do setor público empresarial e as instituições de ensino superior públicas previstas na Lei n.º 62/2007, de 10 de setembro, independentemente da sua natureza (art. 3.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 37/2007, de 19 de fevereiro).

14 Orientação Técnica n.º 01/ENE/2021 de 17/03/2021 da ESPAP.

15 Acórdão do Tribunal de Contas número 171 /2009 de 4 de dezembro de 2009, Processo número 1615/2009

5. A Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública

A ESPAP foi criada pelo Decreto-Lei nº 117-A/2012 de 14 de junho e trata-se de um instituto público integrado na administração indireta do Estado, dotado de autonomia administrativa e financeira e de património próprio.

Trata-se assim de atuar no sentido de tornar a Administração Pública mais eficaz, mais eficiente e coerente na utilização dos recursos públicos e com o objetivo de reduzir as despesas públicas do país.

De acordo com o referido Decreto-Lei, a ESPAP vem assumir e centralizar a missão e atribuições do Instituto de Informática, da Empresa de Gestão Partilhada de Recursos da Administração Pública (GERAP), e da Agência Nacional de Compras Públicas (ANCP), que foram extintos, por fusão, de modo a melhorar o desempenho das funções ligadas ao desenvolvimento e à gestão dos serviços partilhados prestados à Administração Pública, reunindo numa só entidade, todas as valências que até então estavam distribuídas por três realidades organizacionais.

“Com a prestação de serviços partilhados reduzem-se custos de funcionamento e criam-se oportunidades de melhoria, traduzidas, entre outras, em aproveitamento de soluções e capacidades de serviço de uso comum, em redução de esforço administrativo promovida pela uniformização, integração e automatização dos processos, em disponibilização de ferramentas adequadas ao processo de tomada de decisão e em partilha de informação com os diversos serviços da Administração Pública que dela necessitam no âmbito das suas atribuições.”¹⁶

No âmbito das suas atribuições, a ESPAP pode estabelecer parcerias ou associar-se com outras entidades do setor público ou privado, com ou sem fins lucrativos. Assim, de acordo com o nº 4 do artigo 3º do referido Decreto Lei, no âmbito das compras públicas, a ESPAP tem as seguintes atribuições: a) Negociar e celebrar acordos quadro ou outros contratos públicos de obras e de fornecimento de bens ou de serviços destinados às entidades públicas adjudicantes compradoras; b) Acompanhar e apoiar as Unidades Ministeriais de Compras (UMC) nas negociações dos contratos públicos a celebrar ao nível ministerial; c) Agregar e tratar a informação relativa às compras públicas; d) Definir, desenvolver e implementar estratégias de compra e negociação para as aquisições centralizadas, preservando e incrementando os níveis de concorrência nos respetivos setores de atividade; e) Elaborar propostas de legislação, de procedimentos e de adoção de sistemas de informação de suporte relacionados com as compras públicas; f) Apoiar o membro do Governo da tutela na definição de políticas e linhas de orientação para as compras públicas; g) Coordenar e apoiar os serviços, organismos e entidades públicas e seus fornecedores na adoção das normas e procedimentos definidos para o aprovisionamento público; h) Promover a adoção de procedimentos de natureza normativa relativos à aquisição e utilização de sistemas informáticos de suporte ao aprovisionamento público; i) Implementar e manter uma plataforma que permita assegurar o suporte ao ciclo integral de compras,

16

Preâmbulo do Decreto-Lei nº 117-A/2012 de 14 de junho

privilegiando o relacionamento desmaterializado entre as empresas fornecedoras e a Administração Pública; j) Gerir as aplicações centralizadas que integram o Sistema de Compras Públicas Eletrónicas; k) Adotar práticas e privilegiar a aquisição de bens e serviços que promovam o equilíbrio adequado entre a eficiência financeira e a proteção do ambiente; l) Avaliar permanentemente o desempenho do Sistema Nacional de Compras Públicas (SNCP), designadamente mediante a promoção da realização de auditorias pelos serviços de inspeção e controlo competentes para o efeito.

6. As Centrais de Compras do Sistema de Saúde Português

No âmbito da reestruturação operada no Ministério da Saúde, foi criada, pelo Decreto-Lei n.º 219/2007 de 29 de maio, a Administração Central do Sistema de Saúde, IP (doravante designada por ACSS), como organismo da administração indireta do Estado com funções de administração dos recursos do Serviço Nacional de Saúde e de planeamento e gestão da qualidade organizacional dos serviços e estabelecimentos que constituem o sistema de saúde.

A unidade ministerial de compras assegurada pela ACSS, e o agrupamento complementar de empresas Somos Compras, ACE, autorizado por despacho conjunto dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da saúde, são consideradas centrais de compras, tal como refere expressamente o artigo 10º do Decreto-Lei nº 200/2008 de 9 de outubro, sendo que a articulação entre as atividades das referidas centrais de compras cabe à ACSS, mediante a celebração de protocolo.

Compete assim à ACSS, assegurar as funções de unidade ministerial de compras relativamente aos bens e serviços das instituições do Serviço Nacional de Saúde (SNS).

O SNS tem como finalidade a efetivação, por parte do Estado, da responsabilidade que lhe cabe na proteção da saúde individual e coletiva. A forte componente pública do sistema de saúde determina a necessidade de uma gestão eficiente, por via da otimização dos meios existentes, criando-se mais valor com os recursos de que se dispõe¹⁷. Para tal, o Decreto-Lei nº 19/2010, de 22 de março, alterado, entre outros, pelo Decreto-Lei nº 108/2011, de 17 de novembro e pelo Decreto-Lei nº 69/2017, de 16 de junho, criou os Serviços Partilhados do Ministério da Saúde (doravante designado por SPMS), constituindo-se como uma central de compras para o setor da saúde, transferindo-se assim as atribuições da ACSS para a SPMS.

De acordo com o referido Decreto-Lei, o SPMS tem por missão a “prestação de serviços partilhados específicos da área da saúde em matéria de compras e logística, de serviços financeiros, de recursos humanos e de sistemas e tecnologias de informação e comunicação aos estabelecimentos e serviços do Serviço Nacional de Saúde, independentemente da sua natureza jurídica, bem como aos órgãos e serviços do Ministério da Saúde e a quaisquer outras entidades, quando executem atividades específicas da área da saúde.”

O grande fundamento para a criação de um serviço partilhado no Ministério da

17

Preâmbulo do Decreto-Lei nº 108/2011, de 17 de novembro.

Saúde, prende-se com o facto de deixar de “pender sobre o Estado e as instituições e serviços do SNS a responsabilidade pelo fornecimento de serviços que, pela sua natureza e relevância estratégica, podem e devem ser garantidos por um único fornecedor a todas as entidades do sistema de saúde, o que permite a sua libertação para se concentrarem na prossecução das suas atividades nucleares: a prestação de cuidados de saúde aos cidadãos.”¹⁸

Assim, também as posições jurídicas dos Agrupamentos Complementares de Empresas “Somos Compras”, “Somos Contas” e “Somos Pessoas”, bem como as estruturas do SUCH - Serviço de Utilização Comum dos Hospitais para a prossecução das atividades daqueles agrupamentos, foram transmitidas para a SPMS. “O Somos Compras é a entidade gestora da unidade de serviços partilhados denominada “Central de Compras e Logística”, criada e instituída pelo SUCH (Serviço de Utilização Comum dos Hospitais) com o objetivo de centralizar, otimizar e racionalizar a aquisição de bens e serviços pelos seus associados.”¹⁹

A SPMS é, desta forma, a central de compras para o sector específico da saúde, de acordo com o estipulado no n.º 5 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 108/2011, de 17 de novembro.

A Portaria n.º 55/2013, de 7 de fevereiro, alterada pela Portaria n.º 111/2017 de 16 de março, define as categorias de bens e serviços específicos da área da saúde cujos contratos públicos de aprovisionamento (CPA) e procedimentos de aquisição são celebrados e conduzidos pelos SPMS. Ou seja, “define os critérios para a obrigatoriedade de aquisição centralizada no âmbito dos CPA, a qual poderá ser tornada obrigatória para todas ou apenas algumas instituições do SNS, por despacho do membro do Governo responsável pela área da saúde. Quando esta obrigatoriedade de aquisição centralizada é determinada, é vedado às instituições do SNS abrangidas proceder à abertura de procedimentos de aquisição e renovações contratuais que não sejam feitas ao abrigo desses CPA.”²⁰

Ainda quanto à obrigação das aquisições centralizadas, deveremos que em atenção que “A obrigatoriedade da utilização do Sistema Comum de Compras para todos os estabelecimentos integrados no Serviço Nacional de Saúde, independentemente da sua natureza jurídica, viola o disposto no art.º 10.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 200/2008, que só prevê a possibilidade de serem tornadas obrigatórias as aquisições efetuadas ao abrigo dos contratos públicos de aprovisionamento celebrados pela Administração Central do Sistema de Saúde (ACSS). Essa obrigatoriedade é, ainda, ilegal por, carecendo de fundamento legal, violar a autonomia decisória das entidades inseridas no sector empresarial do Estado.”²¹

Considerações Finais

18 Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 108/2011, de 17 de novembro.

19 Acórdão do Tribunal de Contas número 171 /2009 de 4 de dezembro de 2009, Processo número 1615/2009

20 Revista Portuguesa de Farmacoterapia, Compras Centralizadas na Saúde, consultado em <http://revista.farmacoterapia.pt/index.php/rpf/article/view/97> no dia 10/04/2021

21 Acórdão do Tribunal de Contas número 171 /2009 de 4 de dezembro de 2009, Processo número 1615/2009

De forma a transpor-se o estabelecido no artigo 11 da Diretiva 2004/18/CE, as entidades adjudicantes previstas no CCP, podem constituir centrais de compras para centralizar a contratação de empreitadas de obras públicas, de locação e de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços.

A principal justificação para a criação de centrais de compras prendeu-se essencialmente com o objetivo de racionalizar os gastos do Estado, a desburocratização dos processos públicos de aprovisionamento, a simplificação e regulação do acesso e utilização de meios tecnológicos de suporte e à proteção do ambiente e assegurar, de forma centralizada, a aquisição ou a locação, em qualquer das suas modalidades, a afetação, a manutenção, a assistência, a reparação, o abate e a alienação dos veículos que compõem o parque de veículos do Estado, de forma a tornar a Administração Pública mais eficaz, mais eficiente e coerente na utilização dos recursos públicos e com o objetivo de reduzir as despesas públicas do nosso país.

Além disso, a centralização de compras pode contribuir não só para o aumento da concorrência como também para profissionalizar as aquisições públicas, contando com entidades aptas a assegurar todo o processo completo da compra.

No âmbito das entidades compradoras, estamos perante duas realidades: as entidades compradoras vinculadas e as entidades compradoras voluntárias.

A contratação centralizada é obrigatória para as entidades compradoras vinculadas ao Sistema Nacional de Compras Públicas, sendo-lhes vedada a adoção de procedimentos tendentes à contratação direta dos bens e serviços abrangidos, salvo mediante a autorização. Caso o façam sem a devida autorização, o procedimento será nulo.

Numa última análise, é abordado o sistema de compras públicas no sector da saúde, onde também se verifica que, com todas as alterações decorrentes ao longo dos anos, foi também objetivo do legislador, centralizar numa única entidade – O SPMS - Serviços Partilhados do Ministério da Saúde, cuja missão por missão é, entre outros, a prestação de serviços partilhados específicos da área da saúde em matéria de compras e logística, de forma a que se possa recorrer a um único fornecedor, de modo a permitir que as outras entidades se concentrem na prossecução das suas atividades essenciais, como a prestação de cuidados de saúde aos cidadãos.

Referências Bibliográficas

AA.VV. “Network Analysis for Fraud Detection in Portuguese Public Procurement”, C. Analide et al. (Eds.): IDEAL 2020, LNCS 12490, Springer Nature Switzerland, 2020.

AMARAL, Diogo Freitas, Curso de Direito Administrativo, Vol. I, 4.^a Edição, Almedina, 2016.

AMARAL, Diogo Freitas, Curso de Direito Administrativo, Vol. II, 3.^a Edição, Almedina, 2017.

AZEVEDO, Patricia Anjos, Lições de Direito Administrativo, Primeira Edição, 2020.

CAETANO, Marcello, Manual de Direito Administrativo, Vol. I, 10.^a Edição, Almedina, 2020.

CAETANO, Marcello, Manual de Direito Administrativo, Vol. II, 10.^a Edição, Almedina, 2017.

FONSECA, Isabel Celeste. Direito da Contratação Pública – Estudos Reunidos. Almedina, 2020.

GONÇALVES, Pedro Costa. Direito dos Contratos Públicos, Vol. I, 3.^a Edição, Almedina, 2018.

OLIVEIRA, Fernanda Paula; e DIAS, José Eduardo Figueiredo, Noções fundamentais de Direito Administrativo, 5.^a Edição, Almedina, 2019.

PINHEIRO, João Henriques. Âmbito de aplicação do Código dos Contratos Públicos e Normas Comuns de Adjudicação. Coimbra Editora, 2010.

SÁNCHEZ, Pedro Fernández. Direito da Contratação Pública, Vol. II., AAFDL Editora, 2020.

Recebido em: 08.03.2021
Aprovado em: 25.05.2021

Universidade Lusófona do Porto
Portugal

Volume 2, Número 1,
Ano 2
2021

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt

África face à justiça internacional penal: relações sob o signo da ambivalência

*Africa in the face of international criminal justice: relations
under the sign of ambivalence*

Catherine Maia¹

Sumário: I. Considerações preliminares: os modelos de justiça internacional penal. II. As expectativas reveladas por uma adesão maciça. III. As desilusões marcadas por vivas tensões. IV. Considerações finais.

Resumo: O desenvolvimento da justiça internacional penal tem sido acompanhado pela criação de diferentes modelos de tribunais destinados a consolidar o princípio da responsabilidade penal internacional dos indivíduos por crimes internacionais. Em África, um continente marcado por graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário, esse desenvolvimento tem despertado entusiasmo e esperança, mas também tensões que levaram a União Africana a acelerar a regionalização da repressão criminal internacional.

Palavras-chave: crimes internacionais, justiça internacional penal, Tribunal Penal Internacional, África, União Africana.

Abstract: The development of international criminal justice has been accompanied by the creation of different models of tribunals aimed at consolidating the principle of international criminal responsibility of individuals for international crimes. In Africa, a continent marked by serious violations of human rights and international humanitarian law, this development has aroused enthusiasm and hope, but also tensions that have led the African Union to accelerate the regionalisation of international criminal repression.

Keywords: international crimes, international criminal justice, International Criminal Court, Africa, African Union.

¹ Professora da Universidade Lusófona do Porto (Portugal), professora visitante da Sciences Po Paris (França), consultora.

I. Considerações preliminares: os modelos de justiça internacional penal

Há vários anos que assistimos a um fenómeno de jurisdicionalização do direito internacional, que se reflete na proliferação de tribunais internacionais e na sua crescente especialização². O fortalecimento do princípio da responsabilidade penal individual pelos crimes internacionais e a necessidade de ter tribunais competentes para julgar os responsáveis de tais crimes tornaram o direito internacional penal um terreno fértil para o estabelecimento de novos tribunais penais internacionais, a par dos tribunais nacionais.

A criação em 1945 e 1946 dos Tribunais Militares Internacionais de Nuremberga e de Tóquio para julgar os principais responsáveis pelas atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial veio solidificar a meta da comunidade internacional de acabar com a impunidade, permitindo, depois do fim da Guerra Fria, uma multiplicação das jurisdições penais internacionais. A este respeito, o desenvolvimento da justiça internacional penal visa julgar os autores dos crimes mais graves, ou seja, aqueles que ofendem a consciência da humanidade. Para atingir este objetivo, os modelos de justiça internacional penal são variados.

Um primeiro modelo corresponde aos tribunais penais internacionais ad hoc criados por uma resolução do Conselho de Segurança com base no capítulo VII da Carta das Nações Unidas, como órgãos subsidiários³. Estabelecidos um para a ex-Jugoslávia (TPIJ) em 1993, outro para o Ruanda (TPIR) em 1994, eles pretendem, em posição de primazia sobre os tribunais internos, julgar os autores dos crimes cometidos em grande escala nesses países, tendo um mandato fixado por um período de atividade limitado e ligado a um contexto específico.

Um segundo modelo corresponde aos tribunais penais internacionalizados,

2 Sobre este fenómeno, ver nomeadamente: Wagner Menezes, *Tribunais internacionais: jurisdição e competência*, São Paulo, Saraiva, 2013; Stéphane Doumbé-Billé, “La juridictionnalisation des droits de l’Homme en Afrique: ‘much ado about nothing?’”, in J.-F. akandji-kombe (dir.), *L’Homme dans la société internationale: mélanges en hommage au professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 693-706; Fausto Pocar, “The International Proliferation of Criminal Jurisdictions Revisited: Uniting or Fragmenting International Law?”, in H.P. Hestermeyer (ed.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity: Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, Leiden, Nijhoff, 2012, pp. 1705-1724.

3 Ver em particular: Hervé Ascensio, “Les tribunaux ad hoc pour l’ex-Yougoslavie et pour le Rwanda”, in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2012, pp. 795-808; Mutoy Mubiala, “Le Tribunal international pour le Rwanda : vraie ou fausse copie du Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie ?”, *RGDIP*, vol. 99, 1995, pp. 929-954.

também conhecidos como tribunais mistos ou híbridos⁴. Esta qualificação é utilizada para se referir a uma categoria heterogênea, abarcando jurisdições criadas com base num acordo ou ato internacional, integradas nas ordens jurídicas nacionais dos Estados em causa, mas internacionalizadas quanto ao seu pessoal e aos crimes abrangidos. Esta categoria inclui os Painéis Especiais por Crimes Graves no Timor-Leste, as Câmaras Extraordinárias nos Tribunais do Camboja, o Tribunal Especial para o Líbano, as Câmaras Especializadas do Kosovo, o Tribunal Especial para a Serra Leoa, as Câmaras Africanas Extraordinárias no sistema judiciário senegalês, o Tribunal Penal Especial Centro-Africano⁵ e futuramente outro Tribunal Especial para o Sudão do Sul, tendo o acordo de paz atualizado de 2018 previsto a criação de um tribunal híbrido com a União Africana (UA) para julgar os responsáveis dos crimes cometidos durante mais de seis anos de conflito⁶. Estes tribunais penais são criados a pedido dos países em causa, a fim de preencher certas lacunas na punição nacional dos crimes internacionais, dispensando a justiça o mais próximo possível do terreno e assegurando ao mesmo tempo as melhores garantias de um processo equitativo.

Um terceiro modelo é o do Tribunal Penal Internacional (TPI), cujo Estatuto de Roma entrou em vigor a 1 de julho de 2002. O TPI apresenta originalidades em diversos aspetos. Além de ter por estrutura a de uma organização internacional independente, destaca-se pelo seu caráter permanente e sua vocação universal, bem como por ter estabelecido um Fundo a favor das vítimas. Embora inspirado pelos precedentes do TPIJ e do TPIR, diversamente das jurisdições anteriores, o TPI não está ligado a um determinado conflito. Tem competência para julgar os principais responsáveis de quatro categorias de crimes internacionais: os crimes contra a humanidade, o crime de genocídio, os crimes de guerra e o crime de agressão. Ademais, de acordo com o preâmbulo e o artigo 1º do Estatuto de Roma, o TPI assenta no princípio da complementaridade com os tribunais penais nacionais, sendo competente para julgar um caso apenas nas hipóteses em que um Estado com jurisdição sobre o mesmo

4 Apesar do risco de jurisprudência contraditória devido à proliferação das jurisdições, a criação de tribunais internacionalizados pode fortalecer a justiça internacional penal, ao cobrir crimes que não são abrangidos pela competência material ou temporal do TPI e ao ajudar os tribunais internos a cumprir a sua função por meio de um apoio internacional visando reforçar a capacitação dos juizes nacionais bem como o sentimento de legitimidade de sentenças proferidas o mais próximo possível da população e com um melhor conhecimento das realidades locais. Sobre essas jurisdições mistas, ver nomeadamente: Danielle Annoni, Camila Dabrowski de Araújo Mendonça, “Tribunais mistos: uma análise do conceito”, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, vol. 35, 2015, pp.101-133; Luigi Condorelli, Théo Boutruche, “Internationalized Criminal Courts and Tribunals: are they necessary?”, in C.P.R. Romano, A. Nollkaemper, J.K. Kleffner (eds.), Internationalized Criminal Courts and Tribunals: Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia, Oxford, OUP, 2004, pp. 427-436; Aaron Fichtelberg, Hybrid Tribunals: A Comparative Examination of their Origins, Structure, Legitimacy and Effectiveness, New York, Springer, 2015; Guergana Lazarova, “Les tribunaux mixtes : à la recherche d’une justice impartiale par la composition juridictionnelle”, in O. Lecucq (dir.), La composition des juridictions : perspectives de droit comparé, Bruxelas, Bruylant, 2014, pp. 19-69; Olivier de Frouville, Olivia Martelly, “La juridictionnalisation du droit des conflits armés : les tribunaux internationaux mixtes”, in V. Chetail (dir.), Permanence et mutations du droit des conflits armés, Bruxelas, Bruylant, 2013, pp. 573-612; Jean-Marc Sorel, “Les tribunaux mixtes ou hybrides”, in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet (dir.), Droit international pénal, Paris, Pedone, 2012, pp. 825-843.

5 Ver Jean-François Akandji-Kombé, Catherine Maia, “O Tribunal Penal Especial centro-africano: os desafios do estabelecimento de uma justiça penal internacionalizada na República Centro-Africana”, Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, vol. 17/18, 2018, pp. 129-146.

6 O Tribunal Especial para o Sudão do Sul será um tribunal híbrido instituído pela UA para investigar e julgar os indivíduos responsáveis por violações do direito internacional e/ou leis aplicáveis ao Sudão do Sul cometidas após 15 de dezembro de 2013, dia em que começaram confrontos no país.

não tenha a vontade ou a capacidade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento (artigo 17).

Qualquer que seja o modelo, o confronto da lógica de tribunais penais com a lógica de Estados soberanos não é necessariamente evidente por si mesmo. Bem pelo contrário, é frequentemente marcada pela ambivalência, o que é particularmente o caso dos Estados africanos, que oscilaram entre expectativas e desilusões, atração e reticência, face à justiça internacional penal.

II. As expectativas reveladas por uma adesão maciça

Ao contrário do Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) e dos tribunais arbitrais ad hoc, para os quais a suspeita de eurocentrismo deu gradualmente lugar à benevolência, a justiça internacional penal despertou inicialmente o entusiasmo entre os países africanos perante a criação de tribunais, um internacional, outros internacionalizados, com competência criminal no continente.

Este entusiasmo foi tanto mais acentuado quanto a justiça internacional penal é destinada a desenvolver-se em contextos caracterizados por violações maciças e graves dos direitos humanos e do direito humanitário, dando origem a uma real necessidade de justiça por parte das vítimas. Era nutrida a esperança de acabar com a impunidade e fortalecer a paz e a segurança no continente africano, em consonância com a visão alargada da paz que prevaleceu após a Guerra Fria, conforme a qual os tribunais penais internacionais não só têm uma função punitiva como também de reconciliação e reconstrução do estado de direito⁷.

Desta forma, o TPIR foi estabelecido a pedido do Governo ruandês para julgar os indivíduos suspeitos de atos de genocídio e de outras violações graves do direito internacional humanitário cometidos no território do Ruanda, bem como os cidadãos ruandeses suspeitos de serem responsáveis por tais atos perpetrados no território dos Estados vizinhos, entre 1 de janeiro de 1994 e 31 de dezembro de 1994. Apesar de uma cooperação inicialmente tempestuosa do Ruanda – que lamentava em particular a não aplicação pelo TPIR da pena de morte, pena que ainda se aplicava a nível nacional –, as relações acabaram por se apaziguar. Inegavelmente, a jurisprudência do TPIR deu um contributo importante para o direito internacional penal no que diz respeito à penalização do crime de genocídio, sendo o primeiro tribunal internacional a julgar os alegados responsáveis pelo genocídio, bem como a reconhecer a violação como um meio de perpetrar um genocídio.

Outros contributos significativos também foram realizados pelos tribunais internacionalizados estabelecidos em diversos países africanos, a seu pedido.

Nesse sentido, o Tribunal Especial para a Serra Leoa (2002-2013), criado para processar os responsáveis pelos crimes contra a humanidade e crimes de guerra cometidos após os acordos de Abidjan de 30 de novembro de 1996, permitiu as primeiras condenações por casamentos forçados, por ataques às forças de

⁷ Neste sentido, ver em particular Francois-Xavier Bangamwabo, “International Criminal Justice and the Protection of Human Rights in Africa”, in A. Bösl, J. Diescho (eds.), *Human Rights in Africa: Legal Perspectives on their Protection and Promotion*, Windhoek, Macmillan Education Namibia, 2009, pp. 104-131.

manutenção da paz da ONU, bem como pelo recrutamento de crianças soldados por grupos armados. Entre os acusados, o antigo presidente da Libéria, Charles Taylor, foi o primeiro chefe de Estado africano condenado por um tribunal internacional por crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Neste caso, o Governo da Libéria tinha concordado em levantar a imunidade do seu antigo chefe de Estado e exigido a sua extradição da Nigéria, cujas autoridades possibilitaram a sua prisão e entrega ao Tribunal Especial, todos os países implicados demonstrando um forte apoio à justiça internacional penal.

Tal apoio também se nota nas Câmaras Africanas Extraordinárias (2013-2017), estabelecidas por um acordo entre o Senegal e a UA para julgar o ex-presidente chadiano Hissène Habré, acusado de crimes contra a humanidade, crimes de guerra e tortura entre 1982 e 1990. A condenação à prisão perpétua de Hissène Habré em 2016 foi o culminar de uma dura batalha travada durante anos por milhares de vítimas e seus familiares para obter justiça. Também foi a primeira vez que a competência universal conduziu no continente africano a que um antigo chefe de Estado africano seja condenado em África por crimes internacionais.

Outro exemplo de tribunal internacionalizado em África é o Tribunal Penal Especial da República Centro-Africana, criado em 2015 para julgar as graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário cometidas no território nacional desde 1 de janeiro de 2003, conforme definidas pelo Código Penal do país e pelo direito internacional. O estabelecimento deste Tribunal Penal Especial foi uma nova marca de crença nas virtudes da justiça internacional penal, sendo esta jurisdição internacionalizada a primeira a ter sido criada num Estado que já tinha remetido a sua situação por duas vezes ao TPI. Diante da magnitude das violações e num contexto difícil onde os combates continuam em várias regiões do país, o Tribunal Penal Especial, ao contrário dos modelos anteriores, apresenta-se como um complemento à intervenção do TPI e não uma alternativa.

Para além dos tribunais internacionalizados que formam uma categoria aberta, há também uma adesão maciça dos países africanos ao TPI. De facto, a criação do TPI foi bem acolhida como resposta à incapacidade das jurisdições nacionais para julgar os autores de crimes graves e colmatar a ineficácia dos sistemas nacionais de aplicação da lei penal. É prova deste entusiasmo o facto de o primeiro instrumento de ratificação do Estatuto de Roma do TPI ter sido depositado por um país africano, o Senegal, que foi depois seguido pela maioria dos países africanos. Hoje, o TPI continua a gozar de um amplo apoio dos países africanos uma vez que, dos 123 Estados partes, 33 dos 55 Estados do continente optaram por ratificar o Estatuto de Roma.

Face à persistência dos conflitos armados e das violações, a criação de um tribunal penal internacional permanente também foi bem acolhida pela UA, cujo empenho na luta contra a impunidade em África se reflete no artigo 4(h) do seu Ato

Constitutivo, que a autoriza a intervir em situações de atrocidades em massa⁸. Pois, entre os princípios que devem orientar a ação da UA, está o seu direito de “intervir num Estado membro em conformidade com uma decisão da Conferência em situações graves nomeadamente crimes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade”.

Até à data, embora apenas cinco processos tenham sido concluídos, 30 casos foram abertos no TPI no contexto de 14 situações, que se caracterizam pelo facto de que, nos primeiros anos de atividade do Tribunal, todas estavam localizadas exclusivamente no continente africano. Foi apenas em 2016 que assistimos a uma “desafricanização”⁹ do TPI com a abertura de uma investigação na Geórgia, pavimentando o caminho para novas investigações em outras regiões do mundo, a saber: o Bangladesh/Myanmar em 2019, o Afeganistão em 2020, e mais recentemente a Palestina em março de 2021¹⁰. Esta “desafricanização” do TPI começada durante o mandato da Procuradora gambiana Fatou Bensouda, irá certamente continuar com o mandato do novo Procurador britânico Karim Khan que tomou posse em junho de 2021, como o sugere a diversidade geográfica dos exames preliminares atualmente em curso. Pois, além das situações da Guiné e da Nigéria, também estão a ser examinadas as da Colômbia, das Filipinas, da Ucrânia, da Venezuela (I e II) e da Bolívia.

Em seis casos relativos às situações no Uganda, na República Democrática do Congo, na República Centro-Africana por duas vezes (I e II), no Mali e na Palestina, foram os Estados que optaram por remeter a sua situação para o TPI. Em seis outros casos, o TPI autorizou o Procurador a abrir uma investigação proprio motu nas situações no Quênia, na Costa do Marfim e no Burundi, bem como na Geórgia, no Bangladesh/Myanmar e no Afeganistão. Finalmente, o Conselho de Segurança decidiu submeter ao TPI a situação no Sudão (relativamente à região do Darfur) e a situação na Líbia, dois Estados africanos que não são partes ao Estatuto de Roma¹¹.

Para além de uma adesão maciça da África, é forçoso verificar que para todos os casos de iniciativa africana, o TPI pôde contar com a cooperação efetiva e eficiente dos países em causa, particularmente nas fases de detenção e entrega dos acusados. Com efeito, no que diz respeito às denúncias pelos próprios Estados africanos, não só o Uganda, a República democrática do Congo, a República Centro-Africana e o Mali não hesitaram em recorrer ao TPI, como têm sido cooperativos.

Isto é claramente visível logo nos primeiros anos de atividade do TPI, que

8 Entre os princípios de funcionamento da UA está “o direito de a União intervir num Estado membro em conformidade com uma decisão da Conferência em situações graves, nomeadamente: crimes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade, bem como no caso de uma ameaça grave da ordem legítima” (artigo 4(h)). Se este direito de intervenção foi interpretado por parte da doutrina como o sinal de uma possível emancipação da organização regional em relação às Nações Unidas, a prática tende a demonstrar que tal não é o caso. De facto, nenhuma tendência regionalista à emancipação tem posto em causa o padrão de um direito de intervenção centralizado em benefício do Conselho de Segurança. Ver, em especial, Olivier Corten, “L’Union africaine, une organisation régionale susceptible de s’émanciper de l’autorité du Conseil de sécurité ? Opinio juris et pratique récente des États”, ESIL, Conference Paper Series, vol. 2, n° 1, Conference Paper n° 11, 2012.

9 Jean-Baptiste Jeangène Vilmer, “Union africaine versus Cour pénale internationale : répondre aux objections et sortir de la crise”, *Études internationales*, vol. 45, 2014, p. 12.

10 Ver Catherine Maia, “Palestine and the International Criminal Court: a judicial saga”, *African Yearbook of International Law*, vol. 22, 2016, pp. 243-268.

11 Ver, respetivamente, a Resolução 1593 (2005), aprovada por 11 votos a favor e 4 abstenções, e a Resolução 1970 (2011), aprovada por unanimidade.

se caracterizaram pela estreita colaboração entre os países africanos e o primeiro Procurador do Tribunal, o argentino Luis Moreno-Ocampo, que estava ansioso por encarnar rapidamente a legitimidade da nova jurisdição. Estas premissas refletiam a realidade de interesses políticos confluentes: por um lado, os líderes africanos podiam ver-se livres de adversários políticos problemáticos; por outro lado, o TPI podia processar indivíduos suspeitos de crimes sob a sua jurisdição.

O TPI conheceu o seu primeiro caso com a denúncia do Uganda. A fim de acabar com a violência e as vitórias do Exército de Resistência do Senhor liderado por Joseph Kony contra as forças armadas do Governo, o presidente ugandês, Yoweri Museveni, dirigiu-se ao TPI em 2004. O Tribunal será depois solicitado pelas autoridades da República Democrática do Congo para investigar os massacres cometidos na província de Ituri. Estas situações estabelecerão a legitimidade judicial do TPI através do exercício da sua competência e de um primeiro ciclo de responsabilizações individuais pelos crimes mais graves.

Esta marca de confiança é também evidente no caso da República Centro-Africana. Parte ao Estatuto de Roma desde 2001, tomou a iniciativa de denunciar a sua situação ao TPI em 2004 pelo conjunto dos crimes cabendo na competência do Tribunal cometidos no seu território desde 1 de julho de 2002. A República Centro-Africana tem sido particularmente ativa desde que, preocupada com a aparente inércia do TPI, o Governo enviou um pedido de informação sobre o andamento do processo em 2006, o que levou o Procurador a abrir uma investigação em 2007. A República Centro-Africana não parou por aí, uma vez que em 2014 denunciou a sua situação ao TPI uma segunda vez, por crimes de guerra e crimes contra a humanidade alegadamente cometidos no contexto do ressurgimento da violência no seu território a partir de 2012. Até a data, é o único país a ter denunciado a sua situação por duas vezes.

Ademais, encontra-se também uma cooperação clara quando o país, embora não tenha iniciado o processo penal, apoia a ação do TPI. Tal é o caso da Costa do Marfim, que aceitou prontamente cooperar na investigação aberta pelo Procurador por sua própria iniciativa em 2011 (após autorização da Câmara de Pré-Julgamento). Além disso, aceitou a competência do TPI em 2003, antes de ratificar o Estatuto de Roma em 2013. No contexto desta situação, o caso de Laurent Gbagbo é singular. Sujeito a um mandato de captura do TPI, foi transferido para Haia em 2011 pelas autoridades marfinenses no mesmo dia em que foram levantados os selos, ou seja, a 30 de novembro de 2011, tornando-se assim o primeiro ex-chefe de Estado a ser entregue ao Tribunal. A extrema rapidez – alguns chamaram-lhe pressa – da sua entrega ao TPI pelo novo regime em vigor levantou suspeitas, ao passo que nenhum indivíduo do campo do poder estabelecido foi acusado, e que seria útil investigar as violências cometidas pelos dois campos antagónicos pró-Gbagbo e pró-Ouattara.

Em 2011, Laurent Gbagbo foi acusado de quatro acusações por crimes contra a humanidade cometidos em 2010 e 2011 na Costa do Marfim e encarcerado no centro de detenção do TPI. Posteriormente, em 2014, Charles Blé Goudé foi entregue ao TPI, que o acusou das mesmas acusações de crimes contra a humanidade. O julgamento deste caso começou em janeiro de 2016. Três anos depois, em 15 de janeiro de

2019, a Câmara de Julgamento I do TPI absolveu o Sr. Gbagbo e o Sr. Goudé de todas as acusações. A Procuradora Fatou Bensouda, que herdou o caso iniciado sob o seu antecessor Luis Moreno-Ocampo, interpôs recurso contra a decisão. Todavia, em 31 de março de 2021, a Câmara de Recursos confirmou a decisão de absolvição de 2019, concluindo que o Gabinete do Procurador não tinha apresentado provas suficientes, para além de dúvidas razoáveis, para provar a culpabilidade do Sr. Gbagbo e do Sr. Goudé pelos atos de que foram inculcados. Pelo contrário, a Câmara de Recursos concordou com os juízes de julgamento que as provas eram excepcionalmente fracas. Esta absolvição teve naturalmente alguma ressonância, pois foi a terceira pronunciada pelo TPI, após a de Mathieu Ngudjolo Chui em 2012 (situação da República Democrática do Congo) e a de Jean-Pierre Bemba Gombo em 2018 (situação da República Centro-Africana). Certamente, os juízes estão mandatados para fazer justiça, assegurando a equidade no processo e o pleno respeito pelos direitos das vítimas e dos acusados, o que inclui a presunção de inocência e o que significa que nenhuma condenação é automática, sendo a absolvição um resultado possível do processo. Contudo, após dez anos de procedimento, e tudo o que este procedimento pode ter representado em termos de recursos financeiros e humanos para o TPI, esta decisão de absolvição foi percebida como um fracasso.

Mesmo nos casos em que os países iniciaram ou apoiaram a denúncia de uma determinada situação ao TPI, este último não foi isento de reprovações. Pois, quando os Estados africanos recorreram ao TPI, o Procurador foi criticado por se deixar instrumentalizar pelos Governos no poder – cujos membros até agora têm escapado aos procedimentos penais – e por visar apenas réus subalternos. No entanto, as reprovações foram muito mais pronunciadas nos outros casos de denúncia, para os quais a cooperação dos países africanos se revelou mais problemática. Pois, logo que foram iniciados processos de iniciativa extra-africana contra Africanos, incluindo alguns líderes ainda em funções, o entusiasmo inicial dos países africanos desvaneceu-se. A deterioração das relações com os países africanos foi tanto mais rápida quanto outras situações de violações maciças em outras partes no mundo pareciam gozar de impunidade, reforçando a percepção de uma política do TPI de dois pesos e duas medidas¹².

III. As desilusões marcadas por vivas tensões

Embora todos os Estados devam cooperar com o TPI – tendo em conta que qualquer recusa pode ser levada ao conhecimento do Conselho de Segurança – a cooperação tem sido desigual, dependendo da origem da denúncia. Se teve tendência a ser eficiente nos casos de processos iniciados ou apoiados pelos países africanos, foi mais reticente nos casos de processos de iniciativa extra-africana, quer pelo Conselho de Segurança, quer pelo Procurador. A desconfiança de alguns Estados em relação ao TPI surgiu precisamente nos casos em que não foram os Estados em questão que submeteram as suas situações, mas sim o Conselho de Segurança ou o

¹² Ver Catherine Maia, Kadidiatou Hama, “La Cour pénale internationale vue d’Afrique : organe juridictionnel ou organe politique ?”, *L’Observateur des Nations Unies*, vol. 32, 2012, pp. 75-98.

Procurador e em que líderes em funções foram implicados.

O Procurador foi autorizado a iniciar uma investigação por sua própria iniciativa nas situações respetivas do Quénia, da Costa do Marfim e do Burundi. Os primeiros anos de atividade do TPI foram assim marcados por um enfoque no continente africano, o que o tornou alvo de críticas virulentas, tanto por parte de certos líderes africanos como por parte da UA. O TPI, alcunhado de “Tribunal dos Africanos”¹³, foi então acusado de neocolonialismo, racismo e seletividade. É verdade que só a partir de 2016 é que o TPI começou a alargar as suas atividades fora do continente africano, com novas investigações proprio motu pelo Procurador na Geórgia, Bangladesh/Myanmar e Afeganistão.

Apesar desta expansão e diversificação, e para além do caso particular da Costa do Marfim em que o Governo apoiava a ação penal, as denúncias extra-africanas geraram atritos entre o TPI e os Estados. Aqui, a hostilidade prevaleceu. Pois, alguns Estados consideram a obrigação de se submeter às decisões de um tribunal supranacional como uma restrição da sua soberania. Consequentemente, mostram-se relutantes em cooperar com o TPI quando eles próprios não têm iniciado o procedimento.

Tal relutância manifesta-se, em particular, por uma cooperação laboriosa, se não inexistente, pelo atraso e raridade dos acordos de cooperação, e pela passividade dos Governos face aos mandados de captura. Isto foi especialmente notável no caso do Quénia e é altamente provável que surjam tensões no caso do Burundi. De facto, a 27 de outubro de 2016, o Burundi notificou a sua retirada do Estatuto de Roma que, em conformidade com o artigo 127¹⁴, entrou em vigor no final de um período de um ano, ou seja, a 27 de outubro de 2017. Apesar de o Burundi já não ser parte do Estatuto de Roma, esta retirada não afeta a investigação deste país enquanto ainda era parte ao mesmo, pelo que o TPI pode exercer a sua competência sobre crimes cometidos no Burundi ou por nacionais deste país desde 26 de abril de 2015 até 26 de outubro de 2017.

É de notar que estas tensões não são exclusivas do continente africano e são muito suscetíveis de irromper em outras situações que exigirão a cooperação de Estados terceiros ao Estatuto de Roma. Tal é o caso da situação na Geórgia, envolvendo a Rússia, Estado não parte, pelos crimes cometidos durante o conflito armado internacional entre 1 de julho e 10 de outubro de 2008. Tal é o caso também do Bangladesh/Myanmar, em particular pelos alegados crimes de perseguição e deportação dos Rohingya do Myanmar (Estado não parte) para o Bangladesh (Estado

13 James Mouangue Kobilá, *L'Afrique et les juridictions internationales pénales*, Paris, Centre Thucydide, 2012, p. 3. É de salientar que a nomeação em 2012 de uma procuradora gambiana, Fatou Bensouda, e a eleição em 2018 de um presidente nigeriano, o juiz Chile Eboe-Osuji, não foram suficientes para silenciar as críticas ao TPI.

14 Estatuto do TPI, artigo 127: “1. Qualquer Estado Parte poderá, mediante notificação escrita e dirigida ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, retirar-se do presente Estatuto. A retirada produzirá efeitos um ano após a data de receção da notificação, salvo se esta indicar uma data ulterior. 2. A retirada não isentará o Estado das obrigações que lhe incumbem em virtude do presente Estatuto enquanto Parte do mesmo, incluindo as obrigações financeiras que tiver assumido, não afetando também a cooperação com o Tribunal no âmbito de inquéritos e de procedimentos criminais relativamente aos quais o Estado tinha o dever de cooperar e que se iniciaram antes da data em que a retirada começou a produzir efeitos; a retirada em nada afetará a prossecução da apreciação das causas que o Tribunal já tivesse começado a apreciar antes da data em que a retirada começou a produzir efeitos”.

parte) durante as vagas de violência de 2016 e 2017. Tal é o caso ainda da situação da Palestina, abrangendo alegados crimes cometidos desde 13 de junho de 2014, relativamente aos quais o TPI pode exercer uma competência territorial que se estende a Gaza e à Cisjordânia, incluindo Jerusalém Oriental, o que pressagia uma cooperação delicada com Israel, outro Estado terceiro ao Estatuto de Roma.

Confrontado com uma colaboração por vezes nitidamente deficiente, nos seus vários relatórios ao Conselho de Segurança, o Procurador tem sublinhado repetidamente a importância da cooperação dos Estados, peculiarmente porque a inação dos Estados em dar seguimento aos mandados de detenção e em fornecer as provas continua a retardar ou mesmo bloquear o andamento de alguns casos.

Por fim, o Conselho de Segurança denunciou ao TPI as situações do Sudão e da Líbia, dois Estados terceiros ao Estatuto de Roma, para os quais o Procurador decidiu abrir investigações.

Sem consideração pelo estatuto de Estado parte e ao abrigo do capítulo VII da Carta das Nações Unidas, que confere ao Conselho de Segurança um mandato na manutenção da paz e da segurança mundiais, o poder de denúncia do Conselho é compreensível. Todavia, não escapa a algumas críticas. Pois, três dos seus cinco membros permanentes (os Estados Unidos, a Rússia e a China) que rejeitam a existência do TPI, podem participar na denúncia de situações, incluindo as que envolvem países terceiros, quando eles próprios estão fora de alcance direto do Tribunal. Esta crítica seria obviamente menos forte se todas as situações que ameaçam a paz e a segurança mundiais fossem sistematicamente denunciadas ao TPI pelo Conselho de Segurança. Sabemos, no entanto, que não é assim, e que o Conselho, enquanto órgão político, depende estreitamente do acordo das grandes potências para a sua ação¹⁵. É por essa razão que, embora a questão de remeter a situação da Síria para o TPI tenha sido discutida, nunca houve um acordo por parte das grandes potências sobre este ponto.

Quer se trate de iniciativas do Procurador ou do Conselho de Segurança, as tensões atingiram o seu auge quando chefes de Estado foram visados. Face ao que foi percebido com uma política judicial de humilhação e perseguição de líderes africanos, a UA reagiu com mais firmeza, apoiando os países que se recusaram a cooperar com o TPI.

No caso das violências pós-eleitorais que eclodiram no Quênia em 2007, o processo dirigido contra um chefe de Estado em exercício – e isso por iniciativa do Procurador – deteriorou as relações entre o TPI e a África, tendo outros líderes políticos ficado surpresos, se não chocados, com a citação a comparecer emitida em 2011. Da mesma forma, a emissão de mandados de prisão em 2009 e 2010 contra o presidente sudanês Omar al-Bashir – o primeiro chefe de Estado em funções procurado pelo TPI e o primeiro acusado do crime de genocídio perante esta jurisdição – reforçou o fosso entre os líderes africanos e o Tribunal.

Os casos do presidente sudanês Omar al-Bashir, do líder líbio Muammar Kadhafi e do presidente queniano Uhuru Kenyatta ilustram claramente os obstáculos

15 Ver Mateus Kowalski, “O Tribunal Penal Internacional. Reflexões para um teste de resistência aos seus fundamentos”, JANUS.NET e-journal of International Relations, vol. 2, 2011, pp. 123-125.

enfrentados pelo TPI. As dificuldades foram tais que, para além do caso da morte do chefe de Estado líbio que pôs fim ao processo, o TPI teve de se resolver em dezembro de 2014 (com alguns dias de intervalo) a arquivar o processo contra o presidente Kenyatta por falta de provas e a suspender a investigação contra o presidente al-Bashir por falta de apoios internacionais.

Estes processos direcionados contra líderes africanos em funções alteraram nitidamente a cooperação até então cordial entre os países africanos e o TPI¹⁶. Esta cooperação é uma obrigação derivada do artigo 25 da Carta das Nações Unidas, que estabelece que “[o]s Membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta”, o que naturalmente inclui resoluções decidindo remeter uma situação para o TPI. Na sua sessão ordinária de 2010, porém, a UA rejeitou esta obrigação, pedindo aos seus Estados membros que ignorassem qualquer pedido do TPI para a detenção e transferência do presidente al-Bashir¹⁷. Neste sentido, entre outros, o Chade em 2010, a Nigéria em 2013 e a África do Sul em 2015, os respetivos países anfitriões da cimeira anual da UA, recusaram-se a executar o mandado de captura contra o presidente al-Bashir, alinhando-se desta forma com as resoluções da UA pedindo aos seus Estados membros para não cooperarem com o TPI.

Relativamente à investigação na região do Darfur, pouco mudou desde o derrube de Omar al-Bashir em abril de 2019, após quatro meses de protestos. As autoridades sudanesas afirmaram inicialmente que não iriam transferir o ex-presidente para o TPI, antes iriam iniciar um julgamento contra ele a nível nacional. Todavia, em 2020, anunciaram que estavam dispostas a transferi-lo, embora esta proclamação não tenha sido posta em prática até hoje. Ora, o TPI não julga pessoas in absentia, ou seja, depende da presença do acusado para realizar o julgamento. Enquanto se aguarda a transferência de al-Bashir para a sede do Tribunal em Haia, ele continua, portanto, a ser considerado como fugitivo e o caso permanece na fase preliminar.

Tal situação pode levar a reacear não só que o Conselho de Segurança perca o interesse em crimes que já não estão no centro da atualidade, mas também que o TPI perca a sua credibilidade por não ser capaz de fazer executar os seus mandados de captura dentro de um prazo razoável.

Ao dar prioridade à restauração da paz e à estabilidade regional sobre a luta contra a impunidade, a UA faz com que os seus Estados membros que seguem as suas prescrições violem a obrigação de cooperação que incumbe aos Estados membros da ONU. Com efeito, as obrigações dos Estados membros ao abrigo de um tratado regional – aqui o Ato Constitutivo da UA¹⁸ – não podem prevalecer sobre as suas obrigações ao abrigo da Carta das Nações Unidas em caso de conflito de normas. Isto decorre muito distintamente do artigo 103 da Carta, que declara: “No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas, em virtude da

16 Ver Patrícia Galvão Teles, “O TPI no centro de um sistema de justiça penal internacional: desafios atuais”, JANUS.NET e-journal of International Relations, vol. 8, 2017, p. 72.

17 Ver Rui Garrido, “Pode o Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos ser uma solução africana para problemas africanos?”, Relações Internacionais, 2017, p. 58.

18 De acordo com o artigo 23 do Ato Constitutivo da UA, qualquer Estado membro que não cumpra com as decisões e políticas da União pode ser sujeito a sanções.

presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta”.

Além do aspeto da cooperação, a UA, também tentou resistir à ação do TPI, pedindo ao Conselho de Segurança, em vão, que suspendesse os processos contra os presidentes al-Bashir e Kenyatta. Este procedimento, previsto no artigo 16 do Estatuto de Roma¹⁹, permite a suspensão da investigação ou do processo durante 12 meses a partir da data em que o Conselho de Segurança apresenta ao Tribunal um pedido (que pode ser renovado) numa resolução adotada conforme o capítulo VII da Carta das Nações Unidas.

Devido à recusa implícita do Conselho de Segurança derivada do seu silêncio em resposta aos pedidos da UA, os Estados africanos aproveitaram a oportunidade da Conferência de Revisão do Estatuto de Roma de 2010 em Kampala (Uganda), para propor uma emenda ao artigo 16. Esta alteração destinava-se a alargar o poder do Conselho de Segurança à Assembleia Geral. Desta forma, o silêncio do Conselho nos dois casos mencionados poderia ter sido ultrapassado, uma vez que a Assembleia poderia ter decidido sobre a questão na ausência de resposta do Conselho a qualquer pedido de suspensão no prazo de seis meses. No entanto, esta proposta de emenda não foi adotada.

Se a cooperação dos Estados africanos pode revelar-se difícil, o mesmo pode acontecer com a cooperação da UA. A UA, que reúne todos os países africanos, não é ela própria parte ao Estatuto de Roma. Ao contrário da União Europeia, não concluiu um acordo de cooperação e assistência com o TPI. Também rejeitou o pedido do TPI de abrir um gabinete de ligação na sua sede, em Adis Abeba (Etiópia).

Em 2016, a UA decidiu criar um Comité Ministerial Aberto com vista a elaborar uma estratégia de retirada coletiva dos Estados africanos do Estatuto de Roma do TPI. Mesmo que tal estratégia permaneça não vinculativa e não esteja prevista em direito internacional²⁰, a ação da jurisdição foi profundamente desacreditada. Em 2017, a UA voltou a colocar a questão de uma desvinculação maciça do TPI na ordem do dia. Aprovou a estratégia de saída do TPI, que apela aos Estados membros para implementarem uma denúncia coletiva do Estatuto de Roma, e apoiou a decisão de três países africanos de se retirarem deste mesmo instrumento. Em 2016, em conformidade com o artigo 127(1) do Estatuto de Roma, os Governos da África do Sul, do Burundi e da Gâmbia notificaram o Secretário-Geral da ONU da sua decisão de denunciar o Estatuto de Roma, respetivamente a 19 de outubro, 27 de outubro e 10 de novembro.

A retirada da África do Sul apareceu como a mais significativa. Efetivamente, enquanto os antigos presidentes do Burundi (Pierre Nkurunziza, falecido em 2020) e da Gâmbia (Yaya Jammeh, que deixou o poder em 2017) eram frequentemente acusados de graves violações dos direitos humanos, e potencialmente sujeitos a processos

¹⁹ Estatuto do TPI, artigo 16: “Nenhum inquérito ou procedimento criminal poderá ter início ou prosseguir os seus termos, com base no presente Estatuto, por um período de doze meses a contar da data em que o Conselho de Segurança assim o tiver solicitado em resolução aprovada nos termos do disposto no capítulo VII da Carta das Nações Unidas; o pedido poderá ser renovado pelo Conselho de Segurança nas mesmas condições”.

²⁰ Em realidade, a denúncia do Estatuto de Roma do TPI terá de ser efetuada Estado a Estado, invocando o artigo 127 e sujeitando-se as condições fixadas pelo mesmo.

criminais, a posição do então presidente sul-africano Jacob Zuma parecia a mais neutra e assertiva de uma postura pan-africanista. De qualquer forma, em dois casos, as autoridades nacionais recuaram, pelo que nem a África do Sul nem a Gâmbia se retiraram do Estatuto de Roma: a África do Sul, devido à decisão do Supremo Tribunal de 22 de fevereiro de 2017 que declarou inconstitucional o procedimento de denúncia do Governo por não ter consultado previamente o Parlamento; a Gâmbia, devido às eleições de 1 de dezembro de 2016 que trouxeram ao poder um novo presidente favorável à instituição do TPI que optou por cancelar a notificação da denúncia.

A UA também procurou fortalecer os seus próprios órgãos judiciais, desejando criar um Tribunal regional para julgar processos criminais envolvendo réus africanos no continente africano e evitar assim que sejam julgados por terceiros ou por iniciativa de terceiros²¹. A UA está consciente de que os efeitos devastadores dos conflitos armados em África são reais, e que qualquer retirada maciça do TPI – o único tribunal penal permanente competente para julgar crimes graves cometidos em África – significaria uma garantia de impunidade. A existência de uma jurisdição alternativa, dotada de uma competência sobre os mesmos crimes que o TPI e cujo âmbito territorial seria restrito ao continente africano, apareceu essencial antes de qualquer retirada. Aliás, tal criação inscreve-se claramente no objetivo da UA de encontrar soluções africanas aos problemas africanos.

Atualmente, o Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos (TADHP), criado em 2004, tem competência para julgar todos os casos e litígios que lhe são submetidos relativos à interpretação e aplicação da Carta Africana, do Protocolo, bem como de qualquer outro instrumento relevante de direitos humanos ratificado pelos Estados em causa.

Uma primeira reforma, atualmente em curso, visa criar um Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos (TAJDH), enquanto tribunal unificado resultando da fusão do TADHP e do Tribunal de Justiça da União Africana (TJUA), tendo por objetivo uma poupança de recursos financeiros e uma maior eficiência.

Outra reforma prevista, adotada em Malabo (Guiné Equatorial) em 2014, consiste na atribuição de uma competência criminal ao futuro TAJDH, incluindo, em particular, os crimes abrangidos pela competência *ratione materiae* do TPI, para prevenir futuras intervenções da jurisdição internacional no continente africano. Para o efeito, além das duas secções existentes relativas aos assuntos gerais e aos direitos humanos, seria criada uma terceira secção relativa ao direito internacional penal. O seu mandato seria mais amplo do que o do TPI, uma vez que poderia tratar não só dos crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão, mas também dos crimes de pirataria, terrorismo, mercenarismo, corrupção, branqueamento de capitais, tráfico de seres humanos, tráfico de droga, tráfico de resíduos perigosos, exploração ilícita

21 James Mouangue Kabila, *L'Afrique et les juridictions internationales pénales*, op. cit., p. 41. Esta posição explica a defesa da UA do envolvimento das organizações regionais pertinentes, tanto na avaliação das provas recolhidas pelos tribunais penais internacionais como na tomada em consideração das prioridades regionais, especialmente ao decidir sobre a acusação de altos funcionários do Estado (ibid., pp. 44-45).

dos recursos naturais, e também mudanças inconstitucionais de governo²².

Se as ameaças repetidas de retirada maciça dos Estados membros da UA do Estatuto de Roma podiam pressagiar uma rápida operacionalização deste TAJDH, isso não aconteceu. Sinal novamente de relações ambivalentes, é paradoxal notar que a exaltação dos líderes africanos em elaborar este Protocolo sobre o Estatuto do TAJDH contrasta com o estado das ratificações. Embora o Estatuto de Roma tenha sido ratificado por 33 Estados africanos, o número limitado de Estados que ratificaram o Protocolo de Malabo (apenas cinco neste momento)²³ continua a ser insignificante, longe das 15 ratificações necessárias para a sua entrada em vigor, ou seja, menos de um terço dos membros da UA. Esta baixa adesão dos países africanos ao Protocolo de Malabo traduz igualmente que não há unanimidade, mas sim uma divisão dentro do bloco africano entre os anti e os pró-TPI²⁴.

De um ponto de vista pragmático, os países africanos partes aos estatutos respetivos de ambos os tribunais, o internacional e o regional, têm consciência do desafio financeiro que representará o TAJDH. Pois, terão de contribuir para os orçamentos de dois tribunais com competências semelhantes. É claro que o financiamento do futuro TAJDH será um desafio para a UA. Um financiamento insuficiente impediria uma boa administração da justiça, alongaria os procedimentos e não cumpriria os requisitos da justiça internacional penal, nomeadamente no que se refere ao respeito dos direitos da defesa, o que poria em causa a legitimidade desta jurisdição.

Além disso, a criação de uma secção criminal no futuro TAJDH necessitará clarificações sobre as relações entre este último e o TPI, sendo os seus campos de competência quase idênticos. Se a complementaridade entre os dois tribunais aparece como desejável²⁵, no estado atual dos textos, existe um risco de competências concorrentes para as duas jurisdições, bem como um risco de obrigações concorrentes para os Estados vinculados tanto pelo Estatuto de Roma como pelo Protocolo de Malabo. Este último contempla somente a hipótese de uma relação complementar com os tribunais penais nacionais e os tribunais das comunidades económicas africanas, mas não com o TPI. Do seu lado, o TPI prevê unicamente uma relação

22 A competência do futuro TAJDH não seria retroativa e, portanto, não afetaria casos pendentes no TPI. Os objetivos dessa justiça, mais próxima dos litigantes, seriam aliviar a carga de trabalho do TPI, reforçar a legitimidade dos juizes encarregados de decidir sobre os crimes mais graves e permitir uma melhor cooperação dos Estados. Se esta nova jurisdição vier a existir será necessário que todos os Estados africanos ratifiquem os acordos necessários para o seu funcionamento. Até hoje, as ratificações africanas têm sido mais numerosas para o Estatuto do TPI do que para o Protocolo relativo ao TADHP, com respetivamente 33 Estados para o primeiro e 31 Estados para o segundo, dos quais apenas 6 emitiram uma declaração permitindo queixas por parte dos indivíduos e ONGs (Burkina Faso, Costa do Marfim, Gana, Malawi, Mali, Tunísia), o que explica a falta de visibilidade do TADHP. Além disso, é de rezear que a vertente penal da competência do futuro TAJDH venha a dissuadir certos Estados de aderir a este Tribunal, privando assim os territórios em causa do exercício da sua jurisdição penal, mas também do seu mandato de proteção dos direitos humanos e, portanto, absolvendo os criminosos da sua responsabilidade.

23 Benim, Burkina-Faso, República Democrática do Congo, Quênia e Mali.

24 Estes últimos são combativos, apesar de minoritários (Senegal, Botswana, Cabo Verde, Costa do Marfim, Libéria, Malawi, Nigéria, Tunísia, Tanzânia, Zâmbia...).

25 Tanto o Estatuto de Roma (artigo 87 sobre os “Pedidos de cooperação”) como o estatuto anexo ao Protocolo de Malabo (artigo 46 L sobre a “Cooperação e assistência judiciária”) prevêem a possibilidade de cooperar com organismos internacionais, pelo que seria desejável a cooperação entre os dois tribunais, consubstanciada num memorando de entendimento. Ver Rui Garrido, “Pode o Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos ser uma solução africana para problemas africanos?”, op. cit., pp. 64-67.

complementar com os tribunais nacionais, mas não os tribunais supranacionais, pelo que permanecem em aberto a questão da prioridade da competência de uma ou outra das duas jurisdições e a questão da prioridade da obrigação de cooperação no caso dos Estados que ratificaram os dois estatutos²⁶.

Se a experiência do futuro TAJDH for bem-sucedida, poderia servir de modelo para transformar os demais sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, o europeu e o interamericano. Mais especificamente, a componente penal do Protocolo de Malabo poderia acelerar o processo de regionalização da gestão dos assuntos africanos pela própria África e, assim, reduzir as críticas ligadas ao imperialismo da justiça internacional penal. Infelizmente, é de temer que seja limitada por uma instrumentalização política que permitiria aos dirigentes africanos escapar a qualquer justiça, eliminando ao mesmo tempo os seus adversários políticos graças a este Tribunal, isto, a favor da cláusula de imunidade prevista no artigo 46 A bis. De acordo com esta cláusula concebida como um compromisso entre justiça e paz: “Nenhuma acusação deve ser iniciada ou continuada perante o Tribunal contra qualquer chefe de Estado ou de Governo da União Africana em funções ou alguém que atue ou com o direito de atuar nessa capacidade, ou quaisquer outros altos funcionários do Estado com base nas suas funções, durante o seu mandato”.

Embora ao abrigo do direito internacional consuetudinário os chefes de Estado e de Governo gozem de imunidade num tribunal penal de um Estado terceiro, eles não gozam de tal imunidade perante as jurisdições penais internacionais. Tal cláusula contraria assim flagrantemente o artigo 27 do Estatuto de Roma do TPI, que estabelece o princípio da irrelevância da capacidade oficial²⁷. Uma vez que esta imunidade só se aplica a autoridades que exercem funções estatais, a disposição também corre o risco de encorajar chefes de Estado em funções que sejam acusados de crimes a permanecer no poder o máximo de tempo possível, ou mesmo para toda a vida, a fim de escapar a qualquer condenação. É assim que se pode interpretar uma das motivações para se manter no poder do ex-presidente da Gâmbia, Yahya Jammeh (suspeito de graves violações dos direitos humanos) apesar do seu fracasso nas eleições presidenciais de dezembro de 2016. A sua partida em janeiro de 2017, após fortes pressões da CEDEAO, permitiu então que as novas autoridades gambianas, e particularmente o novo presidente Adama Barrow, reiterassem o seu apego ao TPI ao rescindir a retirada de novembro de 2016.

No final, a cláusula de imunidade prevista no artigo 46 A bis do Protocolo de Malabo corre o risco de levar à consagração da impunidade dos dirigentes

26 Sobre estas questões, ver em particular: Manisuli Ssenyonjo, Saidat Nakitto, “The African Court of Justice and Human and Peoples’ Rights ‘International Criminal Law Section’: Promoting Impunity for African Union Heads of State and Senior State Officials?”, *International Criminal Law Review*, vol. 16, 2016, pp. 71-102; Anja Kießling, “The Uncertain Fate of the African Court on Human and People’s Rights: The Problematic Merger with the African Court of Justice and the Establishment of an International Criminal Law Section”, *German Yearbook of International Law*, vol. 57, 2014, pp. 541-577.

27 Estatuto do TPI, artigo 27: “1. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas, sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal, nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de per si motivo de redução da pena. 2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa”.

africanos e, conseqüentemente, ao abandono das vítimas, a não ser que os Estados introduzam reservas a esta disposição (se não for revista) para cumprir os padrões internacionais²⁸. É a razão pela qual esta cláusula foi tão veementemente contestada por organizações não governamentais²⁹. É também a razão pela qual é de recear que os doadores internacionais, que financiam uma parte significativa do orçamento da UA, expressem preocupações sobre esta disposição específica³⁰.

IV. Considerações finais

Geradora de entusiasmo e de desconfiança, a justiça internacional penal continua a ser um ideal, que ainda tem um longo caminho a percorrer para atingir a maturidade. Este caminho não pode, obviamente, ser percorrido sem a África³¹. Por outras palavras, o desenvolvimento do direito internacional penal a nível universal terá de ser combinado com o desenvolvimento do direito internacional penal a nível africano. A este respeito, a cooperação desigual dos Estados demonstra nitidamente que não é a África enquanto tal que é contra o TPI, nem a população como um todo, mas apenas certos líderes políticos ou militares que manifestam “um medo comum, o de serem os próximos na lista”³². Por outras palavras, “a revolta da UA contra o TPI é, de alguma forma, parte de um reflexo sindical de chefes de Estado que não têm a

28 Se se pode interpretar que, ao estar impedido de julgar os chefes de Estado e de Governo em funções, não haveria propriamente dito complementaridade entre o TAJDH e o TPI, este último podendo iniciar uma investigação e julgar os alegados perpetradores de crimes internacionais (Rui Garrido, “Pode o Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos ser uma solução africana para problemas africanos?”, op. cit., p. 64), a cláusula de imunidade do Protocolo de Malabo foi claramente adotada com vista a fazer ecrã ao TPI (Mutoy Mubiala, “L’élargissement du mandat de la Cour africaine de justice et des droits de l’homme aux affaires de droit international penal”, *Revue internationale de droit pénal*, vol. 85, 2014, p. 757), o que leva alguns autores a preconizar que os Estados estabeleçam no seu direito interno a irrelevância da capacidade oficial para demonstrar à sua população que os líderes não são fora-da-lei (Hajer Gueldich, “La Cour pénale internationale : une justice trébuchante ?”, in *Recueil d’études offert en l’honneur du Professeur Rafaâ Ben Achour*, *Mouvances du Droit*, Túnis, Simfact, 2015, p. 110).

29 Em particular, a Amnistia Internacional, numa carta aberta enviada a todos os chefes de Estado e de Governo em 19 de junho de 2014, antes da realização da Cimeira de Malabo da UA, advertiu que a cláusula de imunidade tornaria sem sentido o alargamento da competência do TAJDH aos casos penais com vista a lutar contra a impunidade no continente (Open Letter to Heads of State and Government of the African Union: Article 46 A bis of the Draft Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, AFR 01/012/2014).

30 Outra cláusula preocupante é a restrição do direito de acesso ao futuro TAJDH por parte dos indivíduos e das ONGs. Atualmente, conforme o Protocolo de Ouagadougou de 1998 à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981, podem submeter queixas ao TADHP os indivíduos e as ONGs dotadas do estatuto de observador junto da Comissão (artigo 5(3)) na condição de o Estado ter feito uma declaração de aceitação da competência do Tribunal (artigo 34(6)). Com o Protocolo de Malabo, o acesso ao futuro TAJDH será restringido aos indivíduos africanos ou ONGs africanas com estatuto de observador junto da UA ou dos seus órgãos e instituições, na condição, novamente, de o Estado ter feito uma declaração de aceitação da competência do Tribunal (artigo 30(f)).

31 Ver sobre este assunto Catherine Maia, Jean-François Akandji-Kombé, Jean-Baptiste Harelimana, *L’apport de l’Afrique à la justice internationale pénale*, Paris, L’Harmattan, 2018.

32 Jean-Baptiste Jeangène Vilmer, “Union africaine versus Cour pénale internationale : répondre aux objections et sortir de la crise”, op. cit., p. 12.

consciência tranquila”³³.

Referências bibliográficas

Akandji-Kombé Jean-François, Maia Catherine, “O Tribunal Penal Especial centro-africano: os desafios do estabelecimento de uma justiça penal internacionalizada na República Centro-Africana”, *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, vol. 17/18, 2018, pp. 129-146

Annoni Danielle, Mendonça Camila Dabrowski de Araújo, “Tribunais mistos: uma análise do conceito”, *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, vol. 35, 2015, pp.101-133

Bangamwabo Francois-Xavier, “International Criminal Justice and the Protection of Human Rights in Africa”, in A. Bösl, J. Diescho (eds.), *Human Rights in Africa: Legal Perspectives on their Protection and Promotion*, Windhoek, Macmillan Education Namibia, 2009, pp. 104-131

Condorelli Luigi, Boutruche Théo, “Internationalized Criminal Courts and Tribunals: Are they Necessary?”, in C.P.R. Romano, A. Nollkaemper, J.K. Kleffner (eds.), *Internationalized Criminal Courts and Tribunals: Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia*, Oxford, OUP, 2004, pp. 427-436

Corten Olivier, “L’Union africaine, une organisation régionale susceptible de s’émanciper de l’autorité du Conseil de sécurité ? Opinio juris et pratique récente des États”, *ESIL, Conference Paper Series*, vol. 2, n° 1, Conference Paper n° 11, 2012

Fichtelberg Aaron, *Hybrid Tribunals: A Comparative Examination of their Origins, Structure, Legitimacy and Effectiveness*, New York, Springer, 2015

Frouville Olivier de, Martelly Olivia, “La juridictionnalisation du droit des conflits armés : les tribunaux internationaux mixtes”, in V. Chetail (dir.), *Permanence et mutations du droit des conflits armés*, Bruxelas, Bruylant, 2013, pp. 573-612

Garrido Rui, “Pode o Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos ser uma solução africana para problemas africanos?”, *Relações Internacionais*, vol. 54, 2017, pp. 55-71

Gueldich Hajer, “La Cour pénale internationale : une justice trébuchante ?”, in *Recueil d’études offert en l’honneur du Professeur Rafaâ Ben Achour*, *Mouvances du Droit*, Túnis, Simfact, 2015, pp. 89-130

Haba Moussa Bienvenu, “L’offensive de l’Union africaine contre la Cour pénale internationale : la remise en cause de la lutte contre l’impunité”, *Clinique de droit*

33 Moussa Bienvenu Haba, “L’offensive de l’Union africaine contre la Cour pénale internationale : la remise en cause de la lutte contre l’impunité”, *Clinique de droit international pénal et humanitaire*, 9 de dezembro de 2013. Uma excelente ilustração foi dada com o anúncio do Ruanda, em 1 de março de 2016, da sua retirada do Protocolo Adicional do TADHP, permitindo o recurso direto ao TADHP aos indivíduos e ONGs, além da Comissão Africana e dos Estados. Este anúncio interveio antes do início, em 3 de março de 2016, do procedimento para solicitar a revisão do julgamento de uma líder da oposição ruandesa, Victoire Ingabire. Esta última, condenada em segunda instância em 2013 a 15 anos de prisão no Ruanda, notadamente por “conspiração” e “minimização do genocídio”, considerava que os seus direitos fundamentais tinham sido violados e, portanto, pedia uma revisão do seu julgamento (“Rwanda : individus et ONG ne peuvent plus saisir directement la CADHP”, *RFI*, 5 de março de 2015).

international pénal et humanitaire, 9 de dezembro de 2013

Jeangène Vilmer Jean-Baptiste, “Union africaine versus Cour pénale internationale : répondre aux objections et sortir de la crise”, *Études internationales*, vol. 45, 2014, pp. 5-26

Kobila James Mouangue, *L’Afrique et les juridictions internationales pénales*, Paris, Centre Thucydide, 2012

Lazarova Guergana, “Les tribunaux mixtes : à la recherche d’une justice impartiale par la composition juridictionnelle”, in O. Lecucq (dir.), *La composition des juridictions : perspectives de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 19-69

Maia Catherine, “Palestine and the International Criminal Court: a judicial saga”, *African Yearbook of International Law*, vol. 22, 2016, pp. 243-268

Maia Catherine, Akandji-Kombé Jean-François, Harelimana Jean-Baptiste, *L’apport de l’Afrique à la justice internationale pénale*, Paris, L’Harmattan, 2018

Maia Catherine, Hama Kadidiatou, “La Cour pénale internationale vue d’Afrique : organe juridictionnel ou organe politique ?”, *L’Observateur des Nations Unies*, vol. 32, 2012, pp. 75-98

Mubiala Mutoy, “L’élargissement du mandat de la Cour africaine de Justice et des droits de l’homme aux affaires de droit international pénal”, *Revue internationale de droit pénal*, vol. 85, 2014, pp. 749-758

Sorel Jean-Marc, “Les tribunaux mixtes ou hybrides”, in H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2012, pp. 825-843

Teles Patrícia Galvão, “O TPI no centro de um sistema de justiça penal internacional: desafios atuais”, *JANUS.NET e-journal of International Relations*, vol. 8, 2017, pp. 65-77

Iniciativa Legislativa dos Cidadãos: Comparativo entre a União Europeia e o Brasil

*Citizens legislative initiative: a comparison between the
European Union and Brazil*

Dora Resende Alves¹

Ana Maria Campos Xavier²

Sumário: 1. Introdução; 2. A Democracia; 2.1. Aspectos preliminares; 2.2. Conceitos importantes; 3. Processo Legislativo; 3.1. Iniciativa Legislativa; 3.2. Instrumento de participação popular; 3.3. Os critérios para a análise da iniciativa legislativa; 4. Projetos de Iniciativa Popular; 4.1. Projetos de iniciativa bem-sucedidas na Europa; 4.1.1. Proibição do glifosato e proteção das pessoas e do ambiente contra pesticidas tóxicos; 4.1.2. Stop Vivisection; 4.1.3. Um de Nós; 4.1.4. A água e o saneamento são um direito humano! A água é um bem público, não uma mercadoria!; 4.2. Projetos de iniciativa popular bem-sucedidos no Brasil; 4.2.1. Lei nº 8.930/94 – Projeto de iniciativa popular Glória Perez; 4.2.2. Lei nº 9.840/99 – Captação de sufrágio; 4.2.3. Lei 11.124/2005 – Fundo Nacional para moradia popular; 4.2.4. Lei Complementar nº 135/2010 – Ficha Limpa; 4.3. Inovações previstas para a Iniciativa Popular; 5. Conclusão; Referências bibliográficas.

Resumo: O ponto de partida desta pesquisa pretendeu compreender o processo democrático de participação popular por meio do mecanismo de iniciativa legislativa dos cidadãos, sendo que a abordagem preliminar consistiu primeiramente em uma apresentação histórico-conceitual sobre o termo “democracia”, seguido de outros conceitos relevantes na composição do tema dissertativo desse trabalho. Contudo, o foco principal do estudo consistiu em explorar as disposições normativas de participação democrática dos cidadãos europeus, no âmbito da União Europeia, fazendo um paralelo com a participação dos cidadãos brasileiros, considerando as leis vigentes, que envolvem esse instituto de Iniciativa de Cidadania, bem como a verificação do exercício dessa prerrogativa na atualidade no processo legislativo democrático tanto na União Europeia como no Brasil.

Palavras Chave: Brasil, iniciativa legislativa dos cidadãos, legislação, processo legislativo, União Européia.

Abstract: The starting point of this research intended to understand the democratic process of popular participation through the mechanism of citizens’ legislative initiative, and the preliminary approach consisted first of a historical-conceptual presentation on the term “democracy”, followed by other relevant concepts in the composition of the dissertation theme of this work. However, the main focus of the study was to explore the normative provisions of democratic participation of European citizens, within the scope of the European Union, making a parallel with the participation of Brazilian citizens, considering the current laws, which involve this Institute of Citizenship Initiative, as well as the verification of the exercise of this prerogative nowadays in the democratic legislative process both in the European Union and in Brazil.

Keywords: Brazil, citizens’ legislative initiative, legislation, legislative process, European Union.

1 Doutora em Direito, Docente da Universidade Portucalense – UPT, Universidade Infante D. Henrique, cidade do Porto (Portugal). Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense, Porto (Portugal). E-mail: dra@upt.pt.

2 Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas, da Universidade Portucalense – UPT, Universidade Infante D. Henrique, cidade do Porto (Portugal), Especialização em Direito Constitucional, Faculdades Damásio, Cuiabá, MT (Brasil). E-mail: ana.maria.campos_x@hotmail.com.

Recebido em: 09.06.2021
Aprovado em: 07.07.2021

Universidade Portucalense
Portugal

Volume 2, Número 1,
Ano 2
2021

ISSN 2184-7487

Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

1. Introdução

No desenvolvimento deste estudo buscamos adentrar ao vasto campo da teoria política, com ênfase no tema da Iniciativa Legislativa dos cidadãos com um comparativo entre a União Européia e o Brasil, procurando realizar um estudo dos diferentes aspectos que envolvem o pensamento político dos cidadãos europeus e dos brasileiros no que tange à participação popular no processo legislativo democrático de um povo.

O tema escolhido está intrínseco à teoria política e nos permite fazer uma análise da caracterização das práticas e modos de pensamento democráticos possibilitando também a realização de uma abordagem, de modo particular, ao Tratado de Lisboa, o mais recente tratado europeu, de 2007, que veio alterar o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, considerando dentre outras matérias, o direito à iniciativa legislativa.

Diante da pesquisa empreendida visando obter uma melhor compreensão do tema proposto pretende-se adotar a metodologia de pesquisa bibliográfica de livros e artigos que abordam o tema, sobretudo documentos legislativos oficiais, bem como nos acervos que contêm o registro de propostas de projetos de iniciativa popular que se encontram em páginas oficiais da Comissão Europeia e da Câmara dos Deputados do Brasil.

Assim, para melhor compreensão metodológica desse percurso inicialmente realizaremos uma breve síntese do conteúdo que envolve as conceituações a respeito da democracia desde a Antiguidade até os dias atuais, abordando também fragmentos textuais do Tratado de Lisboa e da Constituição Brasileira, vês que versa sobre a iniciativa popular legislativa dos cidadãos.

Para tal, apresentaremos o mecanismo de iniciativa de cidadania, com os critérios que antecedem a recepção de proposta de iniciativa popular legislativa, bem como todo o trâmite posterior até a aceitação da proposta, no âmbito da UE e do Brasil, para a devida constituição do processo legislativo.

Na última parte da abordagem, vamos conhecer as propostas que foram aceitas por iniciativas dos cidadãos e aprovadas, tanto na UE, como no Brasil, quais são seus objetivos e metas, além da quantidade de subscritores alcançados por cada um dos projetos legislativos.

Portanto, levando em conta as considerações apresentadas, pretende-se também, com esta pesquisa, verificar se está ocorrendo ampla participação popular em relação ao instituto de iniciativa legislativa dos cidadãos e se já existem uma considerável quantidade de propostas que refletem os anseios populares de participação na democracia, tanto nos Estados-Membros da UE, como no Brasil.

2. A Democracia

2.1. Aspectos preliminares

Ao se falar em democracia, de imediato todos nós lembramos o modelo da cultura grega, assim, mais tarde, Kelsen postulou em seus estudos que, o futuro

político de uma Nação pertence a um governo pelo povo, onde o significado original da palavra “democracia”, conforme a antiga política grega é de que era um “governo do povo”. Logo, a essência política desse termo é a participação dos governados no governo, sendo essa ideia captada e adotada pela teoria política ocidental³.

Porém, Sartori⁴ vai mais além, para ele, a democracia antiga tinha uma concepção de existência de relação intrínseca, quase que simbiótica, com a polis, no entanto, a polis grega era distinta da cidade-Estado como usualmente chamamos — pois não era, em nenhum sentido, um Estado.

Contudo, cabe lembrar que, na Antiguidade, os países também não tinham uma Constituição limitadora do poder do Estado, como atualmente. Encontravam-se raras leis tutelando direitos, como as leis de Atenas, que sustentavam o exercício democrático, mediante ações públicas⁵.

É interessante também observar, que tanto na Antiguidade, como nos tempos atuais, um governo que atua no interesse do povo é o que a maioria dos povos aspiram ardentemente. No entanto, conforme Kelsen, essa questão pode ser respondida de diversas formas, pois nem sempre aquilo que o povo acredita e tem interesse pode ser a única e mais correta resposta. Um governo pode se autoconsiderar governo para o povo, ainda que ele não o seja⁶.

Sartori pondera que “os homens modernos querem outra democracia, no sentido de que seu ideal de democracia não é, de forma alguma, o mesmo dos gregos”⁷.

Assim, Lenza⁸ afirma que os cidadãos podem participar mais nas decisões políticas do país, buscando o seu ideal democrático, pois podem exercer poderes para interferirem na coisa pública direta ou indiretamente, por meio de direitos políticos garantidos pela Constituição no exercício da soberania popular.

Considerando todos esses aspectos apresentados em relação à democracia, Lopes⁹ pondera que qualquer que seja as formas e realizações históricas da democracia, o que se observa é um elevado grau de educação e respeito pelo homem, bem como também pelos seus direitos fundamentais.

Destes, podemos ver que o povo é o ator principal. Sendo assim, a União Europeia (UE), modelo de democracia, tem desde o princípio em sua constituição de 1950, uma especial característica diversa da brasileira, pois trata-se de um bloco de ampla integração entre os Estados-Membros europeus, uma referência ao considerar a sua ampla possibilidade de reestruturação a cada sinal de problemas

3 KELSEN, Hans. A Democracia. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000, 2ª ed., p. 139-146. ISBN 85-336-1257-56.

4 SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. São Paulo: Ed. Ática, 1964, Vol. II, p. 35. ISBN 85- 08-05124-7.

5 MARTINS, Flávio. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 735. ISBN 978-85-203-7146-6.

6 KELSEN, Hans. A Democracia. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000, 2ª ed., p. 139-146. ISBN 85-336-1257-56.

7 SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. São Paulo: Ed. Ática, 1964, Vol. II, p. 35. ISBN 85- 08-05124-7.

8 LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, 20ª ed. rev., atualizada e ampl. p. 1359-1360. ISBN 978-85-472-1206-3.

9 LOPES, Victor Melícias. Democracia. Logos - Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia. Lisboa: Editora Verbo, Fev./2006, p. 1318. ISBN-13: 978-9722212717.

em sua estrutura. Consequentemente, os Estados-Membros da UE, participantes desse bloco, ao subscreverem os Tratados de Paris e de Roma, passaram a delegar e autorizar a UE, diversos atos que representam tanto os interesses nacionais, como os comunitários¹⁰.

No entanto, a UE é uma estrutura interessante e única onde coexistem sistemas decisórios distintos e onde em alguns pontos a estrutura comunitária tem autonomia para decidir em nome dos membros, porém, em outros assuntos a decisão só é possível após a confirmação dos Chefes de Estado ou de Governo¹¹.

Dessa forma, examinando os termos do que está disposto no artigo 9º dos Tratados consolidados, Tratado da União Europeia (TUE) e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), constatamos que, “em todas as suas atividades, a União respeita o princípio da igualdade dos seus cidadãos, que beneficiam de igual atenção por parte das suas instituições, órgãos e organismos. (...)”, com validade a todo o cidadão que tem a nacionalidade da UE, pois esse princípio faz parte dos princípios democráticos de funcionamento seguidos pela UE, cuja base está pautada em uma democracia representativa. Ademais, os Tratados dispõem que os cidadãos têm direito de participação na vida democrática da UE, podendo tomar a iniciativa de convidar a Comissão Europeia a apresentar matérias necessárias ao ato jurídico da União¹².

Nesse mesmo sentido, Magalhães, Resende e Ferreira¹³, postulam que os valores de liberdade, da democracia e do estado de direito, são temas que merecem a atenção e em que estão assentados os pilares de construção da UE, tanto no passado como nos dias atuais, presentes desde a Declaração de Schuman de 1950 (texto que propôs a criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço). É importante ressaltar que conforme a Comissão Europeia, no funcionamento da UE impera a política de transparência, de responsabilidade e acessibilidade, legitimados por um sistema eleitoral competente e principalmente por um eleitorado esclarecido e participativo.

Em virtude disso, é imprescindível destacar a importância do recente mecanismo de Iniciativa de Cidadania Europeia, pois este permite uma maior proximidade dos cidadãos europeus ao processo legislativo decisório e consequentemente ao Parlamento Europeu, com isso, está reafirmando essencialmente a democracia, os valores democráticos e o importante papel democrático de participação dos cidadãos possibilitado pelo acesso mais facilitado e amigável nas tomadas de decisões que

10 FEIJÓ, Vladimir Pinto Coelho. Democracia e Direito Internacional. Belo Horizonte: Ed. Simplíssimo, 2005, p. 551 (e-Book Kindle). Acesso em: 19 nov. 2019. ASIN: B076CG3VGV.

11 FEIJÓ, Vladimir Pinto Coelho. Democracia e Direito Internacional. Belo Horizonte: Ed. Simplíssimo, 2005, p. 551 (e-Book Kindle). Acesso em: 19 nov. 2019. ASIN: B076CG3VGV.

12 UNIÃO EUROPEIA. Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia: 2016/C 202/01, versão português. Acesso em: 20 nov. 2019. Disponível em: https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/oj_c_2016_202_full_pt_txt.pdf.

13 MAGALHÃES, Silva M. M.; RESENDE Alves, D. y FERREIRA, João M. (2019). The value of new technologies in participatory democracy. The case of the European citizens' initiative. Doxa Comunicación, nº 28, p. 37-53. Acesso em: 5 nov. 2019. ISSN: 1696-019X/ e- ISSN: 2386-3978. Disponível em: <https://doi.org/10.31921/doxacom.n28a02>.

impulsionam uma iniciativa a um processo legislativo¹⁴.

Deste modo, a possibilidade de cidadãos se envolverem em processos de tomada de decisões, como a iniciativa legislativa, já surge como uma possibilidade em vários países como o Brasil, em Estados-Membros integrantes da UE, como a Espanha e Portugal, e na própria UE, que, desde abril de 2012 permitiu aos cidadãos europeus participarem da elaboração legislativa numa cooperação entre cidadãos de diferentes Estados-Membros¹⁵.

Portanto, considerando que o modelo democrático foi o escolhido para a construção da UE com um caminho mais participativo para os cidadãos europeus, os cidadãos precisam estar cada vez mais cientes dos seus direitos, assim como os demais cidadãos no Brasil e por todo o mundo onde o modelo escolhido é o democrático, pois só assim podem usufruir dos direitos¹⁶.

2.2. Conceitos importantes

Para melhor compreensão do tema proposto, é importante para o contexto desta pesquisa realizar a conceituação dos termos cidadania, Estado e soberania popular, elementos integrantes em um processo de democracia.

No que se refere a cidadania, conforme Nóbrega¹⁷, esse conceito evoluiu ao longo dos séculos de história das civilizações e conforme o desenvolvimento das sociedades. Em princípio, os povos primitivos não tinham leis e se defendiam como conseguiram. Depois surgiram os clãs que conduziam as proles, seguidos por reis e monarcas. Assim, iniciaram as primeiras e primitivas organizações que dão fundamento ao Estado e a Cidadania.

Etimologicamente, cidadania é uma palavra de origem do latim, *civitas*, no grego é *polis*, cujo significado é “cidade”, denotando um sistema politicamente estruturado onde os cidadãos participavam de papéis e decisões políticas na sociedade, com direitos e deveres definidos e atribuídos¹⁸.

Contudo, o utilizar do termo “cidadania” pressupõe que a população adote uma

14 MAGALHÃES, Silva M. M.; RESENDE Alves, D. y FERREIRA, João M. (2019). The value of new technologies in participatory democracy. The case of the European citizens' initiative. *Doxa Comunicación*, nº 28, p. 40-41. Acesso em: 5 nov. 2019. ISSN: 1696-019X/ e- ISSN: 2386-3978. Disponível em: <https://doi.org/10.31921/doxacom.n28a02>.

15 MAGALHÃES, Silva M. M.; RESENDE Alves, D. y FERREIRA, João M. (2019). The value of new technologies in participatory democracy. The case of the European citizens' initiative. *Doxa Comunicación*, nº 28, p. 41. Acesso em: 5 nov. 2019. ISSN: 1696-019X/ e- ISSN: 2386-3978. Disponível em: <https://doi.org/10.31921/doxacom.n28a02>.

16 ALVES, Dora Resende, MAGALHÃES, Maria Manuela. A iniciativa de cidadania europeia num contexto de democracia. *Revista Direitos Humanos e Democracia*. Brasil. Editora Unijuí, ISSN 2179-1309, Ano 7, nº 14, Jul./Dez. 2019, Qualis B1, p. 15-29. DOI: <http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2019.14.15-29>.

17 NÓBREGA, Maria de Fátima de Mendonça Dória. A cidadania europeia antes e pós-Lisboa e correspondentes direitos atribuídos aos cidadãos. Lisboa: Repositório UAL, Departamento de Direito, Dissertação de Mestrado 2014, p. 24. Acesso em: 20 nov. 2019. Disponível em: <https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/409/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O.%20DE.%20MESTRADO-UAL.pdf>.

18 NÓBREGA, Maria de Fátima de Mendonça Dória Apud Pinto, Silva. A cidadania europeia antes e pós-Lisboa e correspondentes direitos atribuídos aos cidadãos. Lisboa: Repositório UAL – Departamento de Direito, tese mestrado 2014, p. 25. Acesso em: 20 nov. 2019. Disponível em: <http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/409/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O.%20DE>.

postura bem mais ativa, não se restringindo ao mero exercício ocasional do voto¹⁹.

Dessa forma, complementando esse posicionamento de que a cidadania deve ser exercida ativamente, inclusive com possibilidades de interferências nas decisões do Estado, há também visões mais abrangentes que correspondem a titulação dos direitos fundamentais e também em estar assumindo deveres diante dos semelhantes²⁰.

Assim sendo, analisando o termo “Estado”, Bianchi²¹ define-o como uma associação política que, segundo a ideia weberiana, é uma forma de comunidade humana, inserida em um determinado território, que toma posicionamento reclamando para si o monopólio da coação física legítima.

No entanto, a base conceitual de Estado democrático, é a noção de governo do povo e rejeição daquele sistema de governo que encontra-se enraizado em um poder absoluto e arbitrário²².

Portanto, nesse contexto de entendimento, é necessário compreender também o significado de “soberania popular”, onde, com base nos estudos de Bodin, chegou-se à conclusão que é uma *contradictio in adjecto*, ou seja, um exemplo clássico de inconsistência lógica entre o substantivo, que é a palavra soberania, com o seu adjetivo, que é a palavra popular. Os estudos de Bodin revelaram que a própria expressão é uma grande contradição, e que na verdade, o povo, pelo exercício do poder legislativo, é ele quem realiza sua soberania, mas simplesmente a perde quando submete as leis por ele mesmo criadas. Portanto, no raciocínio bodiniano, a soberania popular é praticamente impossível, tanto na dimensão teórica como prática²³.

Por sua vez, Maluschke²⁴ concluiu que a soberania popular é como um símbolo de um governo não ditatorial para as democracias representativas, pois é aí que estão concretizados o senso crítico contra qualquer tentativa de governos ditatoriais.

3. Processo Legislativo

No que se refere ao processo legislativo brasileiro, Lenza²⁵ observa que corresponde a regras procedimentais, onde os envolvidos nesse processo devem

19 MARCO, Nathalia Leone. Aspectos da Iniciativa Popular: tímido meio de participação democrática. São Paulo: Revista FMU Direito, 2014, ano 28, n. 41, p. 140. ISSN: 2316-1515. Disponível em: <http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/view/510/626>.

20 MARTINS, Flávio. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 498. ISBN 978-85-203-7146-6.

21 BIANCHI, Alvaro. O conceito de Estado em Max Weber. São Paulo: Centro Estudos Cultura Contemporânea, Revista de cultura e política Lua Nova, maio/agosto 2014, nº 92, p. 84-92. ISSN 0102-6445. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452014000200004>.

22 MERENDI, Izaura Peghim. Repensando a questão democrática: uma análise acerca do modelo hegemônico de democracia. Cuiabá: Edunic, 2010, Revista Jurídica UNIC, v. 12, n.2, p. 81. ISSN: 1519-1753.

23 MALUSCHKE, Gunther. A soberania popular: enigma não resolvido da democracia. Goiás: 2007. *Philosophos: Revista de Filosofia*, Vol. 5, Iss 1, p. 61-80. ISSN: 1982-2928. Disponível em: <https://doi.org/10.5216/phi.v5i1.11324>.

24 MALUSCHKE, Gunther. A soberania popular: enigma não resolvido da democracia. Goiás: 2007. *Philosophos: Revista de Filosofia*, Vol. 5, Iss 1, p. 78. ISSN: 1982-2928. Disponível em: <https://doi.org/10.5216/phi.v5i1.11324>.

25 LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, 20ª ed. rev, atualizada e ampl., p. 666. ISBN 978-85-472-1206-3.

seguir-las, pois tem previsão na Constituição, com objetivo de elaborar as espécies normativas.

Porém, em relação ao processo legislativo na UE, foi o Tratado de Lisboa que abriu caminho, desde 1 de abril de 2012, com a entrada em vigor da iniciativa de cidadania europeia e permitiu a participação dos cidadãos europeus dando-lhes o direito de requerer legislação europeia em assuntos que lhes interessem²⁶.

Assim, após à Comissão apreciar a iniciativa de cidadania apresentada, caso tenham sido cumpridos os critérios estabelecidos, se for aceita, a Comissão irá dar seguimento, apresentando a proposta legislativa ao Parlamento, dando encaminhamento a tramitação normal das propostas legislativas²⁷.

3.1. Iniciativa Legislativa

A Iniciativa Legislativa por parte dos cidadãos é uma instituição que tem obtido grande avanço nos últimos 30 anos na América Latina, cujos princípios de ordenação e de participação dos cidadãos tem contribuído com a democratização e alcance de resolução legislativa ou com a aprovação de uma lei²⁸.

Garcia²⁹ pondera que, entre todos os institutos da democracia esta iniciativa é a que mais se aproxima dos anseios populares, pois permite que o cidadão tenha condições de participar na produção legislativa. Sendo assim, entende-se ser um direito do cidadão de propor ao poder legislativo, projetos de lei, exercendo a iniciativa ao lado de outros agentes políticos. Entretanto, no caso da Constituição brasileira, tanto o referendo como a iniciativa popular não permitem que cidadãos possam alterar a Constituição ou vetar leis ordinárias, ou seja, o que pode ocorrer são mudanças constitucionais mediante um plebiscito, mas, somente o Congresso poderá convocar esse plebiscito.

Conforme o artigo 14º, III, da Constituição brasileira, foram inseridos no Brasil três tipos de mecanismos de democracia semidireta: o referendo, o plebiscito e a iniciativa legislativa popular. Esses institutos são orientadores dos princípios fundamentais da República, compondo o binômio representação-participação política no país, cujo princípio democrático encontra-se no artigo 1º da Constituição que diz, que todo o poder emana do povo, sendo esse poder exercido por meio de representantes eleitos, ou ainda conforme os termos da Constituição³⁰.

26 ALVES, Dora Resende. A estrutura da União Europeia. Revista Jurídica Portucalense. Porto: Universidade Portucalense Infante D. Henrique, N° 15 (2012), p. 49-56. ISSN 0874-2839.

27 CAMPOS, João Mota e CAMPOS, João Luiz Mota. Manual de Direito Europeu. Coimbra: Coimbra Editora, 6ª ed. 2010, p. 211. ISBN: 9789723218121. Acesso em: 20 nov. 2019.

28 HERNÁNDEZ, (Teodoro) Yan Guzman. La iniciativa legislativa popular en América Latina – Un análisis comparado en clave axiológico-procedimental. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 6, n. 1, p. 35-59, jan./abr. 2019. Acesso em: 25 mai. 2020. Disponível em: DOI: 10.5380/rinc.v6i1.58984.

29 GARCIA, Alexandre Navarro. Democracia semidireta: referendo, plebiscito, iniciativa popular e legislação participativa. Brasília: Revista de Informação Legislativa, abril/junho/2005, n° 166, ano 42, p. 12. Acesso em: 20 nov. 2019. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/417>.

30 GARCIA, Alexandre Navarro. Democracia semidireta: referendo, plebiscito, iniciativa popular e legislação participativa. Brasília: Revista de Informação Legislativa, abril/junho 2005, n° 166, ano 42, p. 10. Acesso em: 20 nov. 2019. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/417>.

Conforme Flávio Martins³¹, a iniciativa popular é um dos direitos políticos mais importantes, pois dá ao cidadão a possibilidade de criar um projeto de lei, cabendo a cada país estabelecer em sua Constituição, as regras, limites e também os parâmetros.

Nesse mesmo sentido, Galante³² pondera que, “a iniciativa legislativa é um ato fundamental para ativar o processo de formação das leis”, sendo um instrumento de grande importância e disponível para a participação popular.

Na Europa, a iniciativa popular é um direito que está consagrado de forma recente nos tratados da UE e as regras e procedimentos a serem observados nesse processo estão consagrados no Regulamento da UE, n.º 211/2011, de 16 de Fevereiro de 2011, adotado pelo Parlamento e pelo Conselho da UE³³.

No que tange as regras relacionadas aos sistemas de recolha em linha de declarações de apoio às iniciativas de cidadania europeia, o Regulamento n.º 211/2011, foi revogado em 22 de outubro de 2019, pelo Regulamento n.º 2019/1799, nos termos do Regulamento da UE n.º 2019/788, do Parlamento Europeu e do Conselho, no que diz respeito a essas recolha de declarações de apoio, porque a forma anterior de recolha fez-se obsoleta, permitindo o recolhimento de uma forma mais segura e evitando qualquer tratamento não autorizado de dados pessoais, assim acompanhando os avanços tecnológicos e as facilidades daí decorrentes³⁴.

Em consequência, todos os cidadãos nacionais que pertençam a um país da UE e que tenham a idade mínima de 16 anos somente na Áustria e 18 anos em todos os demais países da UE, podem organizar iniciativas de cidadania. Entretanto, para que isso ocorra, terão que constituir previamente um comitê de cidadãos que tenham no mínimo sete cidadãos da UE e sejam residentes em pelo menos, sete países diferentes da UE, sendo esse comitê responsável pela gestão de todo o processo³⁵.

Para Sefcovic³⁶, a UE passou a ter uma maior proximidade de seus cidadãos quando conferiu ao cidadão europeu o direito de participar diretamente na elaboração da legislação da UE, direito esse que foi devidamente consagrado pelo Tratado de Lisboa.

3.2. Instrumento de participação popular

No Brasil, os instrumentos de iniciativas relacionadas a participação popular

31 MARTINS, Flávio. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1141. ISBN 978-85-203-7146-6.

32 GALANTE, Elisa Helena Lesqueves. Participação popular no processo legislativo. Revista da Faculdade de Direito de Campos, 2003- 2004, Ano IV, N° 4 e Ano V, N° 5, p. 456-457. Acesso em: 01 nov. 2019. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/23108_arquivo.pdf.

33 COMISSÃO EUROPEIA. Guia da iniciativa de cidadania europeia. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2012, p. 4. ISBN 978-92-79-21785-2. Acesso em: 01 nov. 2019. Disponível em doi:10.2775/23919.

34 COMISSÃO EUROPEIA. Regulamentos. Jornal Oficial da União Europeia. Bruxelas: 2019, L274, p. 4. Acesso em: 25 nov. 2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2019:274:FULL&from=EN>.

35 COMISSÃO EUROPEIA. Regulamentos. Jornal Oficial da União Europeia. Bruxelas: 2019, L274, p. 4. Acesso em: 25 nov. 2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2019:274:FULL&from=EN>.

36 COMISSÃO EUROPEIA. Guia da iniciativa de cidadania europeia. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2012, p. 4. ISBN 978-92-79-21785-2. Acesso em: 01 nov. 2019. Disponível em doi:10.2775/23919.

começaram a surgir no período de 1987, com a participação em 13 emendas apresentadas à Comissão Mista do Congresso Nacional no período pré-Constituinte, sendo que a proposta mais expressiva fazia referência ao poder constituinte, e a convocação de referendo popular para apreciar os temas constitucionais³⁷.

Galante³⁸ pondera que a convocação e instalação da Constituinte representam um marco para a história, considerando que houve a permissão de participação popular e também pelo fato do acolhimento de proposta de emendas populares, fruto de luta do povo brasileiro.

Assim, foram propostas 122 emendas populares, cujas assinaturas mobilizaram milhões de cidadãos brasileiros, onde a mobilização de coleta das assinaturas expressou um dos momentos mais brilhantes e marcantes da história brasileira, pois demonstrou todo o engajamento bem como a força de um povo organizado. Portanto, a participação popular foi, com certeza, um fator determinante e fundamental para os rumos da Carta Constitucional de 1988, que foi denominada pelo Deputado Ulisses Guimarães, à época Presidente da Assembleia Constituinte, como a “Constituição Cidadã, por ter sido a mais democrática do país”³⁹.

Na UE, a iniciativa de cidadania é um instrumento de democracia participativa, onde é permitido aos cidadãos europeus de países-membros da UE a proposição de alterações legislativas nos domínios em que a Comissão Europeia é competente para apresentar propostas legislativas, ou seja, maioritariamente temas relacionados a agricultura, meio ambiente, energia, saúde pública, transportes e comércio. Espera-se, que essas iniciativas possam ter o poder de influenciar a criação de novas políticas no âmbito da UE⁴⁰.

Foi um caminho aberto, considerando os processos de tomada de decisões da UE e a ampla possibilidade e a sua capacidade de reestruturação, quando, em 13 de dezembro de 2007, foi assinado em Lisboa, o Tratado de Lisboa, inserindo no artigo 21º um novo primeiro parágrafo, com inovações que incluíram a iniciativa de cidadania, no texto do Tratado e, finalmente, concretizou a possibilidade dos cidadãos europeus participarem no processo de construção da UE, permitindo o exercício da democracia participativa e aumentando a capacidade de ação da UE e seu Parlamento⁴¹.

Assim, vejamos como ficou a redação do artigo 21º, no Tratado de Lisboa:

O Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de regulamentos

37 GALANTE, Elisa Helena Lesqueves. Participação popular no processo legislativo. Revista da Faculdade de Direito de Campos, 2003/2004, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5, p. 437-438. Acesso em: 01 nov. 2019. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/23108_arquivo.pdf.

38 GALANTE, Elisa Helena Lesqueves. Participação popular no processo legislativo. Revista da Faculdade de Direito de Campos, 2003- 2004, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5, p. 437-438. Acesso em: 01 nov. 2019. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/23108_arquivo.pdf.

39 GALANTE, Elisa Helena Lesqueves. Participação popular no processo legislativo. Revista da Faculdade de Direito de Campos, 2003- 2004, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5, p. 437-438. Acesso em: 01 nov. 2019. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/23108_arquivo.pdf.

40 COMISSÃO EUROPEIA. Guia da iniciativa de cidadania europeia. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2012, p. 4-5. ISBN 978-92-79-21785-2. Acesso em: 01 nov. 2019. Disponível em doi:10.2775/23919.

41 UNIÃO EUROPEIA. Comunicações e Informações. Jornal Oficial da União Europeia, 2007/C 306, Dez./2007 p. 4-5. ISSN 1725-2482. Acesso em: 01 nov. 2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT>.

adoptados de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem as normas processuais e as condições para a apresentação de uma iniciativa de cidadania na aceção do artigo 8.o-B do Tratado da União Europeia, incluindo o número mínimo de Estados-Membros de que devem provir os cidadãos que a apresentam⁴².

Para Magalhães e outros⁴³, a possibilidade de participação democrática demonstra uma cidadania ativa no processo de tomadas de decisões da UE, cujo caminho deve ser seguido pelas sociedades que buscam uma paz duradoura.

3.3. Os critérios para a análise da iniciativa legislativa

Voltando ao Brasil, os requisitos para a apresentação de proposta para a iniciativa popular legislativa, encontram-se previstos no artigo 61, parágrafo 2º, artigo 14, inciso III, da Constituição Federal/88, do Brasil, e a Lei nº 9.709/98, onde consta que a proposta de projeto lei deverá ser apresentada a Câmara dos Deputados por pelo menos o mínimo 1% do eleitorado nacional e estar distribuídos em pelo menos cinco Estados, não podendo subscrever menos que três décimos dos eleitores. Além disso, conforme prevê o artigo 13, parágrafo 1º, da Lei 9.709/98, o projeto de iniciativa popular deverá conter um só assunto, não podendo ser rejeitado por vício de forma, cabendo a correção da redação e das impropriedades técnicas legislativa a Câmara dos Deputados⁴⁴.

Outrossim, podemos também observar que o Regimento Interno da Câmara dos Deputados estabelece os parâmetros para que a proposta de projeto lei de iniciativa popular seja recebida e que devem ser rigorosamente seguidos. O artigo 252, desse Regimento, por exemplo, estabelece que as assinaturas dos eleitores devem conter o seu nome completo legível, dados documentais e domiciliar, devendo o documento pessoal do eleitor ser apresentado para a comprovação e verificação do percentual mínimo de eleitores exigível em cada estado brasileiro⁴⁵.

Martins⁴⁶ postula em seus estudos que “o projeto de iniciativa popular pode versar sobre a matéria penal, civil, processual, eleitoral, reservada a lei complementar ou ordinária”.

Lenza⁴⁷, por sua vez, afirma que a iniciativa serve somente para dar um “start” inicial ao processo, ou seja, para encaminhar o processo legislativo, podendo o

42 UNIÃO EUROPEIA. Comunicações e Informações. Jornal oficial da União Europeia. Edição língua portuguesa, 2007, C 306. ISSN 1725-2482. Acesso em: 25 nov. 2019. Disponível em: https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/pt_lisbon_treaty.pdf.

43 MAGALHÃES, Silva M. M.; RESENDE Alves, D. y FERREIRA, João M. (2019). The value of new technologies in participatory democracy. The case of the European citizens' initiative. *Doxa Comunicación*, nº 28, p. 37-53. Acesso em: 5 nov. 2019. ISSN: 1696-019X/ e- ISSN: 2386-3978. Disponível em: <https://doi.org/10.31921/doxacom.n28a02>.

44 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, 20ª ed. rev., atualizada e ampl. p. 1359-1360. ISBN 978-85-472-1206-3.

45 MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1144. ISBN 978-85-203-7146-6.

46 MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1144. ISBN 978-85-203-7146-6.

47 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, 20ª ed. rev., atualizada e ampl. p. 1359-1360. ISBN 978-85-472-1206-3.

projeto de lei ser rejeitado ou ser emendado, o que ocasionará a modificação da proposta inicial.

Portanto, após o aceite da Câmara dos Deputados, ou “start”, o projeto de iniciativa popular irá receber igual tratamento dos demais projetos de iniciativa parlamentar, ou seja, sem prazo determinado, podendo sim ocorrer uma agilização caso aconteça pressão popular ou da imprensa⁴⁸.

De igual modo ao Brasil, na UE, os cidadãos podem organizar iniciativas de cidadania, tendo como requisitos que todos os cidadãos envolvidos sejam nacionais de um país da UE, no entanto, devem observar os mesmos critérios de idade mínima para exercer o direito de voto nas eleições para o Parlamento Europeu, que é de 16 anos apenas na Áustria e 18 anos em todos os outros países da UE. Além disso, deverão constituir previamente um comitê com no mínimo sete cidadãos da UE residentes em, pelo menos, sete países diferentes da UE, conforme já referenciado⁴⁹.

Para tal, deverá ser preenchido um formulário de declaração de apoio em papel ou em meio eletrônico (caso os organizadores tenham disponível uma página na Internet), onde deverá conter todas as informações sobre a iniciativa e ainda o número do registro da iniciativa que foi fornecido pela Comissão, para que o cidadão possa verificar, caso desejar fazê-lo, podendo subscrever essa iniciativa somente uma vez. A opção de formulário depende do país de origem ou aquele da residência, desde que seja para um dos países da UE⁵⁰.

Após o registro da iniciativa a Comissão Europeia dispõe de 2 meses para fazer uma verificação se aquela iniciativa não é abusiva, se está dentro da competência da Comissão, se é possível permitir ou não o prosseguimento e a apresentação da proposta, se o comitê foi formado e as pessoas designadas e ainda se não contraria os valores dispostos nos Tratados da UE. Assim, se a Comissão Europeia decidir dar seguimento à iniciativa ao Parlamento, é então desencadeado o seguimento daquele processo legislativo⁵¹.

4. Projetos de iniciativa popular

Em razão da positivação dos direitos fundamentais nas Constituições, são alterados as formas e os sistemas de governo, a ponto de estruturas políticas excludentes de determinadas classes sociais serem substituídas por instituições democráticas, com progressiva ampliação de participação popular nas relações

48 MARTINS, Flávio. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1144. ISBN 978-85-203-7146-6.

49 COMISSÃO EUROPEIA. Guia da iniciativa de cidadania europeia. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2012, p. 4. ISBN 978-92-79-21785-2. Acesso em: 01 nov. 2019. Disponível em doi:10.2775/23919.

50 COMISSÃO EUROPEIA. Guia da iniciativa de cidadania europeia. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2012, p. 8. ISBN 978-92-79-21785-2. Acesso em: 01 nov. 2019. Disponível em doi:10.2775/23919.

51 COMISSÃO EUROPEIA. Guia da iniciativa de cidadania europeia. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2012, p. 4. ISBN 978-92-79-21785-2. Acesso em: 01 nov. 2019. Disponível em doi:10.2775/23919.

políticas, afirma Nina Ranieri⁵².

4.1. Projetos de iniciativa cidadania bem-sucedidas na Europa

Todas as iniciativas de cidadania na UE encontram-se registradas e centralizadas na internet, no site da Comissão Europeia, destinada ao registro oficial de iniciativa de cidadania europeia, verificação das iniciativas em aberto, iniciativas bem-sucedidas e as notícias referentes as iniciativas⁵³.

Comprovadamente e de forma transparente, tanto a Comissão, quanto o Parlamento Europeu estão empenhados em respeitar os direitos fundamentais na União. Portanto, cabe ressaltar que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que consagra todos os direitos individuais, civis, políticos, económicos e sociais de que gozam os cidadãos da UE e o artigo 2.º do Tratado da União Europeia, alterado e inserido no artigo 1º-A, do Tratado de Lisboa, prevê que as iniciativas devem estar pautadas em valores, que são os alicerces da UE, ou seja:

A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres⁵⁴.

As Iniciativas de Cidadania Europeia foram introduzidas pelo Tratado de Lisboa proporcionando aos cidadãos europeus a possibilidade de influenciarem a agenda política, desde 2012, quando da entrada em vigor do Regulamento de Iniciativa de Cidadania Europeia, passando a cumprir o disposto nesse Tratado⁵⁵.

Apresentam-se em seguida alguns casos concretos como exemplos elucidativos dos temas, bases jurídicas, momentos e consequências:

4.1.1. Proibição do glifosato e proteção das pessoas e do ambiente contra pesticidas tóxicos – ECI (2017)00002

Essa iniciativa registrada em 10/01/2017, solicitou à Comissão Europeia propor aos Estados-Membros proibir o uso de herbicidas à base de glifosato, considerando

52 RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O Estado democrático de direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação. São Paulo, 2009, 422f, p. 118. Tese livre docência para obtenção título livre-docente, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Acesso em: 10 nov. 2019. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/2/tde-10092019-171515/publico/TESE_LIVRE_DOCENCIA_NINA_RANIERI.pdf.

53 UNIÃO EUROPEIA. Iniciativa de Cidadania Europeia. Acesso em: 01 nov. 2019. Disponível em: https://europa.eu/citizens-initiative/home_pt.

54 UNIÃO EUROPEIA. Comunicações e Informações. Jornal Oficial da União Europeia, 2007/C 306, Dez./2007 p. 4-5. ISSN 1725-2482. Acesso em: 01 nov. 2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT>.

55 COMISSÃO EUROPEIA. Estado da União 2017 – Pacote Democracia: Reforma da Iniciativa de Cidadania e do financiamento dos partidos políticos. Bruxelas: Comunicado de Imprensa 2017, p. 2. Acesso em: 25 nov. 2019. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_17_3187.

que a exposição aos componentes do herbicida poderá ocasionar cancro em seres humanos, além de degradar os ecossistemas; além disso, que a avaliação científica desses produtos sejam aprovados pela UE somente quando for com base em estudos publicados encomendados por autoridades estatais competentes, e não somente pelas indústria dos pesticidas; e por fim, que seja estabelecido pela UE, metas que possam obrigar a redução de utilização de pesticidas, com vista a um futuro mais equilibrado sem produtos que afetem a saúde dos seres humanos⁵⁶.

Os organizadores dessa iniciativa consideraram relevantes para a proposição da proposta os artigos 38.º e seguintes, 43.º, 289.º, 291.º e 294.º do TFUE e alcançaram 1.070.865 subscritores, de 28 Estados-Membros, com o montante em valor de € 328.399, de apoio e financiamentos⁵⁷.

4.1.2. Stop Vivisection – ECI (2012)000007

A proposta Stop Vivisection foi registrada em 22/06/2012 e apresentada à Comissão Europeia em 03 março de 2015, com o objetivo principal de não permitir as experiências em animais, visto que os princípios éticos e científicos comprovados demonstraram inválidos o “modelo animal” que possa prever reações em seres humanos. Portanto foi solicitado à Comissão Europeia revogação da Diretiva 2010/63/EU, de 22 de setembro de 2010, relacionado à proteção dos animais utilizados para fins científicos, bem como, a apresentação de uma nova proposta para finalizar com as experiências em animais⁵⁸.

Os organizadores dessa iniciativa consideraram relevantes para a proposição da proposta o artigo 13º do TFUE, alcançando 1.173.130 subscritores, e um financiamento na ordem de € 23.651, de apoios⁵⁹.

4.1.3. Um de Nós – ECI (2012)000005

A Federação Internacional, “One of Us”, foi criada por um grupo de cidadãos dos países membros da UE, buscando obter a garantia e proteção dos seres humanos, com o reconhecimento incondicional da dignidade humana inerente e inalienável como fonte das liberdades humanas e dos direitos dos cidadãos, apoiando atividades que envolvam a defesa da vida humana, principalmente em estágios mais vulneráveis

56 COMISSÃO EUROPEIA. Guia da iniciativa de cidadania europeia. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2012, p. 4. ISBN 978-92-79-21785-2. Acesso em: 01 nov. 2019. Disponível em doi:10.2775/23919.

57 COMISSÃO EUROPEIA. Guia da iniciativa de cidadania europeia. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2012, p. 4. ISBN 978-92-79-21785-2. Acesso em: 01 nov. 2019. Disponível em doi:10.2775/23919.

58 COMISSÃO EUROPEIA. Guia da iniciativa de cidadania europeia. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2012, p. 4. ISBN 978-92-79-21785-2. Acesso em: 01 nov. 2019. Disponível em: https://europa.eu/citizens-initiative/initiatives/details/2012/000007_en.

59 COMISSÃO EUROPEIA. Guia da iniciativa de cidadania europeia. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2012, p. 4. ISBN 978-92-79-21785-2. Acesso em: 01 nov. 2019. Disponível em: https://europa.eu/citizens-initiative/initiatives/details/2012/000007_en.

de desenvolvimento da vida, nas quais a proteção se afigure relevante⁶⁰.

É uma das primeiras ECIs registradas na UE (registrada em 11 de maio de 2012), e conta com o apoio de organizações pró-vida e pró-família na Europa, tendo sido, a iniciativa mais bem-sucedida em número de assinaturas coletadas, cujo objetivo é a proteção da vida humana, tendo como base a definição do embrião humano como o início do desenvolvimento do ser humano. Solicitam que seja encerrado o financiamento de atividades que pressupõem a destruição de embriões humanos, em particular nas áreas de pesquisa buscando maior conscientização e respeito pela vida⁶¹.

A “One of Us” tem um grande potencial político, maior do que qualquer outra iniciativa empreendida a proteger a dignidade da pessoa e da vida da concepção. Além disso, a jurisdição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, onde estão pendentes muitos casos bioéticos, espera que sejam influenciados positivamente⁶².

O embrião humano merece o respeito pela sua dignidade e integridade. Assim é afirmado no acórdão do Tribunal de Justiça, Grande Secção, no caso *Oliver Brüstle contra Greenpeace eV.*, Processo C-34/10, que define o embrião humano como o início do desenvolvimento do ser humano⁶³.

Os organizadores dessa iniciativa consideraram relevantes para a proposição da proposta indicar o artigo 2º, base do respeito pela dignidade humana e a igualdade dos direitos humanos; artigos 4.º, n.ºs 3 e 4, 168.º, 180.º, 182.º, 209.º, 210.º e 322.º do TFUE, alcançando 1.721.626 subscritores, e um financiamento na ordem de € 159.219, de apoios⁶⁴.

No entanto, em 28 de maio de 2014, a Comissão Europeia, por meio da comunicação COM (2014)355 final, apresenta Comunicado de que não ia tomar qualquer medida relacionado a esta ICE pois, o tema já havia sido objeto de recente debate e decisão da UE. A decisão da Comissão foi determinante para provocar a ação dos organizadores em solicitar ao Tribunal Geral (TG) a anulação desta comunicação e invocar também a obrigação da Comissão em apresentar uma proposta de ato jurídico a UE como medida de resposta a ICE. Contudo, o TG não anula a decisão da Comissão, mas tão somente a confirma⁶⁵.

Considerando a situação, os organizadores da ICE recorrem da decisão do Acórdão proferido pelo TG ao TJ e solicitam a anulação do Acórdão recorrido, anulação da comunicação controvertida e a condenação da Comissão a pagar as despesas o

60 ONE OF US EUROPEAN FEDERATION. Our mission. Brussels: 2012. Acesso em: 20 nov. 2019. Disponível em: <https://oneofus.eu/about-us/our-mission/>.

61 ONE OF US EUROPEAN FEDERATION. Our mission. Brussels: 2012. Acesso em: 20 nov. 2019. Disponível em: <https://oneofus.eu/about-us/our-mission/>.

62 ONE OF US EUROPEAN FEDERATION. Our mission. Brussels: 2012. Acesso em: 20 nov. 2019. Disponível em: <https://oneofus.eu/about-us/our-mission/>.

63 UNIÃO EUROPEIA. Processo C34/10, *Oliver Brüstle contra Greenpeace eV - Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção)*, de 18 de outubro de 2011. Acesso em: 25 nov. 2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0034>.

64 UNIÃO EUROPEIA. Iniciativa de Cidadania Europeia: Um de Nós. Acesso em: 25 nov. 2019. Disponível em: https://europa.eu/citizens-initiative/initiatives/details/2012/000005_pt.

65 EUROPA. Acórdão do Tribunal Geral C-418/18P - *One of Us e o./Comissão (T561/14, EU:T:2018:210)*, de 23 de abril de 2018. Acesso em: 30 junh. 2020. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62018CJ0418&lang1=pt&type=TXT&ancre=>.

que após a apreciação do TJ resultou indeferido e improcedente o recurso julgado⁶⁶.

Esta iniciativa foi examinada, porém, não foi apresentada proposta legislativa pela Comissão Europeia⁶⁷.

4.1.4. A água e o saneamento são um direito humano! A água é um bem público, não uma mercadoria! – ECI (2012)000003

Segundo Parks⁶⁸, o principal impulso dessa petição foi o de garantir o reconhecimento da água como um direito humano na UE, estando os Serviços públicos da UE, por trás dessa petição, aliados aos ativistas preocupados com as questões da água.

Os organizadores dessa iniciativa convidaram a Comissão Europeia no dia 10/05/2012 a propor legislação que possa prover a todos os cidadãos água potável suficiente e limpa e saneada, bem como o suprimento de serviços públicos essenciais e que a gestão dos recursos hídricos não esteja sujeita às regras do mercado interno⁶⁹.

O total de apoio e financiamentos recebidos foi na ordem de € 140.000, com o número de subscritores de 1.659.543⁷⁰.

4.2. Projetos de iniciativa popular bem-sucedidos no Brasil

Para Ronaldo Junior e Fabriz⁷¹, a participação popular é o meio onde os cidadãos podem influenciar diretamente as decisões do Estado, podendo exercer o seu direito de cidadania e demonstrando a força da soberania popular.

Marco⁷² afirma que é um instrumento popular que foi introduzido pela Constituição Federal do Brasil de 1988 e que possibilita o cidadão deflagrar o processo legislativo.

No entanto, no Brasil, essa experiência ainda é bem tímida, pois além do processo de apresentação de proposta de iniciativa ser muito exigente e ter que preencher vários pré-requisitos difíceis de reunir, surge que a maioria dos projetos só

66 EUROPA. Acórdão do Tribunal Geral C-418/18P - One of Us e o./Comissão (T561/14, EU:T:2018:210), de 23 de abril de 2018. Acesso em: 30 junh. 2020. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62018CJ0418&lang1=pt&type=TXT&ancre=>.

67 UNIÃO EUROPEIA. Iniciativa de Cidadania Europeia – Um de Nós. Acesso em: 01 jul. 2020. Disponível em: https://europa.eu/citizens-initiative/initiatives/details/2012/000005_pt.

68 PARKS, Louisa. Framing in the Right Water European Citizens Initiative. Glasgow: 2014, Paper prepared for presentation at the ECPR general conference, p. 1-20. Acesso em: 20 nov. 2019. Disponível em: <https://ecpr.eu/filestore/paperproposal/2313b898-ab57-48ff-ad3f-1b408ffc991e.pdf>.

69 UNIÃO EUROPEIA. Iniciativa de Cidadania Europeia: A água e o saneamento são um direito humano! A água é um bem público, não uma mercadoria! Acesso em: 25 nov. 2019. Disponível em: https://europa.eu/citizens-initiative/initiatives/details/2012/000003_pt.

70 UNIÃO EUROPEIA. Iniciativa de Cidadania Europeia: A água e o saneamento são um direito humano! A água é um bem público, não uma mercadoria! Acesso em: 25 nov. 2019. Disponível em: https://europa.eu/citizens-initiative/initiatives/details/2012/000003_pt.

71 MOREIRA JUNIOR, Ronaldo Félix e FABRIZ, Daury Cezar. O mito da soberania popular: a ausência da participação democrática no processo legislativo brasileiro. Depósito legal: 2005-5822, p. 11. ISSN: 2224-4131. Acesso em: 22 nov. 2019. Disponível em: http://www.derechoycambiosocial.com/revista040/O_MITO_DA_SOBERANIA_POPULAR.pdf.

72 MARCO, Nathalia Leone. Aspectos da Iniciativa Popular: tímido meio de participação democrática. São Paulo: Revista FMU Direito, 2014, ano 28, n. 41, p. 141. ISSN: 2316-1515. Disponível em: <http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/view/510/626>.

tramitam no Poder Legislativo por força de coautoria de Deputados⁷³.

Diante disso, até hoje existem somente 4 projetos de lei de iniciativa popular aprovados. São eles o “projeto de iniciativa popular Glória Perez”, projeto de “captação de sufrágio”, projeto do “Fundo Nacional para moradia popular” e o projeto da “Ficha Limpa”, que se apresentam brevemente⁷⁴.

4.2.1. Lei nº 8.930/94 – Projeto de iniciativa popular Glória Perez

Essa lei nasceu em razão do homicídio da filha da escritora e novelista Glória Perez que, em 1992, foi brutalmente assassinada, chocando toda a população brasileira. Daniella Perez foi encontrada morta após ter recebido vários golpes de tesoura do colega de elenco da novela, Guilherme de Pádua, com a participação da esposa do ator, Paula Thomaz. A mãe da atriz, colheu mais de um milhão e trezentas mil assinaturas alterando a Lei de Crimes Hediondos e incluindo no rol de crimes o homicídio qualificado. O objetivo foi alcançado com a edição da Lei nº 8.930/94 (Lei Glória Perez), tendo sido a primeira lei de iniciativa popular ocorrida no Brasil⁷⁵.

Contudo, Lenza⁷⁶ faz uma interessante observação a respeito dessa iniciativa em seus estudos, indicando que no site oficial da Câmara dos Deputados, consta que o projeto é de coautoria do Poder Executivo, e no site do Senado Federal, o trâmite legislativo figura como autor o Poder Executivo.

4.2.2. Lei nº 9.840/99 – Captação de sufrágio

Projeto de iniciativa popular, que alterou algumas disposições da Lei nº 9.504/97, que regulamenta as eleições, e a Lei nº 4.737/65 - Código Eleitoral, dando mais condições a Justiça Eleitoral de coibir a compra de votos dos eleitores. Uma das alterações mais significativas foi a inclusão do artigo 41-A, na Lei n.º 9.504/97, onde diz:

Art. 41-A. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar no 64, de 18 de maio

73 MARTINS, Flávio. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1141-1145. ISBN 978-85-203-7146-6.

74 LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, 20ª ed. rev., atualizada e ampl. p. 1359-1360. ISBN 978-85-472-1206-3.

75 MARCO, Nathalia Leone. Aspectos da Iniciativa Popular: tímido meio de participação democrática. São Paulo: Revista FMU Direito, 2014, ano 28, n. 41, p. 140. ISSN: 2316-1515. Disponível em: <http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/view/510/626>.

76 LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, 20ª ed. rev., atualizada e ampl. p. 1359-1360. ISBN 978-85-472-1206-3.

de 1990⁷⁷.

Porém, o projeto de iniciativa popular tinha sido entregue ao Presidente da Câmara dos Deputados, subscrito por 952.314 eleitores, faltando um considerável percentual de subscrições para que pudesse seguir o trâmite conforme as normas constitucionais, em curto espaço de tempo antes das próximas eleições. Assim, o projeto foi subscrito pelo Deputado Albérico Cordeiro juntamente com 59 parlamentares e aprovado rapidamente, sancionada em lei, pelo Presidente da República, em 28 de setembro de 1999 e passando a valer a partir do ano de 2000⁷⁸.

4.2.3. Lei 11.124/2005 – Fundo Nacional para moradia popular

Lenza⁷⁹ ponderou em seus estudos, que esse foi essencialmente o primeiro projeto exclusivo de iniciativa popular da história brasileira, apresentado a Câmara dos Deputados, sem a necessidade de ser subscrito por um Deputado para que pudesse prosseguir o trâmite legislativo.

O principal objetivo dessa iniciativa foi o de articular todos os recursos para a habitação, para a construção de habitações para famílias que tem baixa renda, nos três níveis de governo (municipal, estadual e federal)⁸⁰.

Além disso, o foco prioritário do atendimento foi direcionado as camadas mais necessitadas da população, onde foi previsto que as aplicações do fundo constantemente seriam monitoradas por representantes de entidades da sociedade civil relacionados à questão habitacional ⁸¹.

4.3. Lei Complementar nº 135/2010 – Ficha Limpa

Importante Lei para o país brasileiro, de iniciativa popular, pois alterou a LC n. 64/90, sobre a hipótese de inelegibilidades, aprovada por unanimidade pelo Senado⁸².

Entretanto, Lenza⁸³ afirma que não foi um projeto exclusivamente de iniciativa popular, mas teve um amplo apoio da sociedade, obtendo 1 milhão e 700 mil assinaturas.

77 MARCO, Nathalia Leone. Aspectos da Iniciativa Popular: tímido meio de participação democrática. São Paulo: Revista FMU Direito, 2014, ano 28, n. 41, p. 140. ISSN: 2316-1515. Disponível em: <http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/view/510/626>.

78 LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, 20ª ed. rev., atualizada e ampl. p. 1359-1360. ISBN 978-85-472-1206-3.

79 LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, 20ª ed. rev., atualizada e ampl. p. 1359-1360. ISBN 978-85-472-1206-3.

80 LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, 20ª ed. rev., atualizada e ampl. p. 1359-1360. ISBN 978-85-472-1206-3.

81 AGUIAR, Marcos Henrique de. O Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social e o direito à moradia: avanços e limites na perspectiva da reforma urbana. Rio de Janeiro: 2008. Dissertação de Mestrado da UFRJ, p. 88-89. Acesso em: 23 nov. 2019. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=157158.

82 MARTINS, Flávio. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1408. ISBN 978-85-203-7146-6.

83 LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, 20ª ed. rev., atualizada e ampl. p. 1359-1360. ISBN 978-85-472-1206-3.

Essa lei foi aplicada pela primeira vez nas eleições municipais de 2012 e trouxe inovações no combate a imoralidade e a desonestidade de candidatos as eleições, como por exemplo, a ampliação dos prazos de inelegibilidade para 8 anos, ser inelegível os detentores de cargos eletivos que renunciaram o mandato com objetivo de escapar de eventual condenação judicial e candidatos que estão restringidos de exercer a profissão por decisão de órgão profissional por infração de ética profissional, entre outros⁸⁴.

Porém, a alteração mais polêmica foi relacionada ao fato da Justiça Eleitoral não necessitar mais de ter uma decisão judicial condenatória e definitiva para declarar a inelegibilidade do candidato a eleição, sendo suficiente apenas, a decisão provisória da justiça⁸⁵.

Segundo a Procuradoria Geral da República, no ano de 2014, o Ministério Público Federal impugnou 4.115 candidatos por irregularidades sendo que dentre esses, 497 ações foram em decorrência da Lei da Ficha Limpa, sendo que a rejeição das contas do candidato no exercício de algum cargo público foi o maior responsável pelas impugnações, atingindo mais da metade de impugnações pela Lei da Ficha Limpa⁸⁶.

4.4. Inovações Previstas para a Iniciativa Popular

Em relação às novas perspectivas para o instituto de iniciativa popular no Brasil, em julho de 2013, o Senado Federal, mais especificamente a Comissão de Constituição e Justiça, aprovou projeto de lei que irá facilitar a propositura de projetos de iniciativa popular. Esse projeto de Emenda Constitucional, se aprovado, diminui a necessidade de assinatura de 0,5% dos eleitores do país, ou seja, irá diminuir pela metade, o que representará em média, cerca de 700 mil eleitores em, pelo menos, cinco estados. A redução será válida somente para os projetos de lei e não para os de emenda constitucional. O texto do projeto, também prevê a tramitação em caráter de urgência no Congresso Nacional dos projetos de iniciativa popular for apoiado por algum partido político. No entanto, a maior novidade consiste na possibilidade de proposta de iniciativa popular por meio da Internet⁸⁷.

Assim, diante disso, destacamos três projetos em discussão e tramitação no Congresso, com o fim de facilitar a participação popular, como a PEC n. 2/99, o PL

84 FREITAS, Edson Afonso. A Lei da Ficha Limpa e as eleições 2014. Revista Eletrônica EJE: abril/maio 2014, Ano IV, Nº 3, p. 26-27. Acesso em: 24 nov. 2019. Disponível em: http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/1443/lei_ficha_limpa_freitas.pdf?sequence=1.

85 FREITAS, Edson Afonso. A Lei da Ficha Limpa e as eleições 2014. Revista Eletrônica EJE: abril/maio 2014, Ano IV, Nº 3, p. 26-27. Acesso em: 24 nov. 2019. Disponível em: http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/1443/lei_ficha_limpa_freitas.pdf?sequence=1.

86 BRASIL. Ministério Público Federal. MPF impugna mais de 4 mil candidatos, sendo 497 pela Lei da Ficha Limpa. Brasília: 2014, p. 1-3. Acesso em: 25 nov. 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/eleicoes-2014-mpf-impugna-mais-de-4-mil-candidatos-sendo-500-pela-lei-da-ficha-limpa>.

87

MARCO, Nathalia Leone. Aspectos da Iniciativa Popular: tímido meio de participação democrática. São Paulo: Revista FMU Direito, 2014, ano 28, n. 41, p. 140. ISSN: 2316-1515. Disponível em: <http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/view/510/626>.

4.764/2009 e o PL 7.003/2010. Todos com a pretensão de mudar o cenário tímido de iniciativa de participação popular, para uma realidade onde possa ser mais viável a participação do cidadão brasileiro. Portanto, a PEC n. 2/99 irá possibilitar a alteração do percentual de assinaturas, que irá passar para 0,5% do eleitorado nacional, o PL 4.764/2009, a proposta é para a aceitação de assinatura digital e a PL 7.003/2010, viabilizará a utilização de urnas eletrônicas para a coleta das assinaturas⁸⁸.

O certo é que a possibilidade da propositura de iniciativa popular por meio da internet inevitavelmente será um grande passo para os brasileiros, pois em pleno século XXI ver que o país ainda está preso a assinaturas de folhas de papeis, chega a ser ridículo, para não dizer trágico, principalmente para quem faz a verificação documental⁸⁹.

Em relação a UE, a mais recente inovação publicada na página oficial da Comissão Europeia, é o Regulamento n.º 2019/1799, de 22 de outubro de 2019, que estabelece especificações técnicas a serem obedecidas para a recolha em linha de declarações de apoio a iniciativas de cidadania registradas e o Regulamento n.º 2019/788, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019. Assim, considerando entre outros aspectos o TFUE e ainda conforme os termos desses Regulamentos citados, eles reveem as regras de iniciativa de cidadania, revogando o Regulamento n.º 211/2011, da UE, a partir de 01 de janeiro de 2020⁹⁰.

Cabe ressaltar que o Regulamento n.º 2019/788, do Parlamento e do Conselho, trouxe importantes alterações, com o objetivo de facilitar o acesso à iniciativa de cidadania europeia, dando celeridade e simplificando o seu funcionamento. Dentre as vantagens temos, que os Estados-Membros podem fixar a idade mínima de 16 anos para apoiar uma iniciativa, todos os cidadãos da UE poderão apoiar uma iniciativa independentemente do local de residência, fornecendo dados simplificados, serviço gratuito de recolha em linha de assinaturas. Assim, a partir de 1 de janeiro de 2020, essas alterações passaram a dar mais transparência, aperfeiçoar o acompanhamento das Iniciativas e possibilitar o aumento de participação dos cidadãos europeus⁹¹.

5. Conclusão

A pesquisa que envolveu este tema nos ajudou a compreender, que a participação de proposta legislativa do cidadão é um instituto de soberania popular muito importante que contribui para o estabelecimento de fato, da aprimoração da qualidade da democracia de um país.

88

MARCO, Nathalia Leone. Aspectos da Iniciativa Popular: tímido meio de participação democrática. São Paulo: Revista FMU Direito, 2014, ano 28, n. 41, p. 140. ISSN: 2316-1515. Disponível em: <http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/view/510/626>.

89

MARCO, Nathalia Leone. Aspectos da Iniciativa Popular: tímido meio de participação democrática. São Paulo: Revista FMU Direito, 2014, ano 28, n. 41, p. 140. ISSN: 2316-1515. Disponível em: <http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/view/510/626>.

90 COMISSÃO EUROPEIA. Novo Regulamento sobre a iniciativa de cidadania europeia. Doc. 32019R0788. Acesso em: 24 nov. 2019. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/reg/2019/788/oj>.

91 COMISSÃO EUROPEIA. Novas regras relativas à cidadania europeia. Acesso em: 26 nov. 2019. Disponível em: <https://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/how-to-register?lg=pt>.

Contudo, apesar de ser um instituto de soberania popular, onde o povo tem direitos de interferir nas decisões do Estado, pudemos constatar que há tímidas apresentações de iniciativas legislativas no caso do Brasil, demonstrando servir na maioria das vezes como um instrumento de exercício de pressão ao Congresso Nacional Brasileiro, para que ele tome as decisões mais rapidamente ou ainda objetivando a priorização de matérias importantes ao país.

Porém, apesar de ser ainda um tímido meio de participação democrática, verificamos que tanto no Brasil, como na UE, as iniciativas aceitas, representaram importantes matérias legislativas no âmbito dos Estados. O Brasil, por exemplo, tem uma sociedade muito cansada dos desmandos administrativos públicos, dos desvios de condutas e das corrupções de políticos, entretanto, foi pelas iniciativas populares que surgiram leis como a “Captação de sufrágio” e “Lei da Ficha limpa”.

Podemos afirmar, sem sombra de dúvida, que a Lei da Ficha Limpa é um dos maiores exemplos de participação democrática que temos no Brasil, principalmente, pelo fato da população estar, literalmente, cansada de aguentar candidatos com as famosas “fichas-suja” que anteriormente tomavam posse em cargos políticos, sem nenhuma demonstração de culpa ou algum pudor. O fato é que essa importante lei fez uma revolução na vida dos cidadãos desse país, trazendo de volta a esperança e perspectiva de profundas alterações e moralidade na vida pública brasileira.

Consequentemente, também verificamos os encaminhamentos e utilização desse mecanismo na UE, e foi possível constatar que na página da Comissão Europeia dedicada ao registro das Iniciativas, apesar de ter possibilitado a participação de mais de um milhão de cidadãos a solicitarem a Comissão Europeia propostas de nova legislação para a UE, a utilização desse mecanismo de Iniciativa de Cidadania Europeia, ainda está com baixo potencial de aproveitamento, pois entre todas as iniciativas apresentadas, somente quatro foram bem sucedidas apesar das reformas e remoção dos obstáculos no processo no decorrer dos anos. Entretanto, as alterações propiciaram sim, uma leve melhoria de participação dos cidadãos, com o registro de seis novas iniciativas em 2018, 15 iniciativas em 2019 e quatro novas iniciativas até 15 de maio de 2020.

Portanto, ficou evidente que as manifestações populares de cidadania são condições importantes e imprescindíveis para a promoção dos direitos fundamentais e para a manutenção da confiança e das relações entre a democracia e a cidadania, dever de um Estado Democrático de Direito.

Referências Bibliográficas

AGUIAR, Marcos Henrique de. O Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social e o direito à moradia: avanços e limites na perspectiva da reforma urbana. Rio de Janeiro: 2008. Dissertação de Mestrado da UFRJ, p. 88-89. Acesso em: 23 nov. 2019. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=157158>.

ALVES, Dora Resende, MAGALHÃES, Maria Manuela. A iniciativa de cidadania europeia

num contexto de democracia. *Revista Direitos Humanos e Democracia*. Brasil. Editora Unijuí, ISSN 2179-1309, Ano 7, nº 14, Jul./Dez. 2019, Qualis B1, p. 15-29. DOI: <<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2019.14.15-29>>.

ALVES, Dora Resende. A estrutura da União Europeia. *Revista Jurídica Portucalense*. Porto: Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Nº 15 (2012), p. 49-56. ISSN 0874-2839.

BIANCHI, Alvaro. O conceito de Estado em Max Weber. São Paulo: Centro Estudos Cultura Contemporânea, *Revista de cultura e política Lua Nova*, maio/agosto 2014, nº 92, p. 84-92. ISSN 0102-6445. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-64452014000200004>>.

BRASIL. Ministério Público Federal. MPF impugna mais de 4 mil candidatos, sendo 497 pela Lei da Ficha Limpa. Brasília: 2014, p. 1-3. Acesso em: 25 nov. 2019. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/eleicoes-2014-mpf-impugna-mais-de-4-mil-candidatos-sendo-500-pela-lei-da-ficha-limpa>>.

CAMPOS, João Mota e CAMPOS, João Luiz Mota. *Manual de Direito Europeu*. Coimbra: Coimbra Editora, 6ª ed. 2010, p. 211. ISBN: 9789723218121. Acesso em: 20 nov. 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. Estado da União 2017 – Pacote Democracia: Reforma da Iniciativa de Cidadania e do financiamento dos partidos políticos. Bruxelas: Comunicado de Imprensa 2017, p. 2. Acesso em: 25 nov. 2019. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_17_3187>.

COMISSÃO EUROPEIA. Guia da iniciativa de cidadania europeia. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2012, p. 4. ISBN 978-92-79-21785-2. Acesso em: 01 nov. 2019. Disponível em: <[doi:10.2775/23919](https://doi.org/10.2775/23919)>.

COMISSÃO EUROPEIA. Novas regras relativas à cidadania europeia. Acesso em: 26 nov. 2019. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/how-to-register?lg=pt>>.

COMISSÃO EUROPEIA. Novo Regulamento sobre a iniciativa de cidadania europeia. Doc. 32019R0788. Acesso em: 24 nov. 2019. Disponível em: <<http://data.europa.eu/eli/reg/2019/788/oj>>.

COMISSÃO EUROPEIA. Regulamentos. *Jornal Oficial da União Europeia*, Bruxelas: 2019, L274. Acesso em: 25 nov. 2019. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2019:274:FULL&from=EN>>.

EUROPA. Acórdão do Tribunal Geral C-418/18P - One of Us e o./Comissão (T561/14, EU:T:2018:210), de 23 de abril de 2018. Acesso em: 30 junh. 2020. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62018CJ0418&lang1=pt&type=TEXT&ancre=>>>.

FEIJÓ, Vladimir Pinto Coelho. *Democracia e Direito Internacional*. Belo Horizonte: Ed. Simplíssimo, 2005, p. 551 (e-Book Kindle). Acesso em: 19 nov. 2019. ASIN: B076CG3VGV.

FREITAS, Edson Afonso. A Lei da Ficha Limpa e as eleições 2014. *Revista Eletrônica EJE*: abril/maio 2014, Ano IV, Nº 3, p. 26-27. Acesso em: 24 nov. 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/1443/lei_ficha_limpa_freitas.pdf?sequence=1>.

GALANTE, Elisa Helena Lesqueves. Participação popular no processo legislativo. Revista da Faculdade de Direito de Campos, 2003- 2004, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5, p. 456-457. Acesso em: 01 nov. 2019. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/23108_arquivo.pdf>.

GARCIA, Alexandre Navarro. Democracia semidireta: referendo, plebiscito, iniciativa popular e legislação participativa. Brasília: Revista de Informação Legislativa, abril/junho/2005, nº 166, ano 42, p. 12. Acesso em: 20 nov. 2019. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/417>>.

HERNÁNDEZ, (Teodoro) Yan Guzman. La iniciativa legislativa popular en América Latina – Un análisis comparado en clave axiológico-procedimental. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 6, n. 1, p. 35-59, jan./abr. 2019. Acesso em: 25 mai. 2020. Disponível em: <DOI: 10.5380/rinc.v6i1.58984>

KELSEN, Hans. A Democracia. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000, 2ª ed., p. 139-146. ISBN 85-336-1257-56.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, 20ª ed. rev., atualizada e ampl. p. 1359-1360. ISBN 978-85-472-1206-3.

LOPES, Victor Melícias. Democracia. Logos - Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia. Lisboa: Editora Verbo, Fev./2006, p. 1318. ISBN-13: 978-9722212717.

MAGALHÃES, Silva M. M.; RESENDE Alves, D. y FERREIRA, João M. (2019). The value of new technologies in participatory democracy. The case of the European citizens' initiative. Doxa Comunicación, nº 28, p. 37-53. Acesso em: 5 nov. 2019. ISSN: 1696-019X/ e- ISSN: 2386-3978. Disponível em: <<https://doi.org/10.31921/doxacom.n28a02>>.

MALUSCHKE, Gunther. A soberania popular: enigma não resolvido da democracia. Goiás: 2007. Philósofos: Revista de Filosofia, Vol. 5, Iss 1, p. 61-80. ISSN: 1982-2928. Disponível em: <<https://doi.org/10.5216/phi.v5i1.11324>>.

MARCO, Nathalia Leone. Aspectos da Iniciativa Popular: tímido meio de participação democrática. São Paulo: Revista FMU Direito, 2014, ano 28, n. 41, p. 140. ISSN: 2316-1515. Disponível em: <<http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/view/510/626>>.

MARTINS, Flávio. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 735. ISBN 978-85-203-7146-6.

MERENDI, Izaura Peghim. Repensando a questão democrática: uma análise acerca do modelo hegemônico de democracia. Cuiabá: Edunic, 2010, Revista Jurídica UNIC, v. 12, n.2, p. 81. ISSN: 1519-1753.

MOREIRA JUNIOR, Ronaldo Félix e FABRIZ, Daury Cezar. O mito da soberania popular: a ausência da participação democrática no processo legislativo brasileiro. Depósito legal: 2005-5822, p. 11. ISSN: 2224-4131. Acesso em: 22 nov. 2019. Disponível em: <http://www.derechocambiosocial.com/revista040/O_MITO_DA_SOBERANIA_POPULAR.pdf>.

NÓBREGA, Maria de Fátima de Mendonça Dória. A cidadania europeia antes e pós-Lisboa e correspondentes direitos atribuídos aos cidadãos. Lisboa: Repositório

UAL, Departamento de Direito, Dissertação de Mestrado 2014, p. 24. Acesso em: 20 nov. 2019. Disponível em: <<https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/409/1/DISSERTA%c3%87%c3%83O.%20DE.%20MESTRADO-UAL.pdf>>.

ONE OF US EUROPEAN FEDERATION. Our mission. Brussels: 2012. Acesso em: 20 nov. 2019. Disponível em: <<https://oneofus.eu/about-us/our-mission/>>.

PARKS, Louisa. Framing in the Right Water European Citizens Initiative. Glasgow: 2014, Paper prepared for presentation at the ECPR general conference, p. 1-20. Acesso em: 20 nov. 2019. Disponível em: <<https://ecpr.eu/filestore/paperproposal/2313b898-ab57-48ff-ad3f-1b408ffc991e.pdf>>.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O Estado democrático de direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação. São Paulo, 2009, 422f, p. 118. Tese livre docência para obtenção título livre-docente, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Acesso em: 10 nov. 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/2/tde-10092019-171515/publico/TESE_LIVRE_DOCENCIA_NINA_RANIERI.pdf>.

SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. São Paulo: Ed. Ática, 1964, Vol. II, p. 35. ISBN 85- 08-05124-7

UNIÃO EUROPEIA. Comunicações e Informações. Jornal Oficial da União Europeia, 2007/C 306, Dez./2007 p. 4-5. ISSN 1725-2482. Acesso em: 01 nov. 2019. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT>>.

UNIÃO EUROPEIA. Comunicações e Informações. Jornal oficial da União Europeia. Edição língua portuguesa, 2007/C 306. ISSN 1725-2482. Acesso em: 25 nov. 2019. Disponível em: <https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/pt_lisbon_treaty.pdf>.

UNIÃO EUROPEIA. Iniciativa de Cidadania Europeia – Um de Nós. Acesso em: 01 jul. 2020. Disponível em: <https://europa.eu/citizens-initiative/initiatives/details/2012/000005_pt>.

UNIÃO EUROPEIA. Iniciativa de Cidadania Europeia. Acesso em: 01 nov. 2019. Disponível em: <https://europa.eu/citizens-initiative/home_pt>.

UNIÃO EUROPEIA. Iniciativa de Cidadania Europeia: A água e o saneamento são um direito humano! A água é um bem público, não uma mercadoria! Acesso em: 25 nov. 2019. Disponível em: <https://europa.eu/citizens-initiative/initiatives/details/2012/000003_pt>.

UNIÃO EUROPEIA. Processo C34/10, Oliver Brüstle contra Greenpeace eV - Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 18 de outubro de 2011. Acesso em: 25 nov. 2019. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0034>>.

UNIÃO EUROPEIA. Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia: 2016/C 202/01, versão português. Acesso em: 20 nov. 2019. Disponível em: <https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/oj_c_2016_202_full_pt_txt.pdf>.

Recebido em: 21.04.2021
Aprovado em: 11.06.2021

Universidade Federal da Bahia
Brasil

Volume 2, Número 1,
Ano 2
2021

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt

O Supremo Tribunal Federal em tempos de COVID-19: uma abordagem da decisão liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341 à luz de Carl Schmitt, Herbert Hart e Ronald Dworkin

The Federal Supreme Court in COVID-19 times: an approach to the limit decision in Direct Action of Unconstitutionality 6.341 in the light of Carl Schmitt, Herbert Hart and Ronald Dworkin

Jailce Campos e Silva ¹

Fábio Periandro de Almeida Hirsch ²

Sumário: 1. Introdução; 2. A teoria da decisão judicial; 2.1. A teoria inclusivista de Herbert Hart; 2.2. A teoria construtivista de Ronald Dworkin; 2.3. O diálogo entre Herbert Hart e Ronald Dworkin acerca do poder discricionário; 3. A atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) em tempos de coronavírus; 3.1. ADI 6.341: uma abordagem à luz de Carl Schmitt, Herbert Hart e Ronald Dworkin; 4. Considerações finais; 5. Referências.

Resumo: Este artigo tem por finalidade propor uma reflexão acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.341, no tocante à restringibilidade de direitos fundamentais em razão do estado de exceção que se instalou no Brasil com a crise causada pela COVID-19, bem como à competência concorrente dos entes federados para legislar sobre as ações a serem adotadas para mitigação dos efeitos da pandemia, à luz das doutrinas “decisionismo institucionalista”, “inclusivista” e “construtivista” de Carl Schmitt, Herbert Hart e Ronald Dworkin, respectivamente, no tocante à discricionariedade das decisões judiciais na aplicação de princípios e regras para a validade jurídica.

Palavras-chave: Teoria da decisão; Estado de exceção; Princípios e regras; Discricionariedade judicial; Supremo Tribunal Federal.

Abstract: This article aims to propose a reflection on the decision of the Supreme Federal Court (STF) as a precautionary measure in the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) 6,341, with regard to the restrictibility of fundamental rights due to the state of exception installed in the Brazil with the crisis caused by COVID-19, as well as the competing competence of federated entities to legislate on the actions to be taken to mitigate the effects of the pandemic, in the light of the “institutionalist decisionism”, “inclusive” and “constructivist” doctrines of Carl Schmitt, Herbert Hart and Ronald Dworkin, respectively, regarding the discretion of judicial decisions in the application of principles and rules for legal validity.

Keywords: Decision theory; Exception status; Principles and rules; Judicial discretion; Federal Supreme Court.

¹ Pós-graduanda em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Jorge Amado. Pesquisadora do Grupo de Pesquisas Direitos e Deveres Fundamentais da Universidade Federal da Bahia. Advogada. E-mail: jailcecampos@hotmail.com

² Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal da Bahia. E-mail: academico@fabioperiandro.adv.br

1. Introdução

“O amor nos tempos do cólera” é um romance de Gabriel García Márquez que, além de focar um amor platônico com um final feliz, também retrata a sociedade colombiana no enfrentamento da doença cólera, no século XIX, que provocou o distanciamento das pessoas, assim como nos dias atuais de convivência com o coronavírus junto a seus medos, dúvidas e incertezas, transcendendo as relações pessoais e profissionais.

Esse quadro de incertezas tem levado à tomada de decisões por indivíduos, grupos sociais e autoridades políticas, tendo em vista a tensão político-jurídica decorrente das consequências da pandemia para a sociedade brasileira.

O que se vê é o notório estado de emergência, assim descrito por José Antonio Pérez Tapias³: “A situação é inédita, não apenas pela rápida cadeia de contágios da consequente doença de caráter gripal, mas também pelas medidas sanitárias decididas politicamente para buscar freá-la, com custosas consequências econômicas e sociais a longo prazo e por todo o planeta.”

A presente produção é fruto do Grupo de Pesquisas Direitos e Deveres Fundamentais, para a qual se utilizou da técnica bibliográfica com suporte em legislação, doutrina e jurisprudência, objetivando compreender a decisão em sede de medida cautelar do STF no julgamento da ADI 6.341, decorrente de notório estado de emergência pelo qual passa a sociedade brasileira em razão da COVID-19.

A decisão liminar do STF no julgamento da ADI 6.341 foi escolhida para estudo em razão do seu alcance sobre toda a sociedade brasileira no enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional, considerando que, para garantia do direito fundamental de proteção à saúde, é preciso adotar medidas de restrição do direito individual de liberdade à locomoção.

Tem como fundamento teórico uma abordagem à luz das doutrinas de Carl Schmitt (decisionismo institucionalista), Herbert Hart (teoria inclusivista) e Ronald Dworkin (teoria construtivista) em relação à discricionariedade nas decisões judiciais diante da aplicabilidade de princípios e regras para a validade jurídica.

2. A Teoria da Decisão Judicial

Diante da tensão político-jurídica no contexto do estado de emergência causado pela COVID-19 no qual vive a sociedade brasileira, bem como da imprescindibilidade de estudo acerca de criação, fundamento e validade das normas jurídicas em meio à crise instalada pela pandemia, é que se volta a atenção em torno da aplicabilidade do direito por meio das decisões judiciais para garantia dos direitos fundamentais.

Lênio Luiz Streck⁴ suscita “a ‘questão da decisão’ como um problema de validade do discurso jurídico” diante da crítica inapropriada à hermenêutica filosófica de não

3 PÉREZ TAPIAS, José Antonio. Entre o risco e o medo, a biopolítica em alta. Instituto Humanitas UNISINOS, 17 mar. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597147-entre-o-risco-eo-medo-a-biopolitica-em-alta>. Acesso em: 05 jul. 2020.

4 STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição e ausência de uma teoria da decisão. Valparaíso/Chile, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI, p. 578, 2º semestre de 2013.

ter “possibilitado a formação (normativa) de uma teoria da validade da compreensão”. Para o autor, urge a necessidade de debater a teoria da decisão, “o que implica discutir o problema da validade daquilo que se compreende e explicita na resposta”.

Para esta pesquisa, recorreu-se ao pensamento jurídico de Carl Schmitt, clássico jurista considerado o “pai do decisionismo” que, em sua obra *Lei e juízo*. Um exame do problema da práxis jurídica (1912), analisou a decisão judicial como elemento da práxis jurídica, ou seja, a aplicação do direito no campo da interpretação.

Todavia, na obra *Teologia política* (1922), definiu que soberania é a decisão no estado de exceção para validade de todo o ordenamento jurídico, atribuindo ao estado de exceção um conceito-limite como “um conceito da esfera extrema”, que não se encaixa num “caso normal, mas ao caso limítrofe”⁵. Nesse sentido, desloca-se do campo da interpretação jurisdicional para o campo da criação do direito e validade jurídica.

Para explicar o direito, Carl Schmitt explora o conceito de exceção vinculando-o ao conceito-limite, no sentido de extremo, pois considera que “uma norma geral, como é apresentada pelo princípio jurídico normalmente válido, jamais pode compreender uma exceção absoluta e, por isso, também, não pode fundamentar, de forma completa a decisão de um caso real, excepcional”⁶.

Carl Schmitt⁷ esclarece que o caso excepcional é “aquele caso não circunscrito na ordem jurídica vigente”, é descrito como uma situação de emergência limítrofe, que não é reconhecido. Na visão do jurista, em um contexto de emergência, não existe uma norma aplicável. É preciso que o soberano, aquele que decide sobre o estado de exceção, estabeleça uma ordem para dar sentido ao ordenamento jurídico.

A análise da teoria decisionista schmittiana revela um elo entre soberania e estado de exceção para validar o ordenamento jurídico a partir de uma ordem. Em um estado de exceção, o ordenamento jurídico precedido legitima o soberano a suspender ou não as garantias constitucionais e os direitos fundamentais. Na concepção de Henrique Garbellini Carnio⁸, ocorre uma inversão no estado de exceção para a aplicação das normas. “[...] o estado de exceção é um vácuo normativo que não deve ser considerado pelo jurista como um pressuposto – uma condição lógico-transcendental –, mas uma condição extraordinária que precede a ordem.”

Na análise de Ronaldo Porto Macedo Júnior⁹, Carl Schmitt define o decisionismo jurídico “como reconhecimento da pressuposição da existência de uma decisão soberana fundadora de uma ordem jurídica”. O fundamento jurídico é uma decisão

5 SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de Elisete Antoniuk; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 7.

6 SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de Elisete Antoniuk; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 7.

7 SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de Elisete Antoniuk; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 8.

8 CARNIO, Henrique Garbellini. Para uma crítica da forma jurídica. São Paulo, *Revista de Direito Privado*, v. 58, p. 5, abr./jun., 2014.

9 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Constituição, soberania e ditadura em Carl Schmitt*. São Paulo, *Lua Nova*, n. 42, p. 119, 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451997000300005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 04 ago. 2020.

soberana que põe fim ao caos. Lênio Luiz Streck¹⁰ contrapõe a teoria do decisionismo ao afirmar que “a norma jurídica só será válida se puder ser subsumida a outra – de nível superior – que lhe ofereça um fundamento de validade”, cuja aferição é feita a partir de uma estrutura escalonada das normas jurídicas e não a partir de uma decisão soberana como defende Schmitt.

Fazendo uma análise das três formas do pensamento jurídico difundidas por Schmitt -normativista, decisionista e institucionalista - é possível perceber que o filósofo promove uma mudança em seu pensamento, adotando como pensamento jurídico ideal o institucionalismo somado ao decisionismo. Para o autor, o “normativista” puro se fundamenta em normas impessoais; enquanto que o “decisionista”, em decisão pessoal e o “institucionalista”, em decisão suprapessoal.

Em 1922, Carl Schmitt¹¹ distingue os dois primeiros fundamentos – norma e decisão – considerando o ordenamento (normativista) como algo derivado da decisão (decisionista) ao afirmar que “a ordem jurídica, como toda ordem, repousa em uma decisão e não em uma norma”. Frise-se, portanto, o caráter volitivo do soberano, a quem compete a decisão em uma situação de crise.

Mais uma vez, destaque para a percepção de Ronaldo Porto Macedo Júnior¹² ao esclarecer que Schmitt descreve o jurista decisionista como aquele para quem a fonte do direito não é o comando (lei) em si, mas a decisão soberana tomada juntamente com o comando. Percebe-se, aqui, uma limitação da discricionariedade do juiz do tipo decisionista.

Já em 1934, o filósofo altera este pensamento, que passa a ser fundado no “pensamento da ordem concreta”, que transmuta do caráter volitivo do soberano para o caráter volitivo social através das instituições. Antes, o soberano tinha o monopólio da decisão última; agora, o fundamento do direito e da soberania se baseia nas instituições sociais. Ocorre, portanto, a democratização da soberania diante da substituição da vontade do soberano pela vontade social. Conforme Ronaldo Porto Macedo Júnior¹³ descreve, “[...] agora as instituições também são fontes da ‘Auctoritas’”.

Para compreensão do pensamento jurídico institucionalista defendido por Schmitt, é mister discorrer sobre o conceito de “ordem concreta” ou “instituições sociais”, o qual está diretamente ligado ao conceito de normalidade, pois “Nós sabemos que cada ordenamento - também o ‘ordenamento jurídico’ - é ligado a conceitos de normalidade que não são derivados de normas gerais mas, ao contrário, produzem eles mesmos tais normas, somente com base na sua própria ordem e em

10 STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição e ausência de uma teoria da decisão. Valparaíso/Chile, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI, p. 579, 2º semestre de 2013.

11 SCHMITT, Carl. Teologia política. Tradução de Elisete Antoniuk; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 11.

12 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Constituição, soberania e ditadura em Carl Schmitt. São Paulo, Lua Nova, n. 42, p. 119, 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451997000300005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 04 ago. 2020.

13 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. O decisionismo jurídico de Carl Schmitt. São Paulo, Lua Nova, n. 32, p. 209, abr. 1994. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000100011&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 25 jul. 2020.

função da mesma”¹⁴.

Nesse processo de democratização da decisão soberana, fundamentado no pensamento jurídico institucionalista, surge um novo modelo do decisionismo schmittiano. “Schmitt reconhece que o fundamento do direito e da soberania não é mais a decisão soberana de um poder político superior, mas sim está baseado nas instituições, as quais, por sua vez, remetem à uma instituição das instituições que não é mais necessariamente o Estado, mas pode ser o Estado, o Movimento e o Povo”¹⁵.

Importante ressaltar, novamente, que este novo modelo do decisionismo difundido por Schmitt já se dá em meio à normalidade, tendo em vista que, para o filósofo, não há norma aplicável em meio ao caos, sendo imprescindível o estabelecimento de uma ordem para se dar sentido ao ordenamento jurídico. Embora seja perceptível o processo de democratização da decisão soberana, passando do voluntarismo do soberano para a vontade social, na concepção de Schmitt a decisão do soberano é o ponto de partida da instauração de uma ordem em meio ao caos, a fim de que as instituições possam atuar autonomamente. Nesta atuação, resta demonstrada a vontade institucional.

2.1 A Teoria Inclusivista de Herbert Hart

Em sua obra *O conceito de direito* (1961), o filósofo Herbert Lionel Adolphus Hart inicia com a seguinte indagação: “O que é o direito?”. Neste estudo, são retratadas algumas proposições analisadas por Hart para resposta ao seu questionamento acerca da definição de direito.

Hart privilegia o significado das palavras na proposição de variadas análises acerca do conceito de direito, argumenta que tal definição não demonstra, por exemplo, a diferença entre “ser obrigado” e “ter uma obrigação”.

Com relação ao conceito de obrigação, considera que “uma regra válida de direito difere de uma predição sobre o comportamento de funcionários”¹⁶, pois vincula a obrigação à existência de uma regra, o que implica, na observação de regras sociais, que o direito ou outra forma de estrutura social devam ser compreendidos com base em questões “interna” e “externa”, respectivamente, participante e observador.

Quanto ao ordenamento jurídico, Hart o define como um conjunto de regras, classificando-o em regras primárias e regras secundárias. Estas se subdividem em regras de reconhecimento, regras de alteração/modificação e regras de adjudicação.

As regras primárias dizem respeito às obrigações de fazer, não fazer ou omitir ações, ou seja, impõem aos indivíduos deveres positivos e negativos. No entanto, considera as regras secundárias como aquelas que permitem a criação das regras

14 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *O decisionismo jurídico de Carl Schmitt*. São Paulo, Lua Nova, n. 32, p. 212, abr. 1994. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000100011&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 25 jul. 2020.

15 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *O decisionismo jurídico de Carl Schmitt*. São Paulo, Lua Nova, n. 32, p. 208, abr. 1994. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000100011&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 25 jul. 2020.

16 HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 1.

primárias, a exemplo de regras que estabelecem competências.

Uma das condições necessárias à existência do direito que o autor revela é a regra de reconhecimento e a validade jurídica, fundamentos de um sistema jurídico que consistem na obediência costumeira da maioria dos componentes de um grupo social às ameaças de soberanos ou pessoas, embora considere ser esta teoria incapaz de explicitar o sistema jurídico interno.

Por outro lado, aprecia a importância de analisar a regra de reconhecimento e a validade jurídica em uma situação social complexa para que “uma regra secundária de reconhecimento seja aceite e utilizada para a identificação das regras primárias de obrigação”¹⁷, podendo ser designada como fundamento de um sistema jurídico.

Afirma que, em um sistema jurídico simples, a aceitação de regra de reconhecimento por indivíduos e autoridades possibilita a identificação de regras primárias, a exemplo de “referência a um texto dotado de autoridade; ao acto legislativo; à prática consuetudinária; às declarações gerais de pessoas determinadas ou a decisões judiciais proferidas em casos concretos”. Segundo o jurista, a sua manifestação se dá na “prática geral”¹⁸.

Todavia, assevera que, no sistema jurídico moderno, em cuja estrutura há variadas fontes do direito, a regra de reconhecimento torna-se, também, mais complexa, pois “os critérios para identificar o direito são múltiplos e comumente incluem uma constituição escrita, a aprovação por uma assembleia legislativa e precedentes judiciais”¹⁹, ou seja, surgem da legiferância ou das decisões judiciais que estruturam os precedentes.

Na leitura de Lênio Luiz Streck²⁰ acerca da formulação do fundamento do ordenamento jurídico, “o que determina a validade do direito em Hart é a compatibilização - dedutivista, evidentemente - das regras que determinam obrigações (primárias) com as regras secundárias”.

Ante os critérios para a existência de regras de reconhecimento - simples e complexas - traz, por sua vez, a distinção entre a “subordinação relativa” e a “noção de derivação” de um critério em relação ao outro, visando esclarecê-la no tocante à produção legiferante.

Herbert Hart²¹ explicita que, em um sistema jurídico, no qual “o costume e o precedente estão subordinados à legislação, dado que as regras consuetudinárias e de common law podem ser privadas do seu estatuto jurídico por uma lei parlamentar”, há, portanto, uma relação de subordinação relativa, assim como garante uma independência em face da aceitação de uma regra de reconhecimento porque tal estatuto de direito não se submete ao poder subjacente legislativo.

17 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 111.

18 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 111.

19 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 112.

20 STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição e ausência de uma teoria da decisão. Valparaíso/Chile, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI, p. 577-601, 2º semestre de 2013. p. 580.

21 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 112.

Ressalta que a regra de reconhecimento, que subsiste de forma complexa, ou seja, baseada em critérios múltiplos, manifesta-se na prática geral, que é o critério para a regra de reconhecimento pelos indivíduos na forma simples em relação ao direito estatuído sem a restrição imposta pelo Poder Legislativo.

Nesse sentido, Herbert Hart²² afirma que “Na maior parte dos casos a regra de reconhecimento não é enunciada, mas a sua existência manifesta-se no modo como as regras concretas são identificadas, tanto pelos tribunais ou outros funcionários, como pelos particulares ou seus consultores”. É baseado neste sistema de regras que o autor suscita o entendimento de que “há a possibilidade de conflito entre estas aplicações da regra dotadas de autoridade e a compreensão geral do que a regra claramente exige segundo os seus termos”²³.

Primeiramente, parte da premissa de que o uso de tais regras se caracteriza sob dois aspectos: “interno” e “externo”. Do ponto de vista interno, o uso se dá “pelos tribunais e outras entidades de regras de reconhecimento não afirmadas, para identificar as regras concretas do sistema”²⁴. Os usuários internos expressam, por meio de suas condutas, o aceite das regras como a sua própria regra de orientação, diferentemente das expressões usuais do ponto de vista externo ao identificar uma regra em um sistema jurídico, na qual envolve um observador, que, em seu registro, “ele próprio não as aceita”²⁵.

Em sua ponderação, o autor²⁶ vê, nas condutas dos usuários internos e externos do sistema jurídico, formas de expressão que denomina de “afirmação interna” e “afirmação externa”. Na afirmação interna, o indivíduo sabe da existência da regra de reconhecimento no sistema, aceita e aplica sem questionar a sua validade. Na afirmação externa, o observador sabe da existência de uma regra de reconhecimento no sistema, porém, não a aceita e profere que outros indivíduos a acolhem. Herbert Hart²⁷ alerta para a importância de considerar a diferenciação entre tais afirmações - o aceite da regra pelos usuários internos e a declaração do observador de que a regra é aceita por outrem - a fim de clarificar a noção de validade jurídica, considerando que “a afirmação de que uma regra concreta é válida significa que ela satisfaz todos os critérios facultados pela regra de reconhecimento”.

Daí surge a ideia de validade jurídica ao refletir sobre a relação entre a validade e a eficácia do direito. Neste aspecto, o autor expõe uma condicionante ideia de eficácia em relação à regra do direito. Por um lado, “não vê relação necessária entre a validade de uma regra concreta e a sua eficácia” quando uma regra de direito, que exige determinada conduta, é, na maior parte das vezes, cumprida. Em outro sentido,

22 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 113.

23 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 113.

24 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 113.

25 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 114.

26 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 114.

27 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 114.

condiciona tal relação se houver a inclusão entre os critérios de reconhecimento do sistema de que “a disposição (por vezes referida como regra de desuso) de que nenhuma regra é considerada como regra do sistema se tiver cessado há muito de ser eficaz”²⁸.

Uma vez obedecida certa regra concreta na maior parte das vezes, prescinde relacionar a sua validade à sua eficácia; a não ser que esteja inserida na regra de reconhecimento do sistema que a sua exclusão ocorrerá por perda da sua eficácia.

Como em sua obra Herbert Hart analisa várias proposições para definir o conceito de direito, não o é diferente para argumentar acerca da validade jurídica das regras do sistema. Afirma que é inútil aplicar um sistema de regras ineficaz, diante da inobservância geral das regras do sistema, deixando de ser eficaz por não se estabelecer no sistema jurídico ou por não mais existir para o grupo. Consequentemente, desnecessário avaliar os direitos e deveres dos indivíduos à luz das regras primárias e das regras de reconhecimento.

Outra reflexão importante trazida é a relação entre direito e moral. Hart²⁹ difunde o argumento acerca de uma separação entre o direito e a moral e sua relação com a validade jurídica, revelando que “Há muitos tipos diferentes de relação entre o direito e a moral e a relação entre eles não pode ser isolada com proveito para efeitos de estudos”, sendo importante distinguir algumas diferenças para afirmar ou negar tal relação.

Assevera a separação entre o direito e a moral ao longo da história porque “não pode seriamente discutir-se que o desenvolvimento do direito, em todos os tempos e lugares, tem de facto sido profundamente influenciado, quer pela moral convencional, quer por ideais de grupos sociais particulares [...]”³⁰.

Como forma de justificar uma proposição diferente, também apresenta a assertiva no sentido de que “um sistema jurídico deve mostrar alguma conformidade específica com a moral ou justiça, ou deve repousar sobre uma convicção amplamente difundida de que há uma obrigação moral de lhe obedecer”³¹. Embora o autor possibilite ser verdadeira esta proposição, não considera que surjam daí “que os critérios de validade jurídica de leis concretas, usadas num sistema jurídico, devam incluir, de forma tácita, se não explícita, uma referência à moral ou justiça”³².

Lênio Luiz Streck³³ assevera que “tanto a separação como a dependência/vinculação entre direito e moral estão ultrapassadas”. O autor, portanto, justifica a sua assertividade porque “a moral regula o comportamento interno das pessoas, só

28 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 115.

29 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 201.

30 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 201.

31 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 201.

32 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 201.

33 STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição e ausência de uma teoria da decisão. Valparaíso/Chile, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI, p. 577-601, 2º semestre de 2013. p. 598.

que esta ‘regulação’ não tem força jurídico-normativa. O que tem força vinculativa, cogente, é o direito, que recebe conteúdos morais (apenas) quando de sua elaboração legislativa”.

Defensor do Positivismo Jurídico, Herbert Hart³⁴ atenta para o seu significado, afirmando que “não é em sentido algum uma verdade necessária que as leis reproduzam ou satisfaçam certas exigências da moral, embora de facto o tenham frequentemente feito”. Ante esta afirmação, explica que a rejeição ao Positivismo Jurídico ocorre porque “há certos princípios de conduta humana, que esperam a descoberta pela razão humana, com os quais o direito feito pelos homens se deve conformar para ser válido”³⁵. É esta justificativa que levará à análise desta forma de relacionar o direito e a moral.

Herbert Hart³⁶ traz em seu ensaio a sociologia descritiva³⁷ quando frisa que “a existência de um sistema jurídico é um fenômeno social”, em cuja realidade é preciso analisar as atitudes e comportamentos que “implicam na aceitação voluntária” e “mais simples envolvidos na pura obediência ou aquiescência”, reconhecendo, assim, o caráter sociológico da regra de reconhecimento.

Para o pensamento hartiano, a criação, manutenção e revogação das normas jurídicas surgem como regras sociais nos sistemas jurídicos democráticos, sujeitas à aceitação ou negação por parte dos indivíduos. Assim ratifica a ideia de Herbert Hart³⁸ apresentada a respeito de uma sociedade com direito, a qual “abrange os que encaram as suas regras de um ponto de vista interno, com padrões aceites de comportamento, e não com predições fidedignas do que as autoridades lhes irão fazer, se desobedecerem”.

Daí ser possível trazer à discussão a sua corrente inclusivista, pois, considerando um sistema de regras justo e fidedigno aos interesses de indivíduos que o aceitam, é possível manter a lealdade da maior parte dos que pertencem ao ambiente interno, para que não se converta em um sistema exclusivista, no qual predominam os interesses de um grupo dominante.

Embora não ignore o conceito restrito para fins de estudos, o desafio para Herbert Hart³⁹, em seu ensaio, é apresentar o conceito mais amplo de direito, que remete a um sistema de regras primárias e secundárias outrora descritas neste artigo, pois considera como direito “todas as regras que são válidas de harmonia com os testes formais de um sistema de regras primárias e secundárias, mesmo se algumas

34 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 202.

35 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 202.

36 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 217.

37 Segundo Lakatos, a sociologia descritiva “Investiga os fenômenos sociais no plano de sua manifestação concreta, procurando captar os elementos e os fatores sociais nas próprias condições reais em que eles operam”. LAKATOS, Eva Maria. Sociologia geral. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1990. p. 24. Disponível em: https://www.cairu.br/biblioteca/arquivos/cc_ead/sociologia_geral_lakatos_eva_maria.pdf. Acesso em: 11 jul. 2020.

38 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 217-218.

39 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 225-226.

delas ofenderem a própria moral de uma sociedade ou aquilo que podemos sustentar ser uma moral esclarecida ou verdadeira”.

Por ora, o conceito restrito de direito se resume à exclusão das “regras moralmente ofensivas”. Herbert Hart, defensor do Positivismo Jurídico, usa da argumentação para defender a separação entre direito e moral e sua relação com a validade jurídica, cujo critério não é moral. Para o autor, o sistema jurídico consiste em regras e regra de reconhecimento, que levam o Judiciário a aceitá-las e aplicá-las, conferindo-lhes validade.

2.2 A Teoria Construtivista de Ronald Dworkin

Em sua obra *Levando os direitos a sério* (1977), Ronald Myles Dworkin decidiu pela crítica ao positivismo jurídico defendido por Hart, reconhecendo o posicionamento refinado deste em razão de sua clareza e elegância ao fazer uma análise das suas concepções.

Ronald Dworkin considera importantes dois posicionamentos de Hart: a distinção entre regras primárias e secundárias e a análise geral das regras, o que leva a reconhecer que a visão de Hart acerca do positivismo é mais complexa que a de outros juristas.

Assim como Herbert Hart, Ronald Dworkin⁴⁰ suscitou questionamentos acerca dos conceitos de “direito” e “obrigação”. Analisou a visão dos nominalistas, para os quais esses conceitos “são mitos, inventados e mantidos pelos juristas em nome de uma sombria mistura de motivos conscientes e inconscientes”.

A definição de mito dos juristas nominalistas, em sua “teoria mecânica do direito”, é vista por Ronald Dworkin⁴¹ como infrutuosa, pois este acredita que “De fato, ao perguntarmos que é o direito e o que são as obrigações jurídicas, estamos pedindo uma teoria sobre como utilizar esses conceitos e sobre os compromissos conceituais que o seu uso implica”, pois os considera enraizados na estrutura das práticas políticas e não narrativas no campo da simbologia e imaginação.

Ao examinar o positivismo jurídico, Ronald Dworkin⁴² acredita que “O positivismo possui como esqueleto algumas poucas proposições centrais e organizadoras”.

Para a sua compreensão, o autor entende que tais proposições expõem uma posição geral, a saber: a) o direito de uma comunidade é um conjunto de regras utilizado para punir ou coagir um comportamento pelo poder público; b) há coextensão entre o conjunto de regras e o direito; c) a obrigação jurídica positiva ou negativa está relacionada à existência de uma regra jurídica válida. Nota-se que as proposições centrais e organizadoras que dão forma ao esqueleto do positivismo idealizado por Ronald Dworkin dizem respeito às regras, ao direito e à obrigação jurídica.

No tocante às regras, estas podem ser identificadas ou distinguidas com a

40 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 25 (Justiça e direito)

41 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 25-26 (Justiça e direito)

42 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 27 (Justiça e direito)

adoção de testes, que o autor denomina de “testes de pedigree”, para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas incertas e, até mesmo, de outras regras sociais.

A coextensão do conjunto de regras com o direito diz respeito à necessária conformação da cobertura de uma regra sobre determinada conduta, para que haja a aplicação do direito pela autoridade pública (juiz), caso contrário, esta autoridade não poderá decidir o caso por meio da aplicação do direito e, sim, por meio do seu discernimento pessoal, “o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente”⁴³.

Paralelo a esta coextensão da regra com o direito está a obrigação jurídica. Para o autor⁴⁴, “Dizer que alguém tem uma ‘obrigação jurídica’ é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa”. Afirma, pois, que não havendo regra jurídica válida, não haverá obrigação jurídica.

Ao analisar o conceito de direito difundido por Herbert Hart, para quem as comunidades primitivas possuem apenas regras primárias, que são obrigatórias em razão de conduta que denota aceitação, Ronald Dworkin⁴⁵ assevera que essas comunidades não possuem direito, “pois, nesse caso, não há maneira de distinguir um conjunto de regras jurídicas de outras regras sociais, como exige o primeiro princípio do positivismo”, ou seja, o conhecimento científico como forma de conhecimento válido.

O pensamento dworkiniano leva à assertiva de que o desenvolvimento de uma regra secundária por uma comunidade, que possibilite como identificar as regras jurídicas, resulta no surgimento de um conjunto específico de regras jurídicas válidas juntamente com a ideia de direito. É nestas circunstâncias que surge o conceito de validade na visão de Ronald Dworkin⁴⁶: “regras obrigatórias que tiverem sido criadas de acordo com uma maneira estipulada por alguma regra secundária são denominadas regras ‘válidas’”.

Ronald Dworkin⁴⁷ coaduna com Herbert Hart, que denomina a regra secundária fundamental de “regra de reconhecimento”, ao afirmar que “A regra de reconhecimento é a única regra em um sistema jurídico cuja obrigatoriedade depende de sua aceitação” e, para conhecê-la, faz-se necessário atentar para a conduta dos indivíduos e funcionários públicos no tocante à aceitação da validade de uma regra.

Na análise de Lênio Luiz Streck⁴⁸, na descrição do ordenamento jurídico Hart

43 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 28 (Justiça e direito)

44 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 28 (Justiça e direito)

45 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 33 (Justiça e direito)

46 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 33 (Justiça e direito)

47 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 34 (Justiça e direito)

48 STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição e ausência de uma teoria da decisão. Valparaíso/Chile, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI, p. 580, 2º semestre de 2013.

identifica “a existência de dois tipos distintos de regras (normas): as primárias e as secundárias” cuja compatibilização determina a validade do direito; para Ronald Dworkin, há uma única regra denominada de “regra secundária fundamental” – que rompe com a necessidade de demonstração da validade e se baseia em critérios de aceitação para determinação de seu fundamento: trata-se da chamada regra de reconhecimento”.

Ronald Dworkin foca em Herbert Hart para atacar o positivismo ao tratar da forma como os juristas pensam sobre direitos e obrigações jurídicas no contexto de casos considerados difíceis (hard cases). Para o autor⁴⁹, neste contexto, os juristas buscam padrões, como os princípios, as políticas e outros tipos de padrões, “que não funcionam como regras, mas operam diferentemente”.

Para isso, argumenta o ataque ao positivismo no sentido de que “o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras”, padrões estes que Ronald Dworkin⁵⁰ denomina de princípios, políticas e outros tipos de padrões.

Por “política” entende ser um padrão que “estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”. Por “princípio” considera um padrão “porque é uma exigência de justiça e equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”⁵¹.

Continuando a sua crítica ao positivismo, Ronald Dworkin foca na distinção entre princípios e regras. Embora esses dois padrões apontem para decisões particulares referentes à obrigação jurídica em circunstâncias peculiares, a distinção está no direcionamento que oferecem à decisão.

Define o autor⁵² que “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”, as quais podem ser válidas ou não. Se válidas, são aceitas; não sendo válidas, não há por que falar em concorrer para uma decisão. Sua tese para aplicação das regras nessas circunstâncias se baseia no modo de funcionamento das regras, a qual, já preestabelecida, deve ser cumprida e, mesmo diante de possíveis exceções que lhes são peculiares, é imprescindível o seu enunciado juntamente com as exceções para o alcance de sua plenitude.

Ressalta Daniela R. Ikawa⁵³ que a regra aplicada às regras não se aplica aos princípios: “[...] a regra social não funciona para princípios, [...], a idéia de validade ou invalidade que acompanha a regra social de reconhecimento não é, segundo Dworkin, aplicável a princípios, pois enquanto aquela perfaz uma idéia categórica, de tudo-ou-nada, os princípios portam peso.”

49 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36 (Justiça e direito)

50 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36 (Justiça e direito)

51 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36 (Justiça e direito)

52 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39 (Justiça e direito)

53 IKAWA, Daniela R. Hart, Dworkin e discricionariedade. São Paulo, Lua Nova: revista de cultura e política, n. 61, 2004. p. 110.

A teoria dworkiniana defende que não há uma interdependência entre a regra de reconhecimento e os princípios, devendo ser abortada a teoria positivista tendo em vista a existência dos princípios.

Para Ronald Dworkin⁵⁴, o intercruzamento entre duas regras propicia a invalidade de uma para que a outra seja adotada, ou seja, “uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior”. Por outro lado, o intercruzamento de dois princípios leva à sua ponderação, considerando que “aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um”. O autor⁵⁵ ressalta que a possibilidade de não ponderação das regras se dá por estas não possuírem as dimensões “peso” e “importância” que integram os princípios.

Há a possibilidade de ponderá-las, adotando técnicas que conduzem à escolha de uma regra em detrimento de outra na aplicação do direito, pois “Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes”⁵⁶.

Assim considera o autor⁵⁷ que, diante de um conflito, a técnica de escolher uma regra em detrimento de outra se faz “recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras”, inclusive ser sustentada por princípios.

Nesse diapasão, Willis Santiago Guerra Filho⁵⁸ destaca que, diante de um conflito de regras, resolve-se pela invalidade de uma delas, enquanto a possibilidade de colisão entre princípios resulta em privilegiar um princípio, mas não detrair o outro. Ademais, ressalta que, na possibilidade de colisão entre regra e princípio, este prevalece.

Ronald Dworkin considera que regras e princípios são padrões que podem desempenhar papéis semelhantes. A diferença pode estar na sua forma e direcionamento que dá à decisão.

Contrário ao argumento defendido pelos positivistas de que os princípios, embora obrigatórios, não preceituam um resultado particular, Ronald Dworkin⁵⁹ ressalta que “quando se obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada. Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva”.

Por ora, não há se falar em princípios sem fazer menção a casos difíceis (hard cases) que, na contemporaneidade, têm demandado o Judiciário para solução de conflitos políticos, sociais ou ambientais.

Ronald Dworkin⁶⁰ é defensor de que, nestes casos, “os princípios desempenham

54 DWORNIK, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42-43 (Justiça e direito)

55 DWORNIK, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 43 (Justiça e direito)

56 DWORNIK, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 43 (Justiça e direito)

57 DWORNIK, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 43 (Justiça e direito)

58 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Por uma teoria fundamental da Constituição: enfoque fenomenológico. 2011. p. 7. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/131006d.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2020.

59 DWORNIK, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 57 (Justiça e direito)

60 DWORNIK, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 46 (Justiça e direito)

um papel fundamental nos argumentos que sustentam as decisões a respeito de direito e obrigações jurídicos particulares”. O seu argumento configura um raciocínio lógico dedutivo, no sentido de que não existe regra antes de prolatar uma decisão no caso concreto; o juiz utiliza os princípios para motivar a adoção e aplicação de uma nova regra, conseqüentemente, concedendo uma nova interpretação da lei.

Assim como os princípios fundamentam os argumentos que sustentam as decisões, também o é nas obrigações jurídicas. Ronald Dworkin⁶¹ orienta que juízes, na tomada de decisões sobre obrigações jurídicas, devem considerar que “podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei”, assim como “podemos negar que tais princípios possam ser obrigatórios no mesmo sentido que algumas regras o são”.

Nota-se que o autor reflete sobre o exercício da discricionariedade do juiz ao motivar suas decisões em regras e princípios, reconhecendo a sua obrigatoriedade ou não na aplicação do direito.

No entanto, Ronald Dworkin⁶² adverte para as conseqüências dessas escolhas no âmbito das obrigações jurídicas no tocante à escolha da abordagem certa das regras, a fim de saber qual abordagem - “aceitar” ou “adotar” - retrata um modo mais preciso da situação social. O autor opta pela seguinte abordagem: “se os juízes simplesmente ‘adotam a regra’ de não reconhecer como válidos certos contratos, então não podemos dizer, antes da decisão ocorrer, que alguém ‘tem direito’ a esse resultado”. Esta abordagem não pode servir de motivação para uma decisão judicial.

Paralelo a estas abordagens das regras há o embate aos princípios com base em duas alternativas: “a primeira alternativa trata os princípios como obrigatórios para os juízes, de tal modo que eles incorrem em erro ao não aplicá-los quando pertinente” e a “segunda alternativa trata os princípios como resumos daquilo que os juízes, na sua maioria, ‘adotam como princípios’ de ação, quando forçados a ir além dos padrões aos quais estão vinculados”⁶³. Ronald Dworkin levanta a questão para o caso de a escolha entre essas abordagens, no julgamento de casos difíceis (hard cases), atingir ou determinar se o juiz está aplicando direitos e obrigações jurídicos preexistentes.

Na primeira abordagem, considera que “como esses juízes estão aplicando padrões jurídicos obrigatórios, estão também aplicando direitos e obrigações jurídicos” e, na segunda abordagem, a escolha configura “um ato de poder discricionário do juiz”⁶⁴

A respeito do poder discricionário do juiz, em seguida será apresentado o posicionamento do positivismo discricionarista de Herbert Hart acerca da criação de uma nova norma, quando o juiz, em um caso concreto, estiver diante de uma

61 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 46-47 (Justiça e direito)

62 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 48 (Justiça e direito)

63 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 48-49 (Justiça e direito)

64 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 49 (Justiça e direito)

regra que não se mostra clara. Outrossim, discorrerá a teoria defendida por Ronald Dworkin sobre o poder discricionário na tomada de decisões baseadas em padrões estabelecidos por uma autoridade para escolher uma entre várias alternativas.

2.3 O Diálogo Entre Herbert Hart e Ronald Dworkin Acerca do Poder Discricionário

A discricionariedade do juiz está no centro das teorias defendidas por Herbert Hart (teoria inclusivista) e Ronald Dworkin (teoria construtivista), fundamentada na distinção entre princípios e regras no tocante à integralidade ou não das leis e à existência de regras sociais e regras de reconhecimento.

Herbert Hart⁶⁵ se coloca como um positivista moderado e reconhece que as leis exigem interpretação para aplicação no caso concreto, tendo em vista a “textura aberta do direito”, para quem significa “áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso”.

No exercício de interpretação das leis, a escolha dos juízes “é guiada muito frequentemente pela consideração de que a finalidade das regras que estão a interpretar é razoável, de tal forma que não se pretende com as regras criar injustiças ou ofender princípios morais assentes”⁶⁶, principalmente nos casos de aspectos constitucionais, nos quais envolvem valores morais e não apenas um único princípio moral sobressalente.

Para Roberto Bueno⁶⁷, na visão de Herbert Hart, o juiz, no exercício do poder discricionário, só deve interferir para dar significado à norma, tendo em vista a sua textura aberta. “O que Hart denomina poder discricionário do intérprete e aplicador do direito intervém quando se faz necessário determinar o significado da norma jurídica que se encontre marcado em sua contribuição pela textura aberta (open texture).”

Na teoria dworkiniana, o conceito de poder discricionário é relativo e a resposta é dada pelo contexto em geral, ou seja, “quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade”⁶⁸.

É mister trazer à reflexão o questionamento acerca dos limites da interpretação de Lênio Luiz Streck⁶⁹, que apresenta duas posturas para “alçar a necessidade desse controle à categoria de princípio basilar da hermenêutica jurídica”. Primeiramente, discorre sobre “a rejeição da negligência do positivismo ‘legalista’ para com o papel

65 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 148.

66 HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 220.

67 BUENO, Roberto. Hart e o positivismo jurídico. Em torno à hermenêutica e a textura aberta da linguagem do direito. Brasília, Revista de Informação Legislativa, v. 47, n. 186, p. 285, abr./jun. 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198686>. Acesso em: 20 jul. 2020.

68 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 50 (Justiça e direito)

69 STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição e ausência de uma teoria da decisão. Valparaíso/Chile, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI, p. 594-595, 2º semestre de 2013.

do juiz” e “a ‘descoberta’ das diversas correntes realistas e pragmatistas que se coloca(ram) como antítese ao exegetismo das primeiras”⁷⁰.

Para o autor⁷¹, a contraposição nessas posturas está ultrapassada, se relacionada ao surgimento de várias teses que “construíram um modelo interpretativo calcado em procedimentos, cuja função é(ra) descobrir os valores presentes (implícita ou explicitamente) no novo direito, agora ‘evado de princípios e com textura aberta’”.

Diferentemente da postura positivista, as posturas subjetivistas “redundaram em um fortalecimento do protagonismo judicial”, segundo Lênio Luiz Streck⁷², para quem fragiliza o papel da doutrina diante da reprodução das decisões dos tribunais, inclusive nos aspectos conceituais e, conseqüentemente, sacrificando os fatos e esquecendo o mundo prático a partir da “jurisprudência dos conceitos”.

Retomando a reflexão sobre divergência e convergência entre Hart e Dworkin acerca da discricionariedade ou não dos juízes nos casos difíceis (hard cases), importa apresentar três acepções para o emprego do termo discricionariedade, sendo duas em sentido fraco e uma em sentido forte na visão de Ronald Dworkin.

Considera o autor que as duas primeiras acepções para a utilização do termo discricionariedade se encaixam em um sentido fraco, a saber: “[...], por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar”; a segunda “[...] algum funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário”⁷³.

Ambos os juristas se convergem na ideia de que estas duas escolhas perfazem uma discricionariedade em sentido fraco. Ronald Dworkin⁷⁴ assim os define para distinguir do sentido mais forte porque o uso da expressão “poder discricionário”, às vezes, se dá “para dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão”.

O autor⁷⁵ esclarece que, embora o funcionário (juiz) recorra a padrões de bom senso e equidade, “a sua decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade particular que temos em mente quando colocamos a questão do poder discricionário”. É baseado nesta liberdade para o ato decisório que o jurista fala em “sentido forte do poder discricionário”⁷⁶. Ressalta, ainda, que o detentor de poder discricionário em um sentido forte pode ser criticado, mas não por desobediência, ou ter um erro apontado, mas não por excluir alguém do direito a uma decisão.

70 STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição e ausência de uma teoria da decisão. Valparaíso/Chile, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI, p. 594, 2º semestre de 2013.

71 STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição e ausência de uma teoria da decisão. Valparaíso/Chile, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI, p. 594-595, 2º semestre de 2013.

72 STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição e ausência de uma teoria da decisão. Valparaíso/Chile, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI, p. 595, 2º semestre de 2013.

73 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 51 (Justiça e direito)

74 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 52 (Justiça e direito)

75 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 53 (Justiça e direito)

76 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 54 (Justiça e direito)

Dito isto, Ronald Dworkin parte para analisar a doutrina positivista hartiana do poder discricionário, a qual afirma que não há poder discricionário diante de uma regra clara e disponível, e, com isso, testar a sua relação com os princípios que o jurista defende em sua teoria construtivista. Para os positivistas, o poder discricionário está relacionado à existência de regras válidas, diferentemente dos nominalistas que “argumentam que os juízes sempre possuem poder discricionário, mesmo quando o que está em pauta é uma regra clara, pois os juízes são, em última análise, os árbitros definitivos da lei”⁷⁷.

Em sua análise sobre o argumento de Hart a respeito do poder discricionário, Ronald Dworkin⁷⁸ chega à conclusão de que, no contexto em que o poder discricionário dos juízes está em jogo, não há se falar em vínculo a padrões, mas, sim, os padrões que os juízes “tipicamente empregam”. Nesse sentido, Ronald Dworkin compreende o pensamento de Herbert Hart no sentido de que “quando os juízes possuem poder discricionário, os princípios que eles citam devem ser tratados de acordo com a nossa segunda alternativa, como aquilo que os tribunais ‘têm por princípio’ fazer”.

Nisto Ronald Dworkin⁷⁹ vê convergência com o pensamento hartiano em relação aos princípios, que os trata como resumos do que os juízes adotam como princípio de ação, “para dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão”.

Destaque para a importância devida aos princípios jurídicos fundamentais, na percepção de Willis Santiago Guerra Filho⁸⁰, quando, na necessidade de tratar uma ocorrência em consonância com o Direito vigente diante da inexistência de regra que a discipline, o autor explicita a necessidade de um desdobramento maior de aplicação dos princípios do que das regras: “A aplicação desses princípios, contudo, envolve um esforço muito maior do que a aplicação de regras, onde uma vez verificada a identidade do fato ocorrido com aquele previsto por alguma delas, não resta mais o que fazer, para se saber o tratamento que lhe é dispensado pelo direito.”

Ronald Dworkin⁸¹ pressupõe que, em dado momento, os positivistas conseguem enxergar a sua doutrina no sentido forte de poder discricionário. Percebe vantagem nisto para analisar os princípios em uma reestruturação da segunda alternativa, em que o juiz, no exercício do poder discricionário, não se vincula a padrões jurídicos previamente propostos por lei quando as regras à sua disposição se esgotam, ou seja, “os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes”.

Diante dessa desvinculação dos juízes a padrões jurídicos previamente propostos por lei para aplicar as regras, Ronald Dworkin questiona acerca de quando

77 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 54 (Justiça e direito)

78 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 55 (Justiça e direito)

79 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 52 (Justiça e direito)

80 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Por uma teoria fundamental da Constituição: enfoque fenomenológico. 2011. p. 17. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/131006d.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2020.

81 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 55 (Justiça e direito)

ocorre a permissão para um juiz modificar uma regra de direito vigente. Ressaltando a sua doutrina construtivista fundamentada nos princípios, estes não poderiam ser excluídos da resposta ao seu questionamento. Na sua compreensão, há dois critérios para justificar a mudança de uma regra de direito vigente.

Primeiramente há necessidade de o juiz considerar que a modificação de uma regra de direito favorecerá um princípio, embora considere que “não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo”⁸². Em segundo, diante da mudança de uma doutrina existente, há a necessidade de “levar em consideração alguns padrões que se opõem ao abandono da doutrina estabelecida; esses padrões são, na sua maior parte, princípios”⁸³.

Esses padrões consistem na doutrina da “supremacia do Poder Legislativo”, tendo em vista a deferência do Judiciário limitada pelos atos do Poder Legislativo; também na doutrina do precedente baseada na equidade e na eficiência com vistas à segurança jurídica.

Em se tratando de discricionariedade judicial, Ronald Dworkin⁸⁴ conclui a sua doutrina afirmando que “se um jurista pensa o direito como um sistema de regras e ainda assim reconhece, como deve, que os juízes mudam regras antigas e introduzem novas, ele chegará naturalmente à teoria do poder discricionário judicial no sentido forte do termo”.

3 A Atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) em Tempos de Coronavírus

No Sistema Judiciário Brasileiro, o STF é a última instância do processo decisório, a quem compete zelar pela Constituição Federal, bem como processar e julgar, originariamente, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), dentre outras ações, conforme dispõe o art. 102, inciso I e respectivas alíneas, da Constituição Federal/1988. Como guardião da Lei Fundamental, sua função consiste em limitar e regular a atuação do poder público, assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, o que, muitas vezes, confunde com uma atuação de legislador negativo quando não exerce a autocontenção judicial no cumprimento de sua função contramajoritária.

Sua atuação tem se destacado no contexto atual em meio à crise que se instalou com a pandemia causada pelo coronavírus, reconhecida pelas autoridades públicas a partir da Portaria nº 188/2020, que declara emergência em saúde pública de importância nacional, e da Lei nº 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional. Considerando o estado de exceção em que se encontra a sociedade brasileira em razão da calamidade pública instalada no país, vários atos administrativos e normas que se sucederam nas esferas federal, estadual e municipal têm levado as autoridades públicas a imporem restrições a direitos fundamentais individuais em

82 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 60 (Justiça e direito)

83 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 60 (Justiça e direito)

84 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 62 (Justiça e direito)

prol da coletividade.

Este estudo se limita à análise sobre a competência para legislar em tempo de pandemia e as restrições de direitos fundamentais questionadas na ADI 6.341 proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) perante o STF, que argui a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 926/2020 e, por arrastamento, o Decreto nº 10.282/2020, que altera e regulamenta, respectivamente, a Lei nº 13.979/2020, dispendo sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, motivo pelo qual tem suscitado questionamentos acerca da sua constitucionalidade. Outrossim, este artigo propõe uma abordagem, à luz das teorias defendidas pelos filósofos Carl Schmitt, Herbert Hart e Ronald Dworkin, sobre a decisão monocrática proferida em medida cautelar na referida ação genérica de natureza objetiva e referendada pelo Tribunal Pleno daquela Casa.

3.1 ADI 6.341: Uma Abordagem à Luz de Carl Schmitt, Herbert Hart e Ronald Dworkin

Proposta pelo PDT, com fulcro no art. 102, I, a, da Constituição Federal, a ADI 6.341 tem como objetivo impugnar o art. 3º, caput, I, II e VI, §§ 8º, 9º, 10 e 11, da Medida Provisória nº 926/2020 e, por arrastamento, o Decreto nº 10.282/2020.

Parametrizado na Constituição Federal, o legitimado questiona a inconstitucionalidade formal pelo fato de Medida Provisória dispor sobre matéria reservada à Lei Complementar, assim como a inconstitucionalidade material por ofensa à autonomia federativa preceituada no art. 18 e subtração da competência administrativa comum dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disposta nos arts. 23, II, 198, I e 200, II, ambos do texto constitucional, demonstrando, nos autos, a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano (*periculum in mora*) com vistas à concessão de medida cautelar.

Em decisão cautelar referendada pelo Tribunal Pleno⁸⁵, o Ministro Marco Aurélio aferiu a pertinência ou não da suspensão da eficácia dos dispositivos que o PDT teve por objetivo impugná-los. Destacou a finalidade da MP nº 926/2020 para mitigar a crise voltada à coletividade, por se tratar de saúde pública, direito fundamental previsto na norma constitucional de competência administrativa comum (art. 23, II) e concorrente para legislar (art. 24, XII) entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Invocou, pois, a norma constitucional para reafirmar a competência concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios para edição de normas e atos administrativos relacionados ao direito de liberdade de ir e vir sopesado como direito à saúde, ambos de interesse de todos os cidadãos.⁸⁶

Tal decisão remete à percepção de Carl Schmitt, que vê a Constituição com uma das instituições de uma sociedade, considerando-a análoga à decisão soberana, ao

85 Plenário, 15.04.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

86 ADI 6.341, Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 24/03/2020, Processo Eletrônico DJe-072. Divulgado em 25/03/2020. Publicado em 26/03/2020. <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 9 ago. 2020.

afirmar que “enquanto o poder soberano é o poder dos poderes, a norma fundamental é a norma das normas”, conforme destaca Ronaldo Porto Macedo Júnior⁸⁷.

Em se tratando de competência, segundo o slogan schmittiano, “soberano é quem decide sobre o Estado de exceção”. Nesta senda, resta claro, para Gustavo Binimbojm, o ceticismo de Schmitt quanto à capacidade dos sistemas jurídicos para determinar conteúdos e procedimentos em um estado de exceção. “Os sistemas jurídicos seriam incapazes de especificar tanto o conteúdo como o procedimento dos atos estatais suscetíveis de serem adotados em situações emergenciais, pois um e outro poderiam ser facilmente descartados face à premência de ações imprevisíveis exigidas pelas circunstâncias excepcionais”⁸⁸.

Porém, no caso específico da ADI 6.341, que reafirma as várias competências para legislar sobre proteção e defesa da saúde, com base na percepção de Carl Schmitt referente ao novo modelo “decisionismo institucionalista” ou “pensamento da ordem concreta”, “o fundamento do direito e da soberania não é mais a decisão soberana de um poder político superior, mas sim está baseado nas instituições, as quais, por sua vez, remetem à uma instituição das instituições”. Ressalta, pois, que tal instituição “que não é mais necessariamente o Estado, mas pode ser o Estado, o Movimento e o Povo”⁸⁹.

Assim, ante os inúmeros atos e normas editados nas esferas federal, estadual e municipal, no intuito de mitigar os efeitos da crise causada pela COVID-19, a decisão em sede cautelar do STF traz segurança jurídica ao reafirmar a competência concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios para atos relacionados à saúde pública prevista no art. 24, XII, da Constituição Federal.

Retornando à reflexão sobre a finalidade da supracitada Medida Provisória destacada pelo Ministro Marco Aurélio, no referido processo decisório, e que leva a refletir sobre a necessidade de sopesamento de bens jurídicos protegidos constitucionalmente.

A tensão jurídico-política que emergiu neste contexto e justificou a proposição da ADI 6.341 (dentre outras ações) é motivo para reflexão sobre a restrição de direitos fundamentais com vistas ao bem estar da coletividade. Conforme Jane Reis Gonçalves Pereira⁹⁰, “as restrições de direitos fundamentais são normas que estabelecem privações ou supressões de certas formas de exercício dos direitos que, partindo-se de uma interpretação ampliativa, estariam compreendidas no âmbito de proteção dos preceitos constitucionais que os consagram.”

É certo que uma lei específica, como a Lei nº 13.979/2020, que estabelece

87 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. O decisionismo jurídico de Carl Schmitt. São Paulo, Lua Nova, n. 32, p. 207, abr. 1994. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000100011&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 25 jul. 2020.

88 BINENBOJIM, Gustavo. Pandemia, poder de polícia e Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 3 n. 1, p. 1, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br:4432/editorial?e=v-3-n-1-2020>. Acesso em: 23 ago. 2020.

89 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. O decisionismo jurídico de Carl Schmitt. São Paulo, Lua Nova, n. 32, p. 208, abr. 1994. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000100011&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 25 jul. 2020.

90 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 234.

limite temporal para a sua vigência (art. 1º, §§ 2º e 3º), produz efeitos específicos que nem sempre atendem aos anseios de toda a sociedade, principalmente por se tratar da restringibilidade de direitos fundamentais, que são estruturados sob a forma de princípios e regras. Segundo Jane Reis Gonçalves Pereira⁹¹, “as normas de direito fundamental estruturam-se sob a forma de princípios e regras”, trazendo um posicionamento - assim como distingue a autora - “sobre a possibilidade de estes serem objeto de restrições, sobre os métodos hermenêuticos a serem empregados para determinar sua esfera de proteção e sobre o papel que os Tribunais desempenham ao interpretar a Constituição”.

No Estado Democrático de Direito, um compromisso básico de harmonia de interesses nas esferas pública (Estado), privada (indivíduo) e coletiva (grupos) se torna necessário para a consecução dos objetivos da coletividade. Não o é diferente no contexto de estado de exceção pelo qual passa a sociedade brasileira em tempos de pandemia.

Assim ressalta Willis Santiago Guerra Filho⁹² naquilo que considera sujeitos coletivos como um segmento intermediário das esferas fundamentais pública e individual, considerando que “Hoje entidades coletivas demandam igualmente um disciplinamento de sua atividade política e econômica, de modo a que possam satisfazer o interesse coletivo que as anima, compatibilizando-o com interesses de natureza individual e pública, com base em um ‘princípio de proporcionalidade’”.

Para Jane Reis Gonçalves Pereira⁹³, dois aspectos conjugados possibilitam a colisão entre os direitos fundamentais e a consequente restrição em sua aplicação: a “universalidade” e o “conjunto”. O primeiro, por serem atribuídos a todas as pessoas, e o segundo, pela sua inserção em um “ordenamento complexo e plural”. A probabilidade de colisão se deve à impossibilidade de fruição simultânea sem uma ordem que viabilize a sua coexistência, assim como o fato de a Constituição prever um conjunto de direitos, a incidência de um ou outro direito fundamental precisa ser coordenado com os demais.

Em uma situação extrema de conflito entre bens jurídicos universais que impõem sua coordenação com outros bens protegidos constitucionalmente, em especial o direito à liberdade de locomoção e o direito de proteção à saúde, objetos presentes no cerne da ADI 6.341, o princípio da proporcionalidade é o meio adequado para relativizar princípios diante de uma colisão entre si, na medida em que privilegia um, mas não descarta o outro no caso concreto. É fundamental ponderar os bens jurídicos envolvidos, não se eximindo de levar em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana.

Vale ressaltar que a Carta Magna objetiva evitar conflitos entre suas normas em razão, também, do princípio da unidade da Constituição. Embora a norma

91 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 127.

92 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Por uma teoria fundamental da Constituição: enfoque fenomenológico. 2011. p. 20. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/131006d.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2020.

93 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 173.

constitucional não preveja o sopesamento dos bens jurídicos na possibilidade de um conflito, permite ao legislador e ao Judiciário promover a sua restrição, respeitando os requisitos formais e materiais exigidos.

Ronald Dworkin⁹⁴ argumenta sobre o direito às liberdades no sentido de igualdade ao afirmar que o governo deve tratar as pessoas “com igual consideração e igual respeito”, ou seja, “um governo que respeita a concepção liberal de igualdade somente pode restringir a liberdade, de maneira adequada, com base em certos tipos muito limitados de justificação”.

Mesmo diante de restrições do direito de ir e vir, o Estado pode e tem o dever de promover o bem estar da sociedade amparado em uma ponderação de todos os direitos que estão em jogo. No caso da pandemia provocada pelo coronavírus, tal juízo ponderativo se deve em razão de o direito à proteção da saúde coletiva também estar em jogo, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana. Conforme Jane Reis Gonçalves Pereira⁹⁵, “tanto a liberdade negativa como os outros direitos fundamentais são exigências da dignidade humana, que devem ser considerados conjuntamente nas diversas manifestações do poder estatal”.

Em uma análise sobre em quais circunstâncias surgem os deveres e as obrigações em uma comunidade, Ronald Dworkin⁹⁶ tem uma percepção acerca da resposta de Hart: “Os deveres existem quando existem as regras sociais que estabelecem tais deveres. Essas regras sociais existem se as condições para a prática de tais regras estão satisfeitas. Tais condições para a prática estão satisfeitas quando os membros de uma comunidade comportam-se de determinada maneira; esse comportamento constitui uma regra social e impõe um dever.” Herbert Hart defende uma vinculação entre a existência de uma regra social e a obrigação, as quais devem ser compreendidas por toda a comunidade, se as condições para a sua prática forem consideradas satisfeitas.

A chegada da COVID-19 impôs regras à sociedade com o fito de mitigar os seus efeitos no âmbito da saúde pública, motivo pelo qual, paralelo aos direitos fundamentais alvo de restrições, a sociedade se vê, também, diante de deveres vinculados a regras sociais que exigem o confinamento, a quarentena, a locomoção dos indivíduos neste momento de crise.

A exigência desse comportamento constitui regras sociais, impondo deveres com a finalidade de combater a doença, possibilitando à sociedade voltar ao “normal” ou “novo normal”. A reafirmação da competência concorrente para edição de atos administrativos e normas para combater e mitigar os efeitos da pandemia efetiva o poder de polícia administrativa para garantir o cumprimento de deveres no combate ao coronavírus, remetendo às regras primárias difundidas por Hart.

Com base na concepção deste filósofo, a obediência por parte da maioria dos indivíduos de uma sociedade às ameaças de pessoas ou governantes configura regra

94 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 419;421 (Justiça e direito)

95 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 213.

96 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 79-80 (Justiça e direito)

de reconhecimento e sua validade jurídica, condição para a existência do direito. Em sua crítica ao positivismo jurídico de Herbert Hart, Ronald Dworkin considera equívoca a concepção hartiana de que o ordenamento jurídico é apenas um conjunto de regras que não se colidem, pois defende que tanto as regras quanto os princípios detêm função normativa.

O STF fundamentou a decisão liminar em sede da ADI 6.341 na força normativa da Constituição, para reafirmar a competência concorrente dos entes federados no exercício de legislar a respeito de proteção à saúde. Não há o que ponderar esta regra presente no ordenamento jurídico válido, cabendo de prontidão o seu cumprimento.

Quanto aos direitos fundamentais alcançados pelos atos e normas editados pela Administração Pública no período de pandemia, é imprescindível a ponderação dos princípios que os envolvem, levando em conta o estado de exceção e a aproximação entre o direito e a moral defendidos por Ronald Dworkin e separados por Herbert Hart.

Na atuação dos Poderes Judiciário e Legislativo, a fim de fundamentar a atuação do Poder Executivo na edição de normas e atos administrativos para o combate da COVID-19, percebe-se a marca do pensamento jurídico contemporâneo presente na concepção de Dworkin, que repousa “na ênfase dada ao emprego de princípios jurídicos, positivados no ordenamento jurídico, quer explicitamente – em geral, na constituição, quer através de normas onde se manifestam de forma implícita, quando do tratamento dos problemas jurídicos”, conforme ressalta Willis Santiago Guerra Filho⁹⁷.

4 Considerações Finais

A pandemia causada pela COVID-19 impôs ao Brasil e ao mundo a adoção de medidas restritivas de liberdade individual em prol do bem estar da coletividade, a fim de mitigar os seus efeitos sobre questões sociais, econômicas e, principalmente, de saúde pública. No Brasil, normas e atos administrativos foram editados por União, Estados, Distrito Federal e Municípios, visando conter o contágio em massa pelo coronavírus e suas consequências para a população em geral e o sistema de saúde, ainda que a população fosse alcançada pela restrição de direitos fundamentais individuais para garantia de bens jurídicos protegidos constitucionalmente.

Provocado a se manifestar em relação à inconstitucionalidade de dispositivos objetos de impugnação da MP nº 926/2020, o STF, guardião da Constituição e última instância do sistema judiciário brasileiro, reafirmou a competência administrativa comum e a competência legislativa concorrente dos entes federados no tocante à adoção de medidas de proteção da saúde coletiva, configurando uma democratização da decisão. Tal reafirmação remete às regras primárias difundidas por Hart.

A realização desta pesquisa permitiu verificar que a ratificação do STF, em sua decisão liminar no julgamento da ADI 6.341, revela-nos que há um poder-dever da

97 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Por uma teoria fundamental da Constituição: enfoque fenomenológico. 2011. p. 8. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/131006d.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2020.

União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, para adotar medidas de combate ao coronavírus, visando à concretização de políticas públicas no estado de exceção em que se encontra a população brasileira, tendo em vista a calamidade pública instalada pela COVID-19.

Nota-se que a decisão do STF, fundamentada na norma constitucional, reflete a percepção de Carl Schmitt de que a Constituição é uma das instituições da sociedade. Enquanto norma das normas, a ela se remetem as demais instituições, as quais são o fundamento do direito e da soberania. Em se tratando dos direitos que levaram à edição da MP nº 926/2020, é mister considerar que os direitos fundamentais são estruturados na forma de princípios e regras, os quais estão sujeitos a conflitos, portanto, devem ser ponderados no processo decisório judicial. Os direitos fundamentais à saúde e de liberdade de ir e vir, direitos presentes no cerne da ADI 6.341, colocam-se em uma situação de conflito. A colisão entre esses bens jurídicos protegidos constitucionalmente levou o STF a sopesá-los, conforme defendido por Dworkin, em atendimento aos princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

No estado de calamidade pública causado pela COVID-19, regras restritivas foram impostas à sociedade. No intuito de assegurar direitos fundamentais, a sociedade se vê diante do cumprimento de obrigações ligadas às novas regras sociais para combater o coronavírus, confirmando a vinculação entre a regra social e a obrigação difundida por Herbert Hart. Importante destacar que, para a concretização de políticas públicas e garantia de bens jurídicos constitucionalmente protegidos em um Estado Democrático de Direito, é salutar a democratização da decisão política, tanto no estado de exceção quanto no estado de normalidade.

Referências

BINENBOJM, Gustavo. Pandemia, poder de polícia e Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 3 n. 1, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br:4432/editorial?e=v-3-n-1-2020>. Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. Declara emergência em saúde pública de importância nacional (ESPIN) em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus (2019-nCoV). Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 15 ago. 2020.

_____. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979compilado.htm. Acesso em: 15 ago. 2020.

_____. Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde

pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm. Acesso em: 15 ago. 2020.

_____. Constituição Federal (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>

[ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 15 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341, Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 24/03/2020, Processo Eletrônico DJe-072. Divulgado em 25/03/2020. Publicado em 26/03/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 9 ago. 2020.

BUENO, Roberto. Hart e o positivismo jurídico. Em torno à hermenêutica e a textura aberta da linguagem do direito. Brasília, Revista de Informação Legislativa, v. 47, n. 186, p. 275-290, abr./jun. 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198686>. Acesso em: 20 jul. 2020.

CARNIO, Henrique Garbellini. Para uma crítica da forma jurídica. São Paulo, Revista de Direito Privado, v. 58, p. 11-25, abr./jun., 2014.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Justiça e direito)

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Por uma teoria fundamental da Constituição: enfoque fenomenológico. 2011. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/131006d.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2020.

HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

IKAWA, Daniela R. Hart, Dworkin e discricionariedade. São Paulo, Lua Nova: revista de cultura e política, n. 61, 2004.

LAKATOS, Eva Maria. Sociologia geral. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1990. Disponível em: https://www.cairu.br/biblioteca/arquivos/cc_ead/sociologia_geral_lakatos_eva

[_maria.pdf](#). Acesso em: 11 jul. 2020.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. O decisionismo jurídico de Carl Schmitt. São Paulo, Lua Nova, n. 32, p. 201-215, abr. 1994. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000100011&lng=pt

[&nrm=iso](#). Acesso em: 25 jul. 2020.

_____. Constituição, soberania e ditadura em Carl Schmitt. São Paulo, Lua Nova, n. 42, p. 119-144, 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pi

[d=S0102-64451997000300005&lng=en&nrm=iso](#). Acesso em: 04 ago. 2020.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PÉREZ TAPIAS, José Antonio. Entre o risco e o medo, a biopolítica em alta. Instituto Humanitas UNISINOS, 17 mar. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597147-entre-o-risco-eo-medo-a-biopolitica-em-alta>. Acesso em: 05 jul. 2020.

SCHMITT, Carl. Teologia política. Tradução de Elisete Antoniuk; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição e ausência de uma teoria da decisão. Valparaíso/Chile, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI, p. 577-601, 2º semestre de 2013.

Recebido em: 09.05.2021
Aprovado em: 23.06.2021

Centro Universitário Governador
Ozanam Coelho
Brasil
Universidad de Buenos Aires
Argentina

Volume 2, Número 1,
Ano 2
2021

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt

Corretagem imobiliária de loteamentos irregulares e clandestinos: das responsabilidades dos corretores de imóveis

*Real Estate Brokerage of irregular and clandestine
developments: the responsibilities of realtors*

Jéssica Aparecida Costa Paiva¹

Carlos Augusto Motta Murrer²

Sumário: 1. Introdução; 2. Responsabilidade civil extracontratual e as teorias subjetiva e objetiva; 3. Corretagem imobiliária no Código Civil de 2002; 4. Lei Federal 6.766/1979 e a implantação de loteamentos no Brasil; 5. Das responsabilidades dos corretores de imóveis; Considerações finais.

Resumo: O presente trabalho investiga a possibilidade de responsabilização civil extracontratual e criminal dos corretores de imóveis quando atuam nas vendas de unidades localizadas em loteamentos irregulares e clandestinos, tendo em vista a habitualidade da intermediação em meio às operações imobiliárias e às problemáticas acarretadas pelas disfuncionalidades desses loteamentos. Para tanto, foi adotado o método de pesquisa qualitativo, baseando-se na análise de doutrinas, diplomas legais e julgados que versam sobre o tema. Ao final demonstra-se que a responsabilidade civil do profissional é subjetiva e assentada no dever geral previsto no art. 723 do Código Civil de 2002. No que tange à seara penal, o profissional poderá incorrer em crime contra a Administração Pública previsto na Lei Federal 6.766/1979.

Palavras-chave: Loteamentos; Corretor de imóveis; Responsabilidade civil e criminal.

Abstract: This paper investigates the possibility of extra-contractual and criminal civil liability of real estate brokers when they sell units located in irregular and clandestine lots, in view of their habitual intermediation in real estate operations and the problems caused by the dysfuncionalities of these lots. To this end, qualitative research method was adopted, based on the analysis of doctrines, legal diplomas, and judgments that deal with the theme. In the end we demonstrate that the civil liability of the professional is subjective and based on the general obligation provided for in article 723 of the Civil Code of 2002. As far as the criminal aspect is concerned, the professional may incur in a crime against the Public Administration as provided for in Federal Law 6.766/1979.

Key-words: Allotment; Real Estate Agency; Civil and Criminal Responsibility.

1 Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Governador Ozanam Coelho-UNIFAGOC. E-mail: jessicapaiva28@gmail.com.

2 Advogado. Professor Universitário. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. Pós-graduado em Direito Ambiental pela PUC/MG. Mestrando em Direito Administrativo e Administração Pública pela Universidad de Buenos Aires. Professor de Direito Ambiental e Empresarial do UNIFAGOC. Foi professor de Direito Agrário, Ambiental e Empresarial da Universidade Federal de Viçosa. E-mail: carlos.murrer@gmail.com

1 Introdução

O súbito processo de urbanização ocorrido no Brasil no século passado, com a migração em larga escala da população rural para a zona urbana, promoveu o crescimento das cidades e desencadeou uma considerável demanda habitacional.

A procura por espaços para edificação, seja para materializar o sonho da casa própria, seja como fonte de investimento, fez os agentes integrantes do mercado imobiliário assumirem papéis de relevância na formação do espaço urbano.

Dentre os variados profissionais que compõem esse mercado e a diversidade de serviços que são oferecidos, a intermediação imobiliária realizada pelos corretores de imóveis se torna cada vez mais presente nos processos de compra, venda, permuta e locação de imóveis.

Não raras vezes é possível se deparar com anúncios vinculados em redes sociais, sites e prospectos publicitários, por meio dos quais corretores e imobiliárias divulgam e ofertam ao público oportunidades, em tese, imperdíveis, de aquisição de unidades em loteamentos recém implantados, com características e condições de pagamento atrativas.

O loteamento constitui modalidade da atividade de parcelamento do solo urbano e figura como instrumento de expansão das cidades, modificando as características da localidade onde será construído.

Dada a relevância desta atividade para o desenvolvimento urbano, territorial e social do município, aos empreendedores, cumpre observar as normas que disciplinam essa atividade, o que nem sempre ocorre de fato.

Inúmeros loteamentos no Brasil são implantados em desacordo com as determinações legais e aquém dos procedimentos obrigatórios. Como consequência, padecem de irregularidades jurídicas e técnicas que os dividem em clandestinos e irregulares cujos aspectos são prejudiciais para o meio ambiente, para a ordem urbanística, e, principalmente, para as pessoas que neles vierem a habitar.

Nesse sentido levantou-se a seguinte questão: os corretores de imóveis podem ser responsabilizados civil e criminalmente quando atuam como intermediários de vendas de unidades localizadas em loteamentos irregulares e clandestinos?

Por meio do problema de pesquisa apresentado o trabalho teve como objetivo geral verificar a responsabilidade civil e criminal dos corretores de imóveis quando atuam na intermediação de vendas de unidades localizadas em loteamentos irregulares e clandestinos.

Assim, para o desenvolvimento do objetivo geral, foram utilizados os seguintes objetivos específicos: abordar o instituto da responsabilidade civil, perpassando pelas teorias subjetiva e objetiva; discorrer acerca da corretagem imobiliária, expondo as suas particularidades, as normas que a regulamenta e as obrigações do profissional que a exerce; conceituar o que são loteamentos, loteamentos irregulares e loteamentos clandestinos; verificar o cabimento da responsabilidade civil e criminal do profissional.

Considerando que para ingresso na carreira com o devido registro, faz-se necessário a obtenção de título de Técnico em Transações Imobiliárias, o que

pressupõe a aptidão e o preparo para atuar nessas transações, o corretor de imóveis será responsabilizado quando for verificada a culpa lato sensu.

Para compreender a responsabilização do corretor utilizou-se o método de pesquisa qualitativo. Para a construção do referencial teórico, a técnica empregada foi a bibliográfica, com a utilização de doutrinas, revistas, artigos acadêmicos, periódicos e julgados que versam sobre o assunto.

2. Responsabilidade civil extracontratual e as teorias subjetiva e objetiva

À medida que as relações sociais se ampliam, a propensão à danos se eleva. Em razão desta condição, o instituto da responsabilidade civil surge como meio de reestabelecer o equilíbrio patrimonial e moral das relações frente à lesão experimentada, tendo por finalidade ressarcir o lesado, prevenir os danos e punir o seu causador.³

Ao violar uma norma jurídica preexistente cujo resultado seja o prejuízo a terceiros, imputa-se ao autor do ato, geralmente ilícito, a obrigação de repará-lo, submetendo-o aos efeitos de sua conduta.

O próprio instituto apresenta uma subdivisão de responsabilidade determinada pela natureza da norma jurídica infringida. Quando o dano sobrevém do inadimplemento de uma obrigação pactuada em um contrato, estar-se-á diante da responsabilidade civil contratual. Em contrapartida, sobrevivendo o dano pela violação da lei ou como bem explicita Tartuce, pela inobservância de “um preceito normativo que regula a vida”,⁴ estar-se-á diante da responsabilidade civil extracontratual.

A respeito da responsabilidade civil extracontratual, espécie que interessa à presente pesquisa, esta se consagra no princípio *neminem leadere*, de que a ninguém é dado causar prejuízo a outrem, ou seja, se funda no dever genérico de não causar dano,⁵ assentado no artigo 186 do Código Civil. Mencionado dispositivo define que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Além disso, o artigo 187 do mesmo diploma legal também considera como ato ilícito o exercício irregular do direito, assim dizendo, quando o seu exercício é realizado em desconformidade com o fim ao qual se propõe.

Dessa forma, prescreve o artigo 927 do Código Civil que ante ao dano causado pelo ato ilícito, cabe ao agente promover a sua reparação. No entanto, para que haja o dever de reparação faz-se necessário a verificação de seus pressupostos.

Para Tartuce, a doutrina não é uníssona no que diz respeito a esses pressupostos, uma vez que, há quem trate a culpa genérica como um dos elementos gerais do dever de indenizar, como há quem sustente que a culpa genérica se trata apenas de

3 NADER, Paulo. Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

4 TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 7.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p.512.

5 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 4: responsabilidade civil. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

um elemento accidental.⁶

Adeptos desta última corrente, Gagliano e Pamplona Filho argumentam que ao entender a culpa genérica como um pressuposto geral se estaria fugindo da noção de generalidade:

[...] a culpa (em sentido lato, abrangente do dolo) não é, em nosso entendimento, pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no Código Civil vigente, considerando a existência de outra espécie de responsabilidade, que prescinde deste elemento subjetivo para a sua configuração (a responsabilidade objetiva). Ora se nós pretendemos estabelecer os elementos básicos componentes da responsabilidade, não poderíamos inserir um pressuposto a que falte a nota de generalidade.⁷

Dessa forma, para os autores, os pressupostos gerais são apenas três: a conduta (comissiva ou omissiva), dano ou prejuízo e o nexo de causalidade.

Contudo, embora haja essa divergência doutrinária, o entendimento que prevalece é o que considera a culpa lato sensu como elemento geral da responsabilidade civil. Assim, tem-se a conduta humana, a culpa genérica, o nexo de causalidade e o dano.⁸

A conduta humana é compreendida como a ação ou a omissão que, violando cláusula contratual ou alguma norma, cause dano material ou moral a terceiros. No que diz respeito a configuração da omissão, é necessário demonstrar que existia um dever jurídico de ação e que caso o agente não tivesse sido omissivo, o dano poderia ter sido evitado.

Em ambas as condutas, o núcleo fundamental é a voluntariedade, a qual “não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim, e tão somente, a consciência daquilo que se está fazendo”.⁹ A ressalva que se faz é que, embora a regra seja a de responsabilização por ato próprio, o Código Civil prevê hipóteses de exceção.

No que se refere ao nexo de causalidade, este pode ser compreendido como o liame que liga a conduta do agente ao fato danoso, ou seja, é o elemento que vai relacionar a conduta ao dano suportado por alguém “[...] de tal modo que se possa afirmar ter havido o dano ‘porque’ o agente procedeu contra o direito”.¹⁰

No tocante à culpa genérica ou também denominada de lato sensu, há a abrangência do dolo e da culpa estrita, da qual fazem parte a negligência, a imprudência e a imperícia. O dolo é a vontade de prejudicar outrem, ou seja, o autor tem a intenção de provocar o dano. Traduz-se nas expressões “ação ou omissão voluntária” descritas no artigo 186 do Código Civil, sendo, portanto, “a violação deliberada, consciente, intencional do dever jurídico”.¹¹ Já na culpa em sentido estrito,

6 TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 7.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

7 GAGLIANO, Pablo Stolze.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de direito civil: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p.872.

8 TARTUCE, Flávio. op. cit.

9 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de direito civil: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 875..

10 PEREIRA, 1994, p.75 apud TARTUCE, 2016, p.513.

11 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 4: responsabilidade civil. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p.43.

há uma falta de cuidado por parte do agente que pratica a conduta sem, contudo, almejar o resultado danoso.

No tocante ao dano, este é caracterizado pelo resultado da conduta do agente e sem a sua configuração não há o dever de indenizar. O dano, de acordo com Tartuce pode ser dividido entre clássicos e contemporâneos. Os clássicos, são os de ordem patrimonial (emergentes e lucros cessante) e moral. Os contemporâneos são os estéticos, morais coletivos, sociais e pela perda de uma chance.¹²

Analisados os pressupostos da responsabilidade civil, passa-se agora a discorrer acerca das teorias da subjetiva e objetiva.

1.1. Responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva

Regra adotada pelo Código Civil de 2002, na responsabilidade civil subjetiva, para que haja a responsabilização, além da comprovação da conduta, do nexo de causalidade e do dano, é indispensável que se demonstre também que o agente tenha agido com culpa *stricto sensu* ou que tenha agido de maneira proposital.

Nader, ao explicar a culpa *stricto sensu* aponta que:

Por *negligência*, quando a atitude é de menoscabo, de incúria, de omissão. O agente deve, por exemplo, pôr óleo na máquina antes de colocá-la em funcionamento e se esquece da providência, provocando prejuízo a outrem. Na *imprudência*, não observa a cautela necessária, criando riscos, como na hipótese em que, por excesso de velocidade, provoca o capotamento do carro e danos corporais em seu acompanhante. Caracteriza-se a *imperícia* quando o dano decorre da inobservância de normas técnicas, como no caso em que o motorista provoca abalroamento por golpe errado de direção.¹³

Oportuno mencionar que a aferição da culpa *stricto sensu* e do dolo cabe ao lesado. Todavia, como em alguns casos a sua comprovação se torna difícil, a legislação previu hipóteses de responsabilização objetiva, situações em que não há necessidade de demonstração destes elementos.¹⁴

A teoria da Responsabilidade Objetiva oriunda do princípio de que “a vantagem está sempre relacionada ao ônus”,¹⁵ funda-se na ideia do risco e foi consagrada pelo parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002, o qual define:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Nesse sentido, o dever de reparação surge mesmo que a conduta esteja isenta

12 TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 7.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

13 NADER, Paulo. Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 139.

14 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 4: responsabilidade civil. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

15 NADER, Paulo. op. cit. p.145.

de culpa lato sensu, mesmo que seja uma conduta lícita. Assim, quando o exercício de alguma atividade, em benefício do responsável, criar um risco de dano para terceiros, bem como nas hipóteses legais, haverá o dever de reparação.

3. Corretagem imobiliária no Código Civil de 2002

Em 1962 foi editada a Lei Federal 4.116, primeira lei a regulamentar a atividade dos corretores de imóveis no Brasil. A normativa fixou os requisitos e as vedações para o desempenho da profissão e instituiu a criação do Conselho Federal dos Corretores de Imóveis (COFECI) e dos Conselhos Regionais (CRECI), responsáveis pela fiscalização do ofício.

No entanto, em 1976, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Passados dois anos, foi promulgada a Lei Federal 6.530/1978, que deu nova regulamentação a profissão de corretor de imóveis e disciplinou o funcionamento dos seus órgãos de fiscalização. Atualmente, a lei 6.530/1978 ainda se encontra em vigência, sendo regulamentada pelo Decreto 81.871/1978.

Após a sua edição, o ingresso na carreira passou a ser condicionado à obtenção de Título de Técnico em Transações Imobiliárias, seguida da inscrição junto ao Conselho Regional onde será exercida a atividade. No entanto, os profissionais inscritos sob a vigência da lei anterior, conforme previsão da nova lei, poderão revalidar a inscrição.

Aos corretores de imóveis competem a realização da intermediação na compra, venda, permuta e locação de imóveis, bem como a opinião quanto à comercialização imobiliária, cabendo o desempenho da atividade tanto a pessoas físicas, quanto a pessoas jurídicas.¹⁶

Em matéria publicada em 23 de outubro de 2019 no sítio eletrônico do Conselho Regional dos Corretores de Imóveis de São Paulo, no Brasil, atuam 389,4 mil corretores e 48,8 mil imobiliárias, sendo que, mensalmente, 2.000 mil novos profissionais ingressam no mercado e 200 novas imobiliárias são abertas.¹⁷

Reconhecida como atividade econômica privativa dos corretores de imóveis, a intermediação imobiliária se instrumentaliza por meio do contrato de corretagem imobiliária, espécie do gênero corretagem, disciplinado, pela primeira vez como espécie contratual, nos artigos 722 a 729 do Código Civil de 2002.

De acordo com a definição constante do artigo 722 do mencionado diploma:

Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas.

De forma clara e precisa, Diniz discorre que no contrato de corretagem imobiliária:

O corretor terá função de aproximar as pessoas que pretendam contratar,

¹⁶ Art.3º da Lei 6.530 de 12 de maio de 1978.

¹⁷ CRECISP- Conselho Regional de Corretores de Imóveis de São Paulo. Somos quase 400 mil corretores de imóveis no Brasil. CRECISP; São Paulo, 23 out. 2019. Disponível em: <https://www.crecisp.gov.br/comunicacao/noticiasinterna/5013-somos-quase-400-mil-corretores-de-imoveis-no-brasil>. Acesso em: 26 out. 2020.

aconselhando a conclusão do negócio, informando as condições de sua celebração, procurando conciliar os seus interesses. Realizará, portanto, uma intermediação, colocando o contratante em contato com pessoas interessadas em celebrar algum ato negocial, obtendo informações ou conseguindo o que aquele necessita.¹⁸

Trata-se de contrato celebrado entre vendedor ou comprador com o corretor de imóveis, por meio do qual este se compromete a aproximar pessoas com interesses comuns aos de quem o contratou, de forma que o labor desempenhado viabilize o fechamento do negócio que fora previamente indicado.

Não se confunde com outras espécies contratuais como o contrato de mandato, prestação de serviços, comissão e até mesmo, de emprego. Para Gagliano e Pamplona Filho não se confunde com o mandato pois o corretor não assume a posição de representante; não se confunde com a prestação de serviços, embora se aproxime, e nem com a comissão, pois na corretagem o profissional não concretiza o negócio em seu nome, só medeia; por fim, se difere do contrato de emprego ante a ausência de subordinação jurídica.¹⁹

Para Scavone Junior o contrato de corretagem imobiliária perpassa por três fases, consistentes na a aproximação das partes, no fechamento do negócio e na execução do contrato. No que diz respeito à aproximação das partes, se inicia com a oferta ou a procura do imóvel, a depender de quem o contratou. Sobrevindo algum interessado na compra ou tendo sido localizado o imóvel, então o corretor de imóveis realiza a aproximação das partes a fim de darem início as tratativas.²⁰

Na segunda etapa, a de fechamento do negócio, o profissional busca solucionar os obstáculos e dirimir as dúvidas até que as partes cheguem a um consenso. Nesta etapa, há a presença de três elementos essenciais: o imóvel, o preço e o consentimento. Por fim, a terceira e última etapa se finda com a assinatura do contrato ou da escritura.²¹

A procura e a contratação de um corretor de imóveis se fundamenta nas dificuldades e nas incertezas enfrentadas por compradores e vendedores quando tentam conduzir as tratativas negociais de bens imóveis sem a ajuda de um profissional especializado no ramo imobiliário. Em razão da complexidade inerente às transações imobiliárias, a atuação desse profissional, além de oferecer maior segurança jurídica ao negócio, contribui para a realização de uma boa escolha.²²

No desempenhar da intermediação, cumpre ao corretor de imóveis ser diligente e prudente, deixando as partes envolvidas a par de todas as informações que envolvam o negócio ao qual desejam celebrar. O artigo 723 do Código Civil é

18 DINIZ, 2008, p. 443 apud BECKER, 2016, p.10.

19 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de direito civil: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

20 SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. Direito Imobiliário: teoria e prática. 15.ed. ver. atual. e reform. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

21 Ibidem, 2020.

22 BECKER, Beatriz Guidarini. Aspectos polêmicos da comissão de corretagem imobiliária: obrigatoriedade de registro no Conselho Regional, a prática denominada “comissão em mesa” e a obtenção do resultado útil da aproximação das partes. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Direito, Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/166346/TCC%20%20Beatriz%20Guidarini%20Becker%20-%20Reposito%20rio.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 set. 2020

claro nesse sentido:

Art. 723. O corretor é obrigado a executar a mediação com diligência e prudência, e a prestar ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o andamento do negócio.

De acordo com Becker, os deveres de diligência, prudência e informação descritas no dispositivo transcrito foram destacados após a alteração que a sua redação sofreu em 2010, pela Lei n.º 12.236. Na disposição anterior cabia ao profissional prestar as informações e os esclarecimentos apenas que estavam ao seu alcance. No entanto, com a alteração promovida, compete ao profissional advertir sobre tudo que possa interferir nas negociações.²³

Dessa maneira, elucida Silva:

[...] não poderá prevalecer apenas os interesses daquele que o contratou primeiramente, afinal, o corretor deverá ser solícito com ambas as partes, que, equitativamente, deverão ser informadas de todos os possíveis vícios do negócio.²⁴

Portanto, o dever de informação do profissional não está subordinado apenas a quem o contratou, cabendo prestar todos os esclarecimentos à ambas as partes. Além de conduzir suas funções observando os deveres genéricos previstos no artigo 723 do Código Civil, também compete ao profissional guiar a sua atuação assentado em legislações próprias da categoria.

Tanto é que o artigo 729 do códex determina que à corretagem poderão ser aplicadas as legislações especiais. Neste caso, em se tratando da espécie corretagem imobiliária, aplica-se a Lei Federal 6.530/1978, o Decreto 81.971/1978 e o Código de Ética Profissional, instituído pela Resolução COFECI 326/92.

Este último, de suma importância, traz deveres específicos que o profissional deverá observar no exercício das atividades seja em relação aos colegas de profissão, seja em relação ao cliente.

No que diz respeito aos deveres relacionados aos clientes, o art. 4º do Código de Ética determina que compete aos corretores: inteirar-se de todas as circunstâncias do negócio, antes de oferecê-lo; apresentar, ao oferecer um negócio, dados rigorosamente certos, nunca omitindo detalhes que o depreciem, informando o cliente dos riscos e demais circunstâncias que possam comprometer o negócio; recusar a transação que saiba ilegal, injusta ou imoral; comunicar, imediatamente, ao cliente o recebimento de valores ou documentos a ele destinados; prestar ao cliente, quando este as solicite ou logo que concluído o negócio, contas pormenorizadas.

Ainda de acordo com os deveres relacionados aos clientes cabe ao profissional: zelar pela sua competência exclusiva na orientação técnica do negócio, reservando ao cliente a decisão do que lhe interessar pessoalmente; restituir ao cliente os papéis de que não mais necessite; dar recibo das quantias que o cliente lhe pague ou entregue a qualquer título; contratar, por escrito e previamente, a prestação dos serviços profissionais; receber, somente de uma única parte, comissões ou compensações pelo mesmo serviço prestado, salvo se, para proceder de modo diverso, tiver havido

23 Ibidem, 2016.

24 2003, p. 143 apud BECKER, 2016, p.29.

consentimento de todos os interessados, ou for praxe usual na jurisdição.

Desse modo, depreende-se que cabe ao corretor de imóveis no exercício de sua atividade averiguar a documentação e certidões dos imóveis que intermedeia; averiguar as condições físicas e jurídicas do bem, deixando claro todos os aspectos que possam influenciar o negócio a ser concluído.²⁵

Em relação a esses aspectos Junqueira vai além e elucida que:

Uma das mais importantes obrigações do corretor é visitar o imóvel, se possível, antes de qualquer negociação. Não é suficiente conhecer o imóvel por meio de mapas, plantas ou fotos. A visita ao local faz com que o corretor conheça todas as circunstâncias que envolvem o imóvel, como: se está situado em local baixo e alagadiço; se está encostado a barrancos ou morros sujeitos a desmoronamentos; se está situado em rua sem calçamento, sem esgoto, água, luz, telefone; se está situado próximo a oficinas “barulhentas” ou poluidoras; [...] Enfim, analisar toda uma gama de fatores que possam influir na negociação.²⁶

Não obstante seja essencial que o profissional haja com cautela e verifique as documentações do imóvel antes de oferecê-lo, e caso tenha sido verificada alguma irregularidade ou pontos controversos, cientificar as partes de antemão ou se recusar a intermediar o negócio, Gomide ressalta que não cabe ao profissional elaborar due diligence, nem mesmo realizar atividades que são exclusivas de advogados.²⁷

4. Lei federal 6.766/1979 e a implantação de loteamentos no Brasil

Ao longo do século anterior o Brasil foi alvo de mudanças estruturais que refletiram diretamente na sua demografia. De um país predominantemente ruralista, onde a maior parte da população residia no campo, se elevou à categoria de urbanizado, o que influenciou no crescimento populacional e territorial das cidades.

O aumento significativo e acelerado no grau de urbanização, conjugado com a falta de planejamento e a omissão legislativa no tocante aos parâmetros urbanísticos, fez com que as cidades crescessem desordenadamente, suscitando na má utilização do espaço e do solo. Na tentativa de mitigar essas problemáticas, promulgou-se, em 19 de dezembro de 1979 a Lei Federal 6.766, que dispõe sobre o uso e o parcelamento do solo urbano.

A normativa federal estabelece as modalidades em que o parcelamento do solo urbano poderá ocorrer, as áreas onde o parcelamento é vedado, a infraestrutura básica que deve conter, os requisitos urbanísticos, as diretrizes

25 RIBEIRO, Ancila Marion. Responsabilidade Civil do Corretor de Imóveis. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito). Universidade Alto Vale do Rio do Peixe- UNIARP. Caçador; 2015. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/24677261/responsabilidade-civil-do-corretor-de-imoveis>. Acesso em: 15 out. 2020.

26 JUNQUEIRA, 2014, p.35-46 apud RIBEIRO, 2015, p.53.

27 GOMIDE, Alexandre Junqueira. Contrato de corretagem-responsabilidades quanto à segurança do contrato pretendido e comissão pelo resultado útil. Um estudo à luz do Código Civil. 2018. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/288168/contrato-de-corretagem---responsabilidades-quanto-a-seguranca-juridica-do-contrato-pretendido-e-comissao-pelo-resultado-util--um-estudo-a-luz-do-codigo-civil>. Acesso em: 15 out. 2020.

para a elaboração do projeto, o trâmite administrativo e registral, as disposições para os contratos de compromisso de compra e venda e as sanções ante ao descumprimento dos comandos da lei.

De acordo com Silva o parcelamento do solo é caracterizado como “o processo de urbanificação de uma gleba, mediante sua divisão ou redivisão em parcelas destinadas ao exercício das funções elementares urbanísticas”.²⁸ Assim, essa divisão pode ocorrer em diferentes modalidades, dentre as quais está a figura do loteamento, pano de fundo da presente pesquisa.

Consoante redação trazida pelo §1º do art. 2º, o loteamento é caracterizado como a “subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes”,²⁹ complementando Silva que “planejar um loteamento é planejar uma parte da cidade”.³⁰

Trata-se de uma modalidade corriqueira e com maior influência dentro do meio urbano, pois com o ato de lotear, a área deixa de ser uma propriedade única, indivisa, e se transforma em logradouros públicos, em novos bairros e em várias unidades autônomas.³¹

Nos loteamentos o que ocorre é a divisão de uma porção de terra, que até então não havia sofrido alterações, em várias porções menores, as quais, dotadas de infraestrutura adequada, serão destinadas a edificações residenciais, comerciais ou industriais. Além disso, da porção de terra originária também são criadas áreas destinadas ao lazer e ruas que integrarão esse novo local à malha urbana já existente na cidade.

Ao tomar a iniciativa de implantar um loteamento, o proprietário da gleba deverá planejá-lo com base nas determinações legais da Lei Federal 6.766/1979, bem como nas normas da municipalidade que dispõem sobre a matéria de maneira complementar e com as peculiaridades inerentes a localidade. Sequencialmente, a normativa geral descreve o caminho que o loteador deverá perquirir para a implantação de um loteamento.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais explica que durante o procedimento o loteador deverá verificar se a gleba pode ser objeto de loteamento, ou seja, se está localizada em zona urbana, de expansão urbana ou de urbanização específica, bem como se apresenta as características do rol de vedação; se há necessidade de medidas corretivas ou de cautelas adicionais; se há viabilidade de atendimento do novo loteamento por coleta de lixo, iluminação pública e domiciliar, abastecimento de água e destinação adequada

28 SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

29 BRASIL. Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o Parcelamento do solo Urbano e dá outras Providências. Brasília, DF, 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm. Acesso em: 24 set. 2020.

30 SILVA, José Afonso da. op.cit. p.333.

31 FREITAS, José Carlos de. *Loteamento Clandestinos: uma proposta de prevenção e repressão*. [1999?]. Disponível em: <https://docplayer.com.br/14404799-Loteamentos-clandestinos-uma-proposta-de-prevencao-e-repressao.html>. Acesso em: 24 set. 2020.

dos esgotos; e se o loteamento é passível de licenciamento ambiental.³²

Passados esses pontos e estando o local apto para ser loteado, o proprietário da área solicitará ao município a expedição de diretrizes que servirão para direcionar a elaboração do projeto urbanístico que mais tarde será apresentado à municipalidade para análise e, sendo o caso, procedida de aprovação. Após a aprovação do empreendimento pela prefeitura, deverá ser levado à Registro e só a partir de então os lotes poderão ser comercializados, tendo o empreendedor prazo determinado para concluir as obras de infraestrutura.³³

Leonelli menciona que os processos de loteamento são divididos em três fases:

A da qualidade urbanística (uma vez que determina a infraestrutura mínima exigida e o percentual de áreas públicas);

Da legalidade (ao determinar quais são as condições e exigências legais para se parcelar o solo em todo o território nacional);

Da comercialização (ao determinar em quais condições o parcelamento do solo pode ser comercializado, as obrigações dos empreendedores, o papel das prefeituras, a obrigatoriedade dos registros, regras para os contratos de compra e venda, bem como as penalidades nos casos de infração das regras estabelecidas).³⁴

Entretanto, nem sempre estas fases são respeitadas e se o loteamento não observar as normas estabelecidas pela Lei Federal, a divisão do solo será desprovida de efeitos jurídicos e urbanísticos, ainda que de maneira objetiva tenha a característica de loteamento, podendo, assim, ser classificados em irregulares e clandestinos.³⁵

De acordo com a Pesquisa de Informações Básicas do Perfil dos Municípios Brasileiros realizada em 2017, dos 5.570 municípios do país, há a presença de loteamentos irregulares e/ou clandestinos em 3.374 municípios, correspondendo a 60,6% do total.³⁶

Os loteamentos irregulares, são aqueles que foram aprovados, mas não foram executados em conformidade com as plantas e o plano diretor, ou, embora tenham sido aprovados, não foram devidamente registrados no Cartório de Registro de Imóveis competente.³⁷

Apesar de serem comumente confundidos, os loteamentos irregulares

32 REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. MPMG Jurídico. Guia do Parcelamento do Solo Urbano para Municípios e da Regularização Fundiária. Edição Guia do Solo. Minas Gerais, 2018. ISSN1309-8673.

33 REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. MPMG Jurídico. Guia do Parcelamento do Solo Urbano para Municípios e da Regularização Fundiária. Minas Gerais, 2018.

34 LEONELLI, Gisela Cunha Viana. A construção da lei federal de parcelamento do solo urbano 6.766: debates e propostas do início do sec. XX a 1979. 2010. Tese (Doutorado Arquitetura e Urbanismo). Universidade de São Paulo. São Paulo. p.30. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/18/18142/tde-04092013-172142/en.php>. Acesso em: 10 set. 2020.

35 SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

36 IBGE- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. Pesquisa de Informações Básicas Municipais. Perfil dos Municípios Brasileiros: 2017. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. ISBN: 9788524044625. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101595>. Acesso em: 10 set. 2020.

37 SILVA, José Afonso da. op.cit.

se diferenciam dos clandestinos. No que diz respeito aos clandestinos, Freitas os caracterizam como sendo aqueles desconhecidos pela municipalidade, pois, não foram submetidos a análise e aprovação, bem como os que, após análise, teve a aprovação indeferida por não estarem em conformidade com a legislação.³⁸

Ambos trazem consigo inúmeras irregularidades que afetarão diretamente a vida daqueles que adquiriram unidades nesses empreendimentos, como problemas com a infraestrutura, títulos de propriedade e dificuldades na obtenção de licença para a construção.

Conforme ensinamento de Soares:

Em geral a ilegalidade está na burla às normas urbanísticas, por exemplo: diretrizes de ocupação do solo, dimensão dos lotes, aruamento, áreas públicas e institucionais, que devem ser doadas para o poder público. Há casos, todavia, em que a ilegalidade está na documentação de propriedade, na ausência da aprovação do projeto pela prefeitura ou no descompasso entre o projeto aprovado e sua implantação. A irregularidade na implantação do loteamento impede o registro do mesmo pelo cartório de registro de imóveis, prejudicando os compradores.³⁹

Dentre os problemas comumente experimentados estão a ausência de pavimentação nas ruas, ruas estreitas, ausência ou dificuldade de atendimentos dos serviços públicos, falta de esgotamento sanitário, lotes com declividade superior à permitida ou localizados em áreas de risco e de proteção ambiental, dificuldades para obtenção de licenças para edificação e a probabilidade do empreendimento estar sendo objeto de Ação Civil Pública que, a depender do caso concreto, pode ensejar no desfazimento do empreendimento ante a impossibilidade de regularização da área.

Entretanto, a própria Lei 6.766/79 tratou de tipificar no artigo 50 que a implantação de loteamentos e a sua comercialização em desconformidade com ditames legais constitui crime contra a Administração Pública, punível com pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa de 5 (cinco) a 50 (cinquenta) vezes o maior salário mínimo vigente no país e com reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de 10 (dez) a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País, quando praticado na modalidade qualificada.

Art. 50. Constitui crime contra a Administração Pública.

I- dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições desta Lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios;

II- dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento

³⁸ FREITAS, José Carlos de. Loteamento Clandestinos: uma proposta de prevenção e repressão. [1999?]. Disponível em: <https://docplayer.com.br/14404799-Loteamentos-clandestinos-uma-proposta-de-prevencao-e-repressao.html>. Acesso em: 24 set. 2020.

³⁹ SOARES, Pollyana Araujo. ENTRE A POSSE E A PROPRIEDADE: a evolução legislativa e o reconhecimento da cidade ilegal. 2019. Monografia (Especialização em Direito Imobiliário). Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza -FAMETRO. Fortaleza, 2019.p.16. Disponível em: <http://repositorio.unifametro.edu.br/handle/123456789/57>. Acesso em: 15 out. 2020.

do solo para fins urbanos sem observância das determinações constantes do ato administrativo de licença;

III - fazer ou veicular em proposta, contrato, prospecto ou comunicação ao público ou a interessados, afirmação falsa sobre a legalidade de loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, ou ocultar fraudulentamente fato a ele relativo.

Pena: Reclusão, de 1(um) a 4 (quatro) anos, e multa de 5 (cinco) a 50 (cinquenta) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

Parágrafo único - O crime definido neste artigo é qualificado, se cometido.

I - por meio de venda, promessa de venda, reserva de lote ou quaisquer outros instrumentos que manifestem a intenção de vender lote em loteamento ou desmembramento não registrado no Registro de Imóveis competente.

II - com inexistência de título legítimo de propriedade do imóvel loteado ou desmembrado, ressalvado o disposto no art. 18, §§ 4^o e 5^o, desta Lei, ou com omissão fraudulenta de fato a ele relativo, se o fato não constituir crime mais grave.

Pena: Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de 10 (dez) a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

Nesta senda, nos termos do artigo 51 da referenciada normativa, quem concorrer para a prática dos crimes previstos no artigo 50, também incide nas mesmas penas.

5. Das responsabilidades dos corretores de imóveis

Conforme apontado ao longo da investigação, cabe ao corretor de imóveis quando do exercício de sua profissão se subordinar às normas elencadas no Código Civil, na Lei 6.530/1978 que regulamenta o ofício e ao Código de Ética profissional, normas que além de direcioná-lo para uma boa atuação, elencam seus deveres.

Os artigos 2º e 4º do Código de Ética Profissional dos corretores de imóveis, determinam ao profissional no desempenho de suas funções o agir com zelo, probidade, obediência à norma, inteirar-se de todas as circunstâncias do negócio antes de oferecê-lo, informar as circunstâncias que podem comprometer o negócio e recusar transação que saiba ser injusta, ilegal ou imoral.

Não obstante a tais deveres, a Lei 6.530, em seu artigo 20, apresenta um rol de vedações aos corretores de imóveis, dentre as quais estão prejudicar, por dolo ou culpa, os interesses que lhe forem confiados; anunciar imóvel loteado ou em condomínio sem mencionar o número de registro do loteamento ou da incorporação no Registro de Imóveis; violar obrigação legal concernente ao exercício da profissão; e praticar, no exercício da atividade profissional, ato que a lei defina como crime ou contravenção.

Nesse sentido, ao intermediar um lote localizado em loteamento irregular ou clandestino está em flagrante desrespeito ao que determina o Código Civil, ao Código de Ética e a lei que regulamenta a profissão.

Nesse seguimento, entendeu a 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao julgar o recurso de Apelação, reconhecendo a

responsabilidade do corretor de maneira solidária a devolver o valor das parcelas pagas pelo imóvel, bem como ressarcir o comprador por danos morais e materiais ocasionados, com base no artigo 20 da Lei 6.530/1978, uma vez que o lote era objeto de parcelamento irregular do solo e estava situado em área de proteção ambiental.

APELAÇÃO. COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL. Ação de rescisão contratual c.c. devolução de quantia paga e indenização por danos materiais e morais. Sentença de procedência. Inconformismo do corréu, corretor de imóveis. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO CORRETOR DE IMÓVEIS. **Responsabilidade caracterizada, uma vez que o corretor responsável pela intermediação da venda deixou de agir com a prudência e diligência necessárias, promovendo a venda de imóvel em loteamento irregular, em nítido descumprimento do art. 20, V da Lei nº 6.530/78, que regulamenta o exercício da profissão.** Responsabilidade solidária caracterizada. Precedentes. Descabimento da pretensão de devolução apenas de valores recebidos a título de remuneração para intermediação, uma vez que sua conduta contribuiu para a lesão suportada pelo autor. Sentença mantida. Sucumbência do apelante, que arcará com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios do representante do autor, majorados para 15% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 11 do CPC/2015, ressalvada a gratuidade. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. (v.25132). (grifou-se)⁴⁰

Em outro caso, em julgamento de recurso de Apelação, a 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, condenou o corretor de imóveis solidariamente, com base no artigo 723 do Código Civil a devolver os valores pagos e a indenizar por danos morais os adquirentes de bem imóvel em loteamento realizado sem a autorização dos proprietários e em área de proteção ambiental.

APELAÇÃO. COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL EM LOTEAMENTO. Ação de rescisão contratual c.c. restituição de valores pagos e indenizações por danos morais. Sentença de procedência parcial. Inconformismo dos corréus “Christiane” e “Rafael”. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Decisão recorrida que reconheceu a responsabilidade solidária dos apelantes pela rescisão contratual e devolução dos valores pagos. **Alegação do corréu “Rafael”, de que teria a sua atuação limitada a intermediação do negócio, que não afasta sua responsabilidade em razão da falha na prestação do serviço decorrente de informações relativas ao imóvel objeto do contrato. Inteligência do art. 723, parágrafo único, do Código Civil.** Alegação da corré “Christiane” que não participou da venda do imóvel que foi suficientemente refutada nos autos. RESCISÃO CONTRATUAL. Desfazimento do negócio que se deu em razão de omissão de informações acerca da existência de restrição ambiental sobre o imóvel, bem como ausência de anuência comprovada pelos proprietários para a realização de loteamento no local. Responsabilidade dos requeridos pela devolução integral dos valores pagos pelos adquirentes. Aplicação da Súmula n.º 543 do STJ. Precedente. DANOS MORAIS. Devida a indenização por danos morais em razão das peculiaridades do caso. Sentença confirmada. Sucumbência recursal dos apelantes. NEGADO PROVIMENTO AOS RECURSOS. (grifou-se)⁴¹

Assim, quando violados os preceitos das normativas da profissão, seja por

40 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 1000486-87.2016.8.26.0266. Rel. Desembargadora Viviani Nicolau. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10390447&cdForo=0>. Acesso em: 13 out. 2020.

41 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 1000055-22.2016.8.26.0244. Rel. Desembargadora Viviani Nicolau. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13786613&cdForo=0>. Acesso em: 13 out. 2020.

dolo ou pela culpa stricto sensu, causando danos a outrem, o corretor de imóveis poderá ser responsabilizado civilmente.

Além disso, poderá incorrer no crime contra a administração pública, previsto no artigo 50 da Lei 6.766/1979, quando presente o dolo, conforme se extrai do entendimento da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VENDA DE LOTE EM LOTEAMENTO NÃO REGISTRADO NO REGISTRO DE IMÓVEIS COMPETENTE. ART. 50, PARÁGRAFO ÚNICO, INC. I, DA LEI 6.766/1979. LEI DE PARCELAMENTO DO SOLO URBANO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO PELA ABSOLVIÇÃO DO RÉU, SOB A ALEGAÇÃO DE QUE NÃO AGIU COM DOLO, POIS DESCONHECIA A ILICITUDE DA VENDA DE TERRENO SEM O DEVIDO REGISTRO DO LOTEAMENTO. NÃO ACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE DOLO E DESCONHECIMENTO DA PRÁTICA DE QUE SUA CONDUTA CARACTERIZAVA CRIME QUE NÃO SE VERIFICARAM. RÉU QUE É CORRETOR DE IMÓVEIS HÁ MAIS DE 20 (VINTE) ANOS. ALEGAÇÃO DE QUE AS DEMAIS IMOBILIÁRIAS TAMBÉM AGIAM DESSA MANEIRA QUE NÃO RESTOU COMPROVADA. REGULARIZAÇÃO POSTERIOR DO TERRENO PELA PREFEITURA QUE NÃO O ILIDE DA PRÁTICA DO CRIME, BEM COMO QUE NÃO DEMONSTRA A AUSÊNCIA DE DOLO, POIS PRATICADA A CONDUTA DESCRITA COMO CRIME. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. DOSIMETRIA. PEDIDO PELA DIMINUIÇÃO DOS VALORES FIXADOS NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PENA DE MULTA FIXADA EM SEU MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE MINORAÇÃO, CONSIDERANDO A INEXISTÊNCIA DE CAUSAS DE DIMINUIÇÃO DE PENA. VALOR DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA QUE RESTOU FUNDAMENTADA PELO JUIZ SENTENCIANTE COM BASE NOS ELEMENTOS OBTIDOS NOS AUTOS. RÉU QUE NÃO COMPROVOU A IMPOSSIBILIDADE DE ARCAR COM OS VALORES. NÃO PREJUÍZO DE POSTERIOR PEDIDO AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. MANUTENÇÃO DOS VALORES FIXADOS PELO JUIZ SENTENCIANTE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (grifou-se).⁴²

Por fim, considerando o disposto no artigo 729 do Código Civil, que prevê a possibilidade de aplicação de legislações especiais ao contrato de corretagem imobiliária, é possível que ocorra a incidência do Código de Defesa de Consumidor, com a inversão do ônus da prova, quando presentes os elementos caracterizadores da relação de consumo, quais sejam: consumidor, fornecedor e produto ou serviço.

Embora a regra do Código de Defesa do Consumidor seja a da responsabilização objetiva, em se tratando de corretores de imóveis que exerçam a profissão sem subordinação ou vínculo com imobiliária, a responsabilidade, por força do art. 14, §4º da Lei 8.078/1990, será verificada mediante apuração da culpa, uma vez que se enquadram na categoria de profissionais liberais.

Sendo assim, o caso concreto pode ensejar na aplicação, alternativa, de ambos os diplomas.

Considerações finais

42 BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 42012.062173-9. Rel. Desembargadora Substituta Cinthia Beatriz Bittencourt Schaefer. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAADTaAAAV&categoria=acordao. Acesso em 13 out. 2020.

Considerando que a intermediação imobiliária se realiza por meio de uma relação contratual firmada entre o profissional e aquele que, buscando um terceiro interessado para o fechamento de um negócio se vale dos serviços dos corretores para auxiliá-lo nessa busca, o presente trabalho buscou investigar o cabimento da responsabilidade civil extracontratual e criminal dos corretores de imóveis quando atuam como intermediadores nas vendas de unidades situadas em loteamentos irregulares e clandestinos, ou seja, se o profissional da corretagem teria responsabilidade em relação a parte que não o contratou.

Nesse sentido, verificou-se que o profissional de corretagem não age apenas como mero intermediador cuja finalidade se concentra exclusivamente na aproximação de interessados. Vai além. As legislações especiais intrínsecas à categoria preveem inúmeros deveres e obrigações que os corretores de imóveis deverão respeitar no desempenho de suas atividades, como conferência de documentos, esclarecimentos acerca do negócio, recusa de transação ilegal etc.

Em um primeiro momento, a redação do artigo 723 do Código Civil e demais deveres elencados no Código de Ética Profissional, dão a falsa impressão de que só se aplicariam quando da relação contratual do corretor e do comitente, sendo os demais casos de responsabilização civil extracontratual fulcrados no artigo 186 do Código Civil.

Contudo, pôde-se perceber dos julgados encontrados e colacionados, aliás, dos poucos que tratam da matéria específica desta pesquisa, que mesmo se tratando de uma relação extracontratual, a responsabilização do Corretor de Imóveis se fundamenta no artigo 723 do Código Civil e em leis próprias da categoria, desde que verificada a culpa lato sensu. Ademais, em ambos os julgados colacionados houve a responsabilização solidária com o vendedor.

Outrossim, mesmo se tratando de relação consumerista a responsabilidade civil do profissional também se funda na teoria subjetiva, repousando a diferença para a responsabilização prevista no Código Civil no que tange à inversão do ônus da prova, pois, com a aplicação do CDC o corretor é quem deverá demonstrar que não agiu com culpa.

Já no que diz respeito a responsabilidade criminal, poderá incorrer nas penas de crime contra a Administração Pública, previsto no artigo 50 da Lei Federal 6.766/1979, se veicular prospectos ou comunicação ao público afirmando que se trata de loteamento legal quando na verdade não o é, omitir, propositalmente, informações acerca da legalidade ou quando prometer vender ou reservar lote em loteamento não registrado.

Referências Bibliográficas

BECKER, Beatriz Guidarini. Aspectos polêmicos da comissão de corretagem imobiliária: obrigatoriedade de registro no Conselho Regional, a prática denominada “comissão em mesa” e a obtenção do resultado útil da aproximação das partes. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Direito, Florianópolis, 2016.

Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/166346/TCC%20%20Beatriz%20Guidarini%20Becker%20-%20Reposito%20rio.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 set, 2020

BRASIL. Lei nº 6.530, de 12 de maio de 1978. Dá nova regulamentação à profissão de Corretor de Imóveis, disciplina o funcionamento de seus órgãos de fiscalização e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6530.htm. Acesso em: 01 out, 2020.

BRASIL. Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o Parcelamento do solo Urbano e dá outras Providências. Brasília, DF, 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm. Acesso em: 24 set, 2020

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 09 out, 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2012.062173-9. Rel. Desembargadora Substituta Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAADTaAAAV&categoria=acordao. Acesso em: 13out, 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 1000486-87.2016.8.26.0266. Rel. Desembargadora Viviani Nicolau. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10390447&cdForo=0>. Acesso em: 13 out, 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 1000055-22.2016.8.26.0244. Rel. Desembargadora Viviani Nicolau. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13786613&cdForo=0>. Acesso em: 13 out, 2020.

CRECISP- Conselho Regional de Corretores de Imóveis de São Paulo. Somos quase 400 mil corretores de imóveis no Brasil. CRECISP; São Paulo, 23 out. 2019. Disponível em: <https://www.crecisp.gov.br/comunicacao/noticiasinterna/5013-somos-quase-400-mil-corretores-de-imoveis-no-brasil>. Acesso em: 26 out. 2020

COFECI. Resolução 326, de 25 de junho de 1992. Aprova o Código de Ética Profissional. Disponível em: <https://www.cofeci.gov.br/codigo-de-etica>. Acesso em: 01 out, 2020.

FREITAS, José Carlos de. Loteamento Clandestinos: uma proposta de prevenção e repressão. [1999?]. Disponível em: <https://docplayer.com.br/14404799-Loteamentos-clandestinos-uma-proposta-de-prevencao-e-repressao.html>. Acesso em: 24, set 2020

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de direito civil: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 4: responsabilidade civil. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. Contrato de corretagem-responsabilidades quanto à segurança do contrato pretendido e comissão pelo resultado útil. Um estudo à luz do Código Civil. 2018. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/288168/>

contrato-de-corretagem---responsabilidades-quanto-a-seguranca-juridica-do-contrato-pretendido-e-comissao-pelo-resultado-util--um-estudo-a-luz-do-codigo-civil. Acesso em: 15 out. 2020

IBGE- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. Pesquisa de Informações Básicas Municipais. Perfil dos Municípios Brasileiros: 2017. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. ISBN: 9788524044625. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101595>. Acesso em: 10, set. 2020.

LEONELLI, Gisela Cunha Viana. A construção da lei federal de parcelamento do solo urbano 6.766: debates e propostas do início do sec. XX a 1979. 2010. Tese (Doutorado Arquitetura e Urbanismo). Universidade de São Paulo. São Paulo. p.30. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/18/18142/tde-04092013-172142/en.php>. Acesso em: 10 set, 2020

NADER, Paulo. Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. MPMG Jurídico. Guia do Parcelamento do Solo Urbano para Municípios e da Regularização Fundiária. Edição Guia do Solo. Minas Gerais, 2018. ISSN1309-8673

RIBEIRO, Ancila Marion. Responsabilidade Civil do Corretor de Imóveis. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito). Universidade Alto Vale do Rio do Peixe- UNIARP. Caçador; 2015. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/24677261/responsabilidade-civil-do-corretor-de-imoveis>. Acesso em: 15 out. 2020

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. Direito Imobiliário: teoria e prática. 15.ed. ver. atual. e reform. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020

SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

SOARES, Pollyana Araujo. ENTRE A POSSE E A PROPRIEDADE: a evolução legislativa e o reconhecimento da cidade ilegal. 2019. Monografia (Especialização em Direito Imobiliário). Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza -FAMETRO. Fortaleza, 2019.p.16. Disponível em: <http://repositorio.unifametro.edu.br/handle/123456789/57>. Acesso em: 15, out. 2020.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 7.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

O consentimento ao ato médico no Brasil: entre o paternalismo médico e a busca pela proteção dos pacientes e responsabilidade dos médicos

Consent to the medical act in Brazil: between medical paternalism and the search for patient protection and doctors' responsibility

Maria Claudia Crespo Brauner¹

Sheron dos Santos Pereira²

Sumário: Introdução; 1. A importância e as condições de consentimento para o procedimento médico no Brasil. 1.1. Os requisitos para o consentimento. 1.2. Formalidade e conteúdo de consentimento. 2. Situações excepcionais para o exercício da autonomia do paciente. 2.1. Transplante de órgãos. 2.2. O consentimento no caso de paciente terminal. 2.3. Objeção de consciência na relação médico-paciente. 3. Sanções por falta ou inadequação do consentimento. 3.1. Responsabilidade civil dos médicos, das clínicas e hospitais. 3.2. Autonomia dos pacientes acometidos pela Covid-19 e responsabilidade dos médicos na prescrição de medicamentos off label. Considerações Finais e Referências.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo principal analisar o consentimento livre e informado, sob a ótica da autonomia na relação médico/paciente, ressaltando a importância em haver a prestação de esclarecimentos e informações sobre a realização de procedimentos e tratamentos médicos. Sobre a autonomia do paciente, busca-se pela validação e reforço do consentimento livre e informado na prática médica como caminho para superar o paternalismo médico e promover os direitos do paciente. Apresentam-se os requisitos e condições para obtenção do consentimento livre e informado, bem como relacionam-se as situações médicas excepcionais que envolvem o consentimento, como transplante de órgãos, pacientes terminais e objeção de consciência na relação médico/paciente. Discorre-se sobre as sanções pela falta ou inadequação do consentimento, tratando a responsabilidade do civil do médico, das clínicas e dos hospitais, com tópico que contextualiza o consentimento dos pacientes acometidos pela Covid-19 e a responsabilidade dos médicos pela prescrição de medicamentos off label. Quanto à metodologia, o trabalho se utiliza do método de abordagem dedutivo, recorrendo à pesquisa bibliográfica e documental. O texto apresenta ênfase interdisciplinar, utilizando-se de diversas áreas notadamente do Biodireito, Bioética, Direito Constitucional e Direito Civil. Como resultados, conclui-se que o termo de consentimento deve ser pautado por limites éticos, apresentando uma linguagem clara, trazendo todas as informações necessárias para que o paciente esteja consciente, sem influência ou coação e que, em caso de falta ou insuficiência de informação, há que se considerar a responsabilização civil do médico, hospitais e clínicas. Conclui-se com uma reflexão sobre a necessidade de promover o exercício

Recebido em: 14.06.2021
Aprovado em: 24.07.2021

Universidade Federal do
Rio Grande
Brasil

Volume 2, Número 1,
Ano 2
2021

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt

1 Doutora em Direito pela Université de Rennes I - França; Pós-Doutorado pela Universidade de Montreal 1 – Canadá. Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Professora do Curso de Mestrado em Direito e Justiça Social da FURG/RS – Brasil, email: mcbrauner@furg.br.

2 Advogada, Mestra em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG/RS, especialista em Direito Público e Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera- Uniderp, email: sheronpereira@hotmail.com.

da autonomia do paciente, de modo a construção de uma ética da solidariedade e responsabilidade, que requer profundas transformações na educação e na cultura de nosso país.

Palavras-chave: autonomia do paciente, consentimento livre e informado, relação médico/paciente; responsabilidade do médico

Abstract: The main objective of this article is to analyze free and informed consent, from the standpoint of autonomy in the doctor / patient relationship, emphasizing the importance of providing clarifications and information on the performance of medical procedures and treatments. Regarding the patient's autonomy, it seeks to validate and reinforce free and informed consent in medical practice as a way to overcome medical paternalism and promote the rights of the patient. The requirements and conditions for obtaining free and informed consent are presented, as well as exceptional medical situations involving consent, such as organ transplantation, terminal patients and conscientious objection in the doctor/patient relationship, are presented. The sanctions for lack of or inadequate consent are discussed, addressing the civil liability of the doctor, clinics and hospitals, with a topic that contextualizes the consent of patients affected by Covid-19 and the doctor's responsibility for off-label drugs prescription. As for the methodology, the work uses the deductive approach method, resorting to bibliographical and documentary research. The text presents an interdisciplinary emphasis, using several areas, notably Biodright, Bioethics, Constitutional Law and Civil Law. As a result, it is concluded that the consent term must be guided by ethical limits, presenting a clear language, bringing all the necessary information so that the patient is aware, without influence or coercion and that, in case of lack or insufficiency of information, it is necessary to consider the civil liability of the doctor, hospitals and clinics. It concludes with a reflection on the need to promote the exercise of patient autonomy, in order to build an ethics of solidarity and responsibility, which requires profound changes in the education and culture of our country.

Keywords: patient autonomy, free and informed consent, doctor / patient relationship; doctor's responsibility

Introdução

O consentimento ao ato médico é um tema relevante para as discussões sobre os temas de Bioética e Biodireito na medida em que o direito de exercer a autonomia está na base da relação médico/paciente. No entanto, para que uma ação seja considerada autônoma, ela deve ser realizada sem qualquer manipulação ou influência que reduza a liberdade de decisão do protagonista. Na maioria dos casos é difícil acreditar no pleno exercício da autonomia.

Quando se discute a importância da autonomia no contexto do consentimento aos procedimentos médicos, é natural a associação com dependência física, psicológica ou social dos indivíduos. Nesse contexto, o consentimento torna-se uma questão de grande importância no interesse dos pacientes e, sobretudo, face ao paternalismo médico que, mesmo visando promover o bem do paciente, leva o médico a desconsiderar a autonomia deste.

É importante compreender tanto o que está por trás desse direito do paciente quanto a consequente obrigação dos profissionais de saúde, e todas as dificuldades que podem surgir em sua aplicação. Pois se, para a legislação e o código de ética médica, este princípio parece simples e claro, as situações complexas em que deve ser aplicado merecem a atenção.

Quanto à metodologia, o trabalho se utiliza do método dedutivo, com recurso à pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se de publicações científicas de diversas áreas, notadamente da área da Bioética, Biodireito, Direito Constitucional e Direito Civil, legislações, resoluções e recomendações do Conselho Federal de

Medicina-CFM.

O presente artigo está dividido em três seções, a primeira versa sobre: “A importância e as condições de consentimento para o procedimento médico no Brasil”, onde será abordado quais são os requisitos para a manifestação do consentimento, como deve ser realizada a formalidade e o conteúdo de consentimento, demonstrando a importância e a imprescindibilidade desse termo nas relações entre médico e paciente.

Na segunda seção apresentam-se as “Situações excepcionais para o exercício da autonomia do paciente” que refere sobre o consentimento para transplante de órgãos, o consentimento em caso de paciente terminal, e pôr fim, aborda-se a objeção de consciência na relação médico-paciente, enfatizando a importância de respeitar a autonomia do paciente, ou, no caso de impedimento, de considerar a vontade dos seus representantes legais.

Na terceira seção apresentam-se as “Sanções pela falta ou inadequação do consentimento”, momento em que será abordada a responsabilidade do civil do médico, das clínicas e dos hospitais, com tópico que contextualiza o consentimento dos pacientes acometidos pela Covid-19 e a responsabilidade dos médicos pela prescrição de medicamentos off label.

Por fim, apresentam-se as Considerações Finais e as Referências.

1. A importância e as condições de consentimento para o procedimento médico no Brasil

A relação médico/paciente evoluiu de modo a conciliar os deveres do médico com os direitos dos pacientes na medida em que o respeito ao indivíduo deve considerar a sua realidade, experiências de vida, maturidade, religiosidade e escolhas pessoais.

Para Silva “o exercício do comportamento ético, presente nos vários campos do conhecimento se encontra especialmente evidenciado no atendimento médico, quando se refere à interface entre a beneficência e a autonomia do paciente. Trata de questão evocada pela bioética que se estabelece quando o médico, pela sua vontade e autonomia profissional, exerce seu ofício ao fazer o melhor para o paciente, agindo de forma a acordar ou não respeitar a autonomia do paciente”.³

O consentimento ao procedimento médico no contexto brasileiro deve ser entendido de forma a levar em conta a evolução da prática médica nesse país. Há que se observar que este ainda mantém uma prática marcada pela predominância do paternalismo médico, o que faz com que o consentimento muitas vezes seja entendido como uma mera formalidade a ser cumprida pelo paciente ou seus responsáveis. É certo que essa realidade tende a mudar com o maior esclarecimento da população, seja no sistema privado quanto no sistema público de saúde.

O Conselho Federal de Medicina - CFM, por meio de suas resoluções, tornou as relações médico-paciente mais transparentes e estabeleceu uma responsabilização

3 SILVA, H. B. Beneficência e paternalismo médico. Rev. Bras. Saúde Matern. Infant., Recife, 10 (Supl. 2): p. S420. dez., 2010

ética mais forte para lidar com as demandas judiciais de responsabilização médica⁴.

Uma lei sobre o procedimento médico (lei do ato médico) estabelece que o trabalho do médico é voltado para a saúde dos seres humanos e das comunidades humanas, para as quais ele deve agir com o maior zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer tipo⁵.

No entanto, o ato de consentimento livre e informado é entendido como um instrumento para proteger os médicos contra o paciente em virtude de um aumento nos processos contra médicos por culpa ou erro⁶.

A realidade da prática médica é relatada por Meira que menciona a situação do paciente quando se encontra em vias de escolher qual o caminho a ser escolhido à procura de alívio para o seu sofrimento face às dificuldades que a sociedade estabelece para que a atenção médica possa ser oferecida. Para o autor, a barreira de não poder exercer o direito de escolha se levanta, sendo que somente uma pequena parcela da sociedade possui a liberdade de decidir livremente, dentro de limites plausíveis, como e a quem se dirigir para a solução de seus problemas em nível de atenção médica. A sociedade ainda não tem se organizado para permitir que a decisão do paciente de escolher o médico que deseja possa ser realizada. Por consequência o paciente procura o médico que está ao seu alcance.⁷ E esses fatores são determinantes do modelo de relação que se estabelecerá entre as partes.

Para o autor, “é difícil imaginar um consentimento informado para um paciente autônomo, quando falta a esse paciente o primeiro de seus direitos, o de escolher o que melhor lhe convier para tratar de seus males. Impossibilitado, se vê também constrangido a se sujeitar à rotina no atendimento que, raras vezes, é seguida com a preocupação de verificar suas dificuldades. Ao paciente nada mais resta que aceitar o que lhe é oferecido”.⁸

A problemática é complexa e requer mudanças culturais na relação médico/paciente de modo a promover uma atenção mais humanizada e dialogada. Para atender a esses objetivos de foi elaborado um guia para os médicos, que estipula que eles devem fornecer informações claras, relevantes e suficientes sobre as justificativas, objetivos esperados, benefícios, riscos, efeitos colaterais, complicações e duração do cuidado. Portanto, não deve fazer parte da prática da chamada medicina defensiva⁹.

1.1.Os requisitos para o consentimento

O consentimento para o procedimento médico é a manifestação da vontade do paciente, seu direito à autodeterminação, aceitando ou não tratamento de saúde, após ser devidamente esclarecido. Para que o consentimento seja válido, ele deve

4 Recomendação CFM n.1 de 2016.

5 Lei 12.842 de 10 julho 2013.

6 OLIVEIRA, V. L.; Pimentel, D. e VIEIRA, M. J. O uso do termo de consentimento livre e esclarecido na prática médica. *Revista Bioética* 2010; 18(3): 705 – 24 p,706.

7 MEIRA, Affonso Renato. Bioética e vulnerabilidade: o médico e o paciente. *Rev. Assoc. Med. Bras.* 50 (3) • Set 2004 • <https://doi.org/10.1590/S0104-42302004000300028>.

8 MEIRA, Affonso Renato. Bioética e vulnerabilidade: o médico e o paciente. *Op.cit.*

9 Recomendação CFM n.1 de 2016, a.

atender a certas condições. A lei civil estipula que ninguém pode ser forçado a se submeter a tratamento médico ou cirurgia¹⁰.

A primeira condição de elegibilidade é a capacidade, a segunda é o dever de apresentar um objeto lícito, que não traz discordância às partes contratantes, neste caso, as informações, e a terceira e última condição é o próprio consentimento, que deve ser livre e esclarecido de acordo com a lei. Para que a expressão da vontade seja eficaz, ela deve ser fornecida por um agente capaz¹¹.

O objetivo das informações e esclarecimentos ao paciente é o de proporcionar a aceitação ou não de determinado tratamento, que dependerá de muitos fatores como condição de saúde, princípios religiosos, situação ocupacional, urgência do procedimento (devido ao prognóstico de gravidade da patologia), efeitos colaterais, alternativas terapêuticas (tratamento cirúrgico ou ambulatorial) e dos riscos e benefícios.

Porém o termo de consentimento somente alcançará a efetividade se for realizado sem coações físicas ou morais, sendo realizado de forma livre e sem limitação de tempo para que o paciente reflita¹².

O consentimento informado possui como ponto de partida a base de uma prática médica que respeita a liberdade, a autonomia e a autodeterminação da pessoa¹³, tendo como base o sistema jurídico brasileiro e legitima-se como instrumento que garante a realização de princípios constitucionais que asseguram o direito à autodeterminação, à integridade física e moral, à saúde e, em particular, à dignidade da pessoa humana.

O Código de Ética Médica obriga o médico a obter o consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecer o procedimento a ser realizado, exceto em caso de risco iminente de morte¹⁴.

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA dispõe no Art. 46 – É vedado ao médico: "Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu representante legal, salvo em iminente perigo de vida".

Art. 59 – É vedado ao médico: "Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu representante legal".

Além dessa situação excepcional, nem o código civil nem o código de ética médica admitem desrespeitar a decisão do paciente em relação aos procedimentos a serem realizados em seu corpo, ou seja, a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas.

Justamente para evitar que o corpo humano seja tratado de forma desrespeitosa, violenta, sem permissão da pessoa, ou até mesmo servindo de cobaia para testes de medicamentos e intervenções. Nesse sentido, Brauner e Bölter (p.189) ressaltam que: "o desafio consiste em afirmar os valores éticos que possibilitem o avanço

10 Artigo 15 do Código civil de 2002. Artigo 146, I, parágrafo 3 do Código Penal.

11 Artigo 104 do Código civil de 2002.

12 CASTRO, Carolina Fernandes de et al. Termo de consentimento livre e esclarecido na assistência à saúde. Revista Bioética, v. 28, n. 3, p. 522-530, 2020, p. 526.

13 SOUSA J.; ARAÚJO, M.; MATOS, J. Consentimento informado: panorama atual em Portugal. Rev Port Ortop Traum 23(1): 6-17, [Internet]. 2015, p. 9. Disponível: <http://docplayer.com.br/2893537-Consentimento-informado-panorama-atual-em-portugal.html>. Acessado em: 19 de maio de 2021.

14 Artigo 22 do Código de ética médica: Resolução CFM nº 2.217, de 2018.

tecnológico, sem transformar o homem e a mulher em sua dimensão corporal, em simples ‘coisas’ ou objetos, livremente utilizáveis e modificáveis”¹⁵.

Dentro desse contexto é importante resgatar a figura do médico como um ser humano confiável e disponível para ouvir a pessoa que está atendendo, sendo elemento terapêutico essencial ao tratamento e, como tantas vezes, pode definir a recuperação do paciente, constituindo indiscutível elemento de beneficência em um tratamento. A relação humana acolhedora, além de essencial para o paciente exercer sua autonomia, é também sinal de respeito à sua dignidade.¹⁶

O Código penal deve ser considerado para punir toda intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou do representante legal¹⁷.

1. 2. Formalidade e conteúdo de consentimento

A forma verbal é a normalmente utilizada para obter o consentimento para a maioria dos procedimentos realizados, e o fato deve ser registrado em prontuários médicos. No entanto, recomenda-se um documento escrito (formulário de consentimento informado)¹⁸.

A elaboração do documento deve ser feita em linguagem clara, o que permite ao paciente compreender o procedimento e suas consequências, na medida de sua condição de compreensão. Os termos científicos, se necessário, devem ser acompanhados por seu significado, em linguagem acessível¹⁹.

Em relação ao tamanho da fonte, recomenda-se que sejam pelo menos 12 e, para incentivar a leitura e a compreensão, que o termo seja escrito com espaços vazios ou alternativas para que o paciente possa, se desejar, completá-lo com perguntas às quais o médico responsável terá que responder ou indicar alternativas que ajudem na compreensão do documento. Uma vez assinados pelo paciente, esses espaços vazios e/ou alternativos, quando não preenchidos, devem ser invalidados²⁰.

O paciente, ou seu representante legal, após esclarecimento, assume a responsabilidade de cumprir fielmente todas as recomendações feitas pelo médico responsável pelo tratamento²¹.

CASTRO et al. ressaltam que o termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE) necessita informar todos os detalhes do caso clínico do paciente, sendo um documento que tem por objetivo garantir a autonomia do paciente, comprovando

15 BRAUNER, Maria Claudia Crespo; BÖLTER, Serli Genz. O ser humano e o corpo: contribuições da bioética e do biodireito para a proteção dos direitos da personalidade In: CALGARO, Cleide. PEREIRA, Agostinho Oli Koppe (Org.). Direito ambiental e biodireito: da modernidade à pós-modernidade. Caxias do Sul: Educs, 2012, p. 185-207.

16 SALLES, Álvaro Angelo. Transformações na relação médico-paciente na era da informatização. Revista Bioética 2010; 18 (1): 49 – 60 p.54.

17 Artigo 146, I, p. 3 do Código penal

18 Recomendação CFM n.1 de 2016, b.

19 Recomendação CFM n.1 de 2016, c.

20 Recomendação CFM n.1 de 2016, d.

21 Recomendação CFM n.1 de 2016, e.

que as informações sobre o seu quadro clínico foram transmitidas ao paciente²².

Corroborando com o raciocínio, é importante ressaltar que o paciente deve estar informado dos riscos e benefícios da decisão e que ele seja capaz de entender e avaliar as informações recebidas. O ato de consentimento deve ser verdadeiramente voluntário e baseado na divulgação adequada das informações.

CASTRO et al. afirmam que ao consentir, o paciente necessita tomar uma decisão, mas para que essa decisão seja autônoma, o agente deve estar consciente, porém há uma condicionante para a validade do consentimento, para que o consentimento seja válido as informações prestadas pela equipe médica necessitam ser claras, informando sobre os riscos e os benefícios de submissão ao procedimento²³.

No entanto, a autonomia pessoal pode ser influenciada por diversos fatores como uso de medicamentos, emoções, alfabetização, institucionalização, limitações nas funções sensoriais (auditiva e visual) e, sobretudo, por capacidade mental, racionalidade e inteligência suficientes para compreensão e tomada de decisão.

2. Situações excepcionais para o exercício da autonomia do paciente

Situações excepcionais relacionadas ao consentimento do paciente dizem respeito à disposição corporal e suas limitações. A primeira diz respeito à doação de órgãos para transplantes e cuidados, a segunda a adoção de diretrizes antecipadas e, a terceira e mais recente, diz respeito à objeção de consciência na relação médico/paciente.

2.1. Os transplantes

A remoção de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplante ou outros fins terapêuticos dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecendo à linha de sucessão, reta ou colateral, até o segundo grau incluído, em documento assinado por duas testemunhas presentes no momento da verificação da morte²⁴.

A lei proíbe gestantes de doarem tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, a menos que seja uma doação para um transplante de medula óssea e ainda que o ato não represente um risco para sua saúde ou para o feto²⁵.

Os autoenxertos dependem apenas do consentimento da própria pessoa, registrado em seu prontuário médico ou, no caso de uma pessoa legalmente incompetente, um de seus pais ou responsável legal.²⁶

O transplante ocorrerá somente com o consentimento expresso do receptor, que está em uma única lista de espera, após aviso da excepcionalidade e dos riscos do procedimento.²⁷

22 CASTRO, Carolina Fernandes de et al. Termo de consentimento livre e esclarecido na assistência à saúde. *Revista Bioética*, v. 28, n. 3, p. 522-530, 2020, p. 523.

23 CASTRO et al Op. cit. p. 523.

24 Artigo 4 da Lei 9.434/1997.

25 Artigo 9, parágrafo 7 da Lei 9.434/1997.

26 Artigo 9, parágrafo 8 da Lei 9.434/1997.

27 Artigo 10 da Lei 9.434/1997.

2.2. O consentimento no caso de paciente terminal

A discussão sobre os limites da autodeterminação é frequente quando se trata da descontinuação do tratamento. O respeito à autonomia da pessoa, dado os novos recursos tecnológicos que permitem prolongar a vida (ou sofrimento) do paciente em estado terminal, sem benefícios, é um dos fundamentos que justificam a previsão de um documento que vincule a decisão médica à própria decisão do paciente quanto à aceitação ou rejeição dos procedimentos terapêuticos.²⁸

Pelo mundo afora se discute o reconhecimento do “direito de morrer com dignidade”, que vem merecendo o debate a elaboração de legislação que possa permitir ao paciente a possibilidade de apresentar a recusa terapêutica com caminho para frear a obstinação terapêutica que tornou-se uma situação comum vivenciada nos hospitais e clínicas.

A preocupação consiste em não se privilegiar apenas a dimensão biológica da vida humana, negligenciando a qualidade de vida do indivíduo, de modo que a obstinação em prolongar a vida o mais possível dos pacientes terminais não deve ser uma prática aceita pelo Estado de Direito.²⁹

No Brasil, ainda não há lei sobre o tema da recusa terapêutica, apenas normas éticas previstas pelo Conselho Federal de Medicina.³⁰ O objetivo desta regulamentação é permitir que o paciente estabeleça diretrizes antecipadas que podem ser definidas como: o conjunto de desejos, previamente e expressamente manifestados pelo paciente, sobre o cuidado e tratamento que deseja, ou não, receber quando não consegue expressar, livre e independentemente, sua vontade.

Essa decisão sobre o tratamento futuro será chamada de diretivas antecipadas de vontade, pelo qual os pacientes podem expressar sua vontade prévia através de um documento, onde o paciente manifestará seu desejo de rejeitar, ou suspender, tratamentos médicos que possam ser recomendados em caso de doenças terminais ou incuráveis. Nesse sentido, é importante ressaltar que as diretrizes antecipadas se aplicam apenas a casos que eliminam a tomada de decisão do paciente e envolvem doenças incuráveis e incapacitantes³¹.

As Diretivas Antecipadas de Vontade - DAV é constituída por um documento que demonstra a vontade de pacientes sobre cuidados em geral que relacionem a sua saúde em qualquer que seja a situação, salvaguardando a sua autonomia.

Em tempos de crise sanitária de Covid-19, as DVA asseguram que a vontade do paciente seja respeitada na expressão de sua autonomia e dignidade. A manifestação de vontade vai delimitar quais os cuidados que deseja obter em seu tratamento, apontando quais os riscos que pretende correr, impedindo que o paciente seja

28 ALDROVANDI, Andrea.; BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Exercício da autonomia sobre o corpo e a vida a partir das concepções de Kant e Stuart Mill: fundamentos para a definição de limites terapêuticos em testamento vital. *Pensar*, Fortaleza, v. 22. n. 2 p. 464.

29 FREIRE de SÁ, Maria de Fátima. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. P. 59.

30 Resolução CFM n. 1995, 2012.

31 Resolução CFM n. 1995, art. 1º, 2012.

submetido a algum tratamento que não corresponda a sua vontade³².

DADALTO compreende que a declaração prévia da vontade de paciente terminal é espécie do gênero das Diretivas Antecipadas de Vontade e que, no Brasil não há norma que trate especificamente sobre o assunto, mas essa ausência legislativa não impede a sua confecção e validade, pois a conforme a interpretação integrativa das normas constitucionais, esse documento possuirá amparo no princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1, inciso III da CF/88), no princípio da Autonomia (princípio implícito no art. 5º CF/88), na proibição de tratamento desumano (art. 5º, III CF/88), os quais são princípios que embasam o consentimento do paciente sobre a aceitação ou não dos tratamentos³³.

As Diretivas Antecipadas de Vontade devem respeitar em seu conteúdo os limites éticos estabelecidos pelos princípios da Bioética e do Direito, além dos limites estabelecidos pelos direitos fundamentais e de personalidade. Além disso, devem respeitar as regras sobre capacidade e forma para que sua validade não seja prejudicada, e a publicidade para que não seja ineficaz. Os desejos expressos neste documento devem ser levados em conta pelo médico, desde que cumpram as regras estabelecidas no Código de Ética Médica.

Portanto, o exercício da autonomia não é ilimitado, e o paciente deve decidir dentro dos limites estabelecidos no sistema jurídico, especialmente com base no respeito à dignidade humana e aos direitos de personalidade.

O médico poderá desconsiderar as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou de seu representante, quando as diretivas estiverem em desacordo com o Código de Ética Médica. Nos casos em que ocorrer a ausência de orientação prévia sobre a vontade do paciente, ou um mandato especial para alguém decidir essas questões, caberá aos familiares ou ao Comitê de Bioética ou ao Comitê de Ética Médica Hospitalar ou, também, ao Conselho Médico Regional e Federal, decidir sobre conflitos éticos, quando entenderem essa medida necessária e correta.³⁴

Em outras palavras, o consentimento é necessário, e será obtido de terceiros quando o paciente não tiver mais a capacidade de se manifestar livremente, não nomeou um procurador, ou não demonstrou sua vontade através de um documento, porém, se o documento existir e não coadunar com as disposições do Código de Ética Médica, o mesmo poderá ser desconsiderado.

2.3. Objeção de consciência na relação médico-paciente

O Conselho Federal de Medicina estabeleceu recentemente uma resolução que determina padrões éticos para recusa terapêutica e objeção de consciência dos pacientes na relação médico-paciente.³⁵

32 Colégio Notarial do Brasil. Diretivas Antecipadas de Vontade – a necessária autonomia do paciente em tempos de covid-19. PAOLINI, Marcelo; MEIRELLES, Maria Paula; DA SILVA, Ulisses Simões. Publicado em: 30/04/2021. Disponível em: https://www.cnbsp.org.br/?url_amigavel=1&url_source=noticias&id_noticia=21034&lj=1366. Acessado em: 28/05/2021.

33 DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). Revista de bioética y derecho, n. 28, p. 61-71, 2013, p. 63,65.

34 Resolução CFM n. 1.995, art. 2º, parágrafos 2º e 5º, 2012.

35 Resolução CFM nº 2.232/19.

A recusa terapêutica está, nos termos da legislação vigente e na forma da resolução nº 2.232/2019, garantindo o direito do paciente de ser respeitado pelo médico, desde que este o informe dos riscos e consequências previsíveis de sua decisão.³⁶

O médico, diante da recusa terapêutica do paciente, pode propor outro tratamento quando disponível.³⁶ Esta opção se aplica em particular às Testemunhas de Jeová que não aceitam transfusão total de sangue. Nesses casos se aplicam Portarias do Ministério da Saúde, assim como a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais-RENAME que dispõe sobre medicamentos e procedimentos que podem ser empregados a fim de evitar a transfusão de sangue³⁷.

O Brasil já havia se comprometido na Sexagésima Terceira Assembleia da Organização Mundial da Saúde a prover treinamento de equipes que laborem em transfusões clínicas para realizar a transfusão autóloga e o gerenciamento do sangue do próprio paciente³⁷, evitando a ocorrência da transfusão de sangue ou até mesmo o recebimento de qualquer um de seus principais componentes (glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas e plasma).

O paciente adulto, capaz, lúcido, orientado e consciente terá a garantia, no momento da decisão, do direito de recusar a terapia oferecida no tratamento eletivo, de acordo com a legislação vigente.

Em situações de risco significativo à saúde, o médico não deve aceitar a recusa terapêutica de um paciente menor ou adulto que não faça pleno uso de suas faculdades mentais, independentemente de ser representado ou assistido por terceiros³⁶.

Em caso de desentendimento entre o médico e o representante legal, ou o familiar do menor ou paciente incapacitado em relação à terapia proposta, o médico deve comunicar o fato às autoridades competentes (Ministério Público, Polícia, Conselho tutelar, etc.), para assegurar o melhor interesse do paciente³⁶.

Por sua vez, o Código Civil estabelece, no art. 15, que o paciente não pode ser submetido a qualquer procedimento terapêutico sem o seu consentimento.

A própria Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), tratou expressamente da autonomia do paciente no art. 7º, pela qual os serviços que integram o SUS são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, devendo preservar a autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral.

Existem outras normas que também tratam do assunto, como o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), que no art. 17 assegura ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável, e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015), que atribui ao poder público a competência para

³⁶ Conselho Federal de Medicina. CFM esclarece pontos da Resolução que trata da recusa terapêutica e objeção de consciência. Publicado em: 02/10/2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/noticias/cfm-esclarece-pontos-da-resolucao-que-trata-da-recusa-terapeutica-e-objecao-de-consciencia/>. Acessado em: 20/05/2021.

³⁷ Federação Médica Brasileira. Brasil: Aspectos éticos e legais da medicina frente ao paciente testemunha de Jeová. Publicado em: 09/01/2019. Disponível em: <http://portalfmb.org.br/2019/01/09/brasil-aspectos-eticos-e-legais-da-medicina-frente-ao-paciente-testemunha-de-jeova/>. Acessado em: 20/05/2021.

garantir a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a vida, determinando que ela não poderá ser obrigada a se submeter a intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização forçada.

Não só o paciente pode apresentar a objeção de consciência, conforme a Resolução 2.232/19 do Conselho Federal de Medicina- CFM nos artigos 7º e 8º, também é direito do médico a objeção de consciência, ocorrendo nos casos em que houver recusa terapêutica do paciente, e nos casos em que o médico venha se abster de realizar atos mesmo que sejam legais, quando o ato a ser praticado venha a divergir com os ditames de sua consciência³⁸.

Apesar de o paciente possuir o direito de dispor sobre a sua vontade pela recusa terapêutica, o art. 11 da Resolução 2.232/19 do CFM prevê que em casos de urgência, emergência, ou em iminente perigo de morte, cabe ao médico intervir tomando iniciativas que forem necessárias em salvar a vida do paciente³⁹. Neste momento a vontade do paciente pode ser mitigada, pois a conduta do médico, caso incorresse em abstenção, poderia resultar em responsabilização nas esferas: ética, cível e criminal.

Considera-se que se o paciente possui o direito à recusa terapêutica, esse direito deve ser respeitado pelo médico (art.1 da Resolução 2.232/19 do CFM), direito condicionado ao fornecimento de informações prestadas pelo médico sobre os riscos e consequências que podem acarretar a decisão do paciente, porém em termos de saúde, inúmeras questões devem ser ponderadas⁴⁰.

Como destacam SOARES e CAMARGO Jr. existem implicações mais gerais a partir dessa releitura do valor da autonomia, havendo a necessidade de construção de condições para a expansão real da capacidade de autonomia no campo mais geral da política e da vida. Para isto, é fundamental a democratização de informações, saberes e das relações de poder, a construção de uma ética de solidariedade e responsabilidade, que representariam profundas transformações na educação e na cultura.⁴¹

3. Sanções por falta ou inadequação do consentimento

Qualquer procedimento invasivo ou cirurgia realizada sem livre declaração de vontade do paciente são consideradas agressões à integridade física, justificáveis apenas em situações comprováveis de perigo iminente de morte. Em situações que não envolvam uma questão de atendimento de emergência, o médico que não obteve o consentimento do paciente, ou que não forneceu as informações necessárias, pode estar sujeito a ações de responsabilidade civil e danos.⁴²

38 Artigo 7º e 8º da Resolução 2.232/19 do Conselho Federal de Medicina.

39 Artigo 11 da Resolução 2232/19 do Conselho Federal de Medicina.

40 Artigo 1º da Resolução 2232/19 do Conselho Federal de Medicina.

41 SOARES, Jussara Calmon Reis Souza; CAMARGO Jr., Kenneth Rochel. A autonomia do paciente no processo terapêutico como valor para a saúde. Rio de Janeiro: Interface. Comun., Saúde, Educ. V. 11, n. 21, 2007. p. 77.

42 Código de Ética Médica. Resolução CFM n º2217 de 27/09/2018. Capítulo III da Responsabilidade Profissional, art. 13, Capítulo IV Dos Direito Humanos, artigo 22. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acessado em: 20/05/2021.

Aquele que, por ação intencional ou omissão, negligência, imprudência ou imperícia, viole o direito ou cause danos a terceiros, comete ato ilícito e deve, reparar o dano a outrem. A interpretação dessa possibilidade gira em torno de condutas realizadas de má-fé ou que vão contra a proibição legal (ação), o não cumprimento de qualquer ato ao qual o agente foi obrigado, por obrigação legal, a fazê-lo (negligência), bem como o erro profissional no desempenho de sua tarefa, gerando a perda sofrida pela vítima (má conduta profissional). (artigos 186, 187 e 927 do Código civil de 2002).

Ocorrendo a responsabilização quando for comprovada a culpa e o nexo causal entre o dano sofrido pelo paciente e a ação ou omissão do profissional de saúde, o que gera de fato a responsabilidade apenas subjetiva do profissional de saúde, momento em que será necessário comprovar ou a negligência, a imprudência ou imperícia do profissional da saúde.

O Código de Defesa do Consumidor no artigo 6º parágrafo 4º dispõe sobre a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, sendo apurada essa responsabilização mediante a verificação de culpa, permanecendo evidente que não há como imputar a responsabilidade civil objetiva aos profissionais de saúde, apenas a subjetiva.⁴³

O dever de informar sobre os serviços profissionais e os riscos conexos também é exigido por uma lei de proteção aos consumidores, o Código de Defesa do Consumidor-CDC no seu art. 9º, assim o fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.⁴⁴

Na relação médico-paciente o CDC possui aplicabilidade, devendo os profissionais da saúde informar e orientar os pacientes sobre os riscos que tal tratamento ou tal procedimento pode acarretar.

Por isso a necessidade das informações aos pacientes, porque é nesse ato que haverá a conscientização sobre os riscos e as consequências sobre as escolhas terapêuticas, havendo a preservação do livre consentimento informado, promovendo uma tomada de decisão livre e esclarecida.

3.1. Responsabilidade do médico, das clínicas e hospitais

O exercício da medicina não é possível sem levar em consideração o risco, já não existindo mais o tempo em que o paciente depositava toda sua confiança ao médico sem colocar em discussão os diagnósticos, procedimentos e terapias. Com a disseminação das informações sobre saúde, adoecimento e tratamentos ficou claro que existem erros que podem ser atribuídos aos responsáveis pelo tratamento médico e que estes deverão ser responsabilizados.⁴⁵

43 Artigo 6º parágrafo 4º do Código de Defesa do Consumidor, lei 8.078/1990.

44 Artigo 9º do Código de Defesa do Consumidor, lei 8.078/1990.

45 BERNARD, Cristina. A responsabilidade civil do médico no Direito francês. In BRAUNER, Maria Claudia Crespo e PIERRE, Philippe (orgs.) Direitos humanos, saúde e medicina: uma perspectiva internacional. Rio Grande: Editora da FURG. 2013. P.17.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que o dever da informação é obrigação do médico esclarecer os riscos do tratamento, seus prós e contras, as possíveis técnicas a serem utilizadas, bem como a divulgação sobre prognóstico e condições clínicas e cirúrgicas, exceto quando as informações podem afetá-lo psicologicamente, então a comunicação será feita ao representante legal, senão vejamos:

RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR INADIMPLEMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. NECESSIDADE DE ESPECIALIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO E DE CONSENTIMENTO ESPECÍFICO. OFENSA AO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO. VALORIZAÇÃO DO SUJEITO DE DIREITO. DANO EXTRAPATRIMONIAL CONFIGURADO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. BOA-FÉ OBJETIVA. ÔNUS DA PROVA DO MÉDICO. [...]

2. É uma prestação de serviços especial a relação existente entre médico e paciente, cujo objeto engloba deveres anexos, de suma relevância, para além da intervenção técnica dirigida ao tratamento da enfermidade, entre os quais está o dever de informação.

3. O dever de informação é a obrigação que possui o médico de esclarecer o paciente sobre os riscos do tratamento, suas vantagens e desvantagens, as possíveis técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e aos quadros clínico e cirúrgico, salvo quando tal informação possa afetá-lo psicologicamente, ocasião em que a comunicação será feita a seu representante legal.

4. O princípio da autonomia da vontade, ou autodeterminação, com base constitucional e previsão em diversos documentos internacionais, é fonte do dever de informação e do correlato direito ao consentimento livre e informado do paciente e preconiza a valorização do sujeito de direito por trás do paciente, enfatizando a sua capacidade de se autogovernar, de fazer opções e de agir segundo suas próprias deliberações.

5. Haverá efetivo cumprimento do dever de informação quando os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica. Da mesma forma, para validar a informação prestada, não pode o consentimento do paciente ser genérico (*blanket consent*), necessitando ser claramente individualizado.

6. O dever de informar é dever de conduta decorrente da boa-fé objetiva e sua simples inobservância caracteriza inadimplemento contratual, fonte de responsabilidade civil per se. A indenização, nesses casos, é devida pela privação sofrida pelo paciente em sua autodeterminação, por lhe ter sido retirada a oportunidade de ponderar os riscos e vantagens de determinado tratamento, que, ao final, lhe causou danos, que poderiam não ter sido causados, caso não fosse realizado o procedimento, por opção do paciente.

7. O ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de informar e obter o consentimento informado do paciente é do médico ou do hospital, orientado pelo princípio da colaboração processual, em que cada parte deve contribuir com os elementos probatórios que mais facilmente lhe possam ser exigidos.

8. A responsabilidade subjetiva do médico (CDC, art. 14, §4º) não exclui a possibilidade de inversão do ônus da prova, se presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC, devendo o profissional demonstrar ter agido com respeito às orientações técnicas aplicáveis. Precedentes.

9. Inexistente legislação específica para regulamentar o dever de informação,

é o Código de Defesa do Consumidor o diploma que desempenha essa função, tornando bastante rigorosos os deveres de informar com clareza, lealdade e exatidão (art. 6º, III, art. 8º, art. 9º).

10. Recurso especial provido, para reconhecer o dano extrapatrimonial causado pelo inadimplemento do dever de informação. (REsp 1540580/DF, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 04/09/2018).

Em caso de ausência de informações o paciente possui a alternativa de judicializar a questão, sendo necessário que comprove o dano (que é a inoportunidade do resultado esperado), o vínculo com o profissional (contrato) e a culpa do mesmo, tendo o paciente que arcar com o ônus da prova, exceto nos casos em que ajuizar ações contra hospitais e clínicas, pois a responsabilidade civil destes é objetiva.⁴⁶

Fica estabelecido que, na ausência de legislação específica para regulamentar o dever de informação, o Código de Defesa do Consumidor-CDC é o diploma que cumpre essa função, tornando-se o dever de fornecer informações claras, justas e precisas. O tribunal reconhece os danos morais causados pelo descumprimento do dever de informar.

O CDC enumera a responsabilização civil do médico, da clínica e dos hospitais, diferenciando como se computa a responsabilidade civil de cada um. Tepedino diferencia a responsabilidade civil destes, assegurando que o médico responde pessoalmente pelos seus atos e restritamente em caso de culpa, sendo que a clínica responde de forma objetiva e solidariamente quando o paciente é atendido por um dos membros que compõe a clínica, indiferente se o profissional é empregado ou prestador de serviços.⁴⁷

Já nos casos em que o ato lesivo ao paciente apresentar erro exclusivamente do profissional, afasta-se qualquer defeito partindo da clínica, considerando a dificuldade de imputação da responsabilidade civil objetiva nos termos do art. 14, § 3º, nesses casos há então a responsabilidade civil subjetiva do médico de forma cristalina, assim como a responsabilização da clínica de forma solidária. A clínica só não responderia de forma solidária caso o médico não pertencesse ao seu quadro de empregados e contratados, e se utilizasse apenas do hospital de estrutura para realizar determinada atividade⁴⁸.

3.2 Autonomia dos pacientes acometidos pela Covid-19 e responsabilidade dos médicos pela prescrição de medicamentos off label

Em meio à pandemia de coronavírus inúmeros profissionais de saúde sofreram com a demanda imensurável de infectados, enfrentando situações entre a escolha de quem viveria e de quem morreria. Claramente nota-se que a pandemia constitui uma situação excepcional e inevitável (caso fortuito ou força maior), situação que levou

46 TEPEDINO, Gustavo. Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil. Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Valverde Terra, Gisela Sampaio da Cruz Guedes – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 329, 331.

47 TEPEDINO, Op. cit., p. 332.

48 TEPEDINO, Op. cit., p. 332, 333.

inúmeros profissionais de saúde a se depararem com uma doença nova, que não possuía vacina nem tratamento.

A situação em que os pacientes se encontram retrata uma extrema vulnerabilidade por estarem cientes de ainda não existir tratamento e cura para a doença. Além do que se encontram angustiados pela situação de colapso no sistema de saúde, afetado pela falta de leitos, respiradores, medicamentos e de oxigênio, o que leva muitos pacientes a aceitarem se submeter a um tratamento precoce ou preventivo, como a prescrição da cloroquina e hidroxiclороquina, mesmo sendo de conhecimento que ainda não há evidências científicas sobre a eficácia desse tratamento.

Se atendo estritamente ao termo de consentimento em relação à utilização da substância cloroquina e hidroxiclороquina no tratamento de Covid-19, há que se destacar também a responsabilidade civil dos profissionais de saúde na utilização desses medicamentos como tratamento da doença. Dessa forma, necessário veicular informações relacionadas às indicações desses medicamentos, seus efeitos colaterais, resultados e a condição em que está sendo utilizado no país, conhecido como medicamento off label.

O referido medicamento vem sendo utilizado no combate da malária desde o ano de 1944, porém seus efeitos colaterais podem ser muito perigosos, podendo causar desde alergias até arritmia cardíaca, pondo em risco a vida dos pacientes pois trata-se de um medicamento que possui inúmeras contraindicações de uso, sem que ainda exista comprovação científica totalmente positiva ao combate do vírus⁴⁹.

Em relação à cloroquina o próprio Presidente da República tem apoiado e incentivado a sua utilização. Do mesmo modo em relação à hidroxiclороquina, também tem defendido o uso precoce como tratamento contra a Covid-19, tanto que elogiou a atuação do Ministro da Saúde, que modificou o protocolo de prescrição, que antes orientava a utilização da hidroxiclороquina em casos graves e apenas de hospitalizados, agora possibilita a prescrição em casos de sintomas leves, condicionado a prescrição mediante a anuência do paciente, mediante a assinatura do termo de ciência e consentimento⁵⁰.

Apesar de ainda não existir uma comprovação científica a favor da prescrição dos referidos medicamentos, as pessoas são influenciadas pelas informações que prejudicam a manifestação livre da autonomia dos mais vulneráveis, movidos pelo exemplo e pela esperança em poder curar-se da patologia.

Em 11 de fevereiro de 2021 a revista científica New England Journal of Medicine, em pesquisa organizada pela Organização Mundial da Saúde - OMS, publicou os primeiros resultados da pesquisa Solidarity (Solidariedade), que tinha por objetivo avaliar a eficácia de alguns medicamentos para o tratamento da Covid-19. Dentre os medicamentos analisados constava a hidroxiclороquina, sendo que o estudo concluiu

49 Pública. A cloroquina não é a bala de prata que o Bolsonaro diz. Publicado em: 13 de abril de 2020. Disponível em: <https://apublica.org/2020/04/a-cloroquina-nao-e-a-bala-de-prata-que-o-bolsonaro-diz/#Link1>, acessado em: 18 de maio de 2021.

50 Agência Brasi. Bolsonaro defende protocolo de tratamento precoce contra covid-19. Publicado em 24/08/2020 - 14:52. Por Andreia Verdélio - Repórter da Agência Brasil – Brasília, disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-08/bolsonaro-defende-protocolo-de-tratamento-precoce-contra-covid-19>. Acessado em: 18 de maio de 2021.

que não houve comprovação de que nenhum dos medicamentos analisados tiveram bons resultados no combate ao coronavírus⁵¹.

Nesse estudo, constatou-se através de meta-análise que a hidroxicloroquina não trazia benefícios materiais. Em outro estudo substancial chamado de Randomized Evaluation of Covid-19 Therapy (RECOVERY), onde foram analisadas a hidroxicloroquina e o lopinavir, foi constatado que a combinação de ambos também não apresentou nenhum benefício aos pacientes, resultando a combinação de ambas as pesquisas em resultados nulos no quesito benefícios⁵¹.

Outros estudos já vinham constatando a ineficácia da hidroxicloroquina na utilização para tratamento precoce e tratamento no combate do vírus, a maioria dos laboratórios que produziam o medicamento se manifestaram informando que a finalidade do medicamento não serviria para tratar a Covid-19⁵², porém mesmo sem estudos concretos alguns profissionais adotaram o sistema de prescrição da hidroxicloroquina e cloroquina como medicamento off label.

THOMASI e VARELLA⁵³ ressaltam que os medicamentos off label são medicamentos que não foram submetidos à comprovação da prova do princípio ativo, dessa forma, não há a indicação da segurança e eficácia da extrapolação de doses. Assim sendo, pode até mesmo ocorrer a submissão dos pacientes à condição de cobaias indiretas, ou seja, trata-se de medicamentos para o tratamento de outra doença, mas que por alguma razão estão sendo utilizados para tratar doença diversa do que consta na bula.

O Governo prevendo complicações sobre a responsabilização civil dos profissionais da saúde que estão na linha de frente, editou a Medida Provisória-MP nº 966 de 13 de maio de 2020, que trata da responsabilidade civil do agente público pelos atos que praticar durante o período da pandemia, mitigando a responsabilidade civil dos agentes públicos que não atuem com dolo ou erro grosseiro⁵⁴.

Conforme interpretação da Medida Provisória nº 966/2020 somente os médicos que atuam no Sistema Único de Saúde-SUS é que estariam abrangidos pela MP, expondo à desigualdade de tratamento os médicos da iniciativa privada, pelo fato que a MP só reduzirá a responsabilidade dos médicos que são servidores públicos, ou aos que atendam pacientes em unidades privadas, mas que sejam do SUS⁵⁴.

O Conselho Federal de Medicina - CFM emitiu o parecer nº 04/2020, que veio estabelecer os critérios e condições para que os médicos possam prescrever a cloroquina e de hidroxicloroquina, aos pacientes que tenham testado positivo para a Covid-19, compreendendo que na literatura científica ainda não há evidências de que

51 The New England Journal of Medicine. Repurposed Antiviral Drugs for Covid-19 — Interim WHO Solidarity Trial Results. Publicado em: 11 de fevereiro de 2021. Disponível em: https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMoa2023184?query=featured_home. Acessado em: 18 de maio de 2021.

52 Repórter Brasil. Maioria dos fabricantes brasileiros de cloroquina não recomenda o remédio para covid-19. Publicado em: 07/03/21. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2021/03/maioria-dos-fabricantes-brasileiros-de-cloroquina-nao-recomenda-o-remedio-para-covid-19/>. Acessado em: 18 de maio de 2021.

53 THOMASI, Tanise Zago; VARELLA, Marcelo Dias. A proteção integral dos órfãos terapêuticos: a vulnerabilidade da saúde das crianças no desenvolvimento de novos medicamentos. Revista da Faculdade Mineira de Direito, V, v. 20, n. 40, p. 166.

54 DE SÁ, FREIRE et al. A bioética da responsabilidade e a responsabilidade civil dos profissionais de saúde em tempos de pandemia. Revista Jurídica (0103-3506), v. 5, n. 62, 2020, p. 124.

os referidos medicamentos tenham efeitos confirmados, tanto na prevenção como no tratamento⁵⁵.

O CFM admitiu a possibilidade excepcional da utilização da cloroquina e da hidroxicloroquina enquanto perdurar a pandemia de Covid-19, porém para que haja a possibilidade de prescrição é necessário de sejam prescritos em apenas três situações, a primeira seria quando o paciente apresentar sintomas leves, e houver descartado em seu diagnóstico outros vírus, como H1N1, dengue e influenza, e que tiver positivado para a Covid-19⁵⁵.

A segunda possibilidade, seria quando o paciente já apresenta sintomas importantes, mas ainda não necessita de cuidados intensivos, independente da orientação de internação. A terceira possibilidade trata de pacientes em caso crítico, pelo qual necessita de cuidados intensivos, necessitando de ventilação mecânica. Indiferentemente de quais sejam as possibilidades o CFM afirma que é necessário que o médico, para prescrever essas medicações, compartilhe a decisão juntamente com o paciente⁵⁵.

O médico possui a obrigação de esclarecer o paciente ou, na impossibilidade do mesmo, deve informar aos familiares sobre os efeitos colaterais possíveis pelo uso da medicação, devendo explicar que inexistente até o momento trabalho científico ou ensaio clínico elaborado por pesquisadores reconhecidos e pesquisas publicadas em revistas de alto nível informando qualquer benefício que tais medicamentos pudessem trazer, para então colher o termo de consentimento livre e esclarecido do paciente ou de seus familiares na impossibilidade do paciente fazê-lo⁵⁵.

A partir das medidas acima referidas, o que transparece de forma cristalina é a intenção de isentar os profissionais de saúde futuramente de alguma responsabilidade civil pela utilização da cloroquina e da hidroxicloroquina, considerando que de fato ainda não há comprovação científica favorável ao seu uso.

Nota-se que o CFM teve por objetivo utilizar-se do termo de consentimento como um instrumento capaz de respaldar a utilização dos medicamentos por conta e risco do próprio paciente, que por sua vez aceita utilizar tais medicamentos como seu único ou último recurso, em vista de poder alcançar resultados positivos no tratamento.

Conforme o CFM no parecer nº 04/2020, não incorre em infração ética o médico que, observando as possibilidades acima citadas tenha utilizado a cloroquina ou hidroxicloroquina em pacientes portadores da Covid-19⁵⁵. Acredita-se que sob esse aspecto, muitas ações judiciais sejam apresentadas questionando a prescrição desses medicamentos, contrariando o objetivo do referido parecer.

O CFM emitiu uma nova resolução nº 2.292/2021, publicada em 13/05/2021, definindo como experimental o uso da hidroxicloroquina e cloroquina por inalação para tratamento da Covid-19, com o objetivo de reduzir eventos adversos e aumentar a eficácia no tratamento, que somente poderá ocorrer por meio de protocolos de pesquisa aprovados pelo sistema de Comitês de Ética em Pesquisa e Comissão

55 Conselho Federal de Medicina. CFM condiciona uso de cloroquina e hidroxicloroquina a critério médico e consentimento do paciente. Publicado em: 13 de maio de 2021. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/noticias/cfm-condiciona-uso-de-cloroquina-e-hidroxicloroquina-a-criterio-medico-e-consentimento-do-paciente/>. Acessado em: 18 de maio de 2021.

Nacional de Ética em Pesquisa (CEP/Conep), compreendendo o Relator que a utilização por inalação não seria caracterizada como off label⁵⁶.

SARLET e FIGUEIREDO ressaltam que existem limites de ordem técnica e científica, que podem impactar diretamente na efetividade do direito à saúde, e que devem possuir critérios pautados em segurança e eficácia dos tratamentos, momento em que por respeito ao princípio da precaução, da prevenção e da eficiência que são aliados ao princípio da dignidade da pessoa humana, é necessário que se sustente a vedação aos tratamentos e aos medicamentos experimentais, incluindo os medicamentos que não tenham o registro da Anvisa e os medicamentos off label⁵⁷.

Em relação ao consentimento livre e informado, a Resolução nº 2.292/2021 (utilização da cloroquina e da hidroxicloroquina de forma experimental) informa que cabe ao médico e ao paciente a autonomia para que ambos decidam juntos sobre a melhor conduta a ser adotada no caso concreto, objetivando o médico a beneficência do paciente, e nunca a maleficência⁵⁸.

VALÉSI e GOZZO compreendem que é importante que o médico obtenha os termos de consentimento livre e esclarecido com o devido respeito ao paciente em todas as fases, sendo que essa conduta será decisiva em sua eventual responsabilização⁵⁸. Ressaltam que poderia ocorrer a responsabilização do médico em caso de uso de medicamento off label e sem comprovação de eficácia para a Covid-19, quando concomitantemente ocorrer (ação, culpa, nexo causal e dano), juntamente com a omissão do dever de informar o paciente, pois é imprescindível que se colha o consentimento de forma clara, precisa e com uma linguagem acessível, esclarecendo quais os possíveis efeitos colaterais do uso da Cloroquina e da Hidroxicloroquina, evitando interpretações distorcidas e eventuais ações judiciais buscando responsabilização do médico⁵⁸.

Considerações Finais

O conceito de autonomia para a tomada de decisão na atenção à saúde deve ser definido como a escolha autônoma, ato de autogovernança eficaz e não apenas a capacidade de decidir. Essa pode ser uma tarefa difícil quando se considera realidades muito matizadas na prática médica no Brasil.

Ao se discutir a importância do consentimento aos procedimentos médicos, esse entendimento ajuda a reforçar atitudes que levam a pessoa em conta como participante do processo existencial e afastam o paternalismo médico.

Assim, o consentimento ao procedimento médico torna-se indispensável e obriga os médicos a prestar mais atenção às informações fornecidas aos pacientes

⁵⁶ Conselho Federal de Medicina. Resolução do CFM define como experimental uso da hidroxicloroquina e cloroquina por inalação. Publicado em: 11/05/2021. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/noticias/resolucao-do-cfm-define-como-experimental-uso-da-hidroxicloroquina-e-cloroquina-por-inalacao/>. Acessado em: 18 de maio de 2021.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIRERO, Mariana Filchtiner. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas. In RÊ, Aluisio lunes Monti Ruggeri. Temas Aprofundados da Defensoria Pública, Volume 1, 2ª edição, Editora JusPODVM, Pituba, Salvador- BA, 2014, p. 142,143.

⁵⁸ VALÉSI, R. H.; GOZZO, D. Medicação aplicável à COVID-19, consentimento do paciente e responsabilidade civil do médico. Revista IBERC, v. 3, n. 2, p. 241-267, 10 ago. 2020, p. 264.

em virtude da responsabilização dos riscos. De fato, deve haver uma mudança significativa para o reconhecimento e a proteção dos direitos dos pacientes.

Considera-se necessário que haja uma mudança sobre a perspectiva de proteção dos direitos dos pacientes, notadamente face aos acontecimentos ocorridos no período de pandemia de Coronavírus. O termo de consentimento tem mais força de resguardo do profissional da saúde do que a proteção do próprio paciente.

O termo de consentimento livre e informado é um direito do paciente, é um documento que esboça o seu caso clínico, por isso a necessidade de que realmente estejam esclarecidos dos benefícios e os riscos dos tratamentos.

Assim, o termo de consentimento deve ser pautado em limites éticos, advindos da Bioética e do Direito, apresentando uma linguagem clara, trazendo todas as informações necessárias para que o paciente consinta de forma consciente, sem influência e coação.

Por fim é importante priorizar a democratização das informações, o compartilhamento dos saberes de modo a promover a construção de uma ética de solidariedade e de responsabilidade, para reverter o quadro atual da prática médica no país.

Referências

ALDROVANDI, Andrea; BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Exercício da autonomia sobre o corpo e a vida a partir das concepções de Kant e Stuart Mill: fundamentos para a definição de limites terapêuticos em testamento vital. *Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 2 p. 455-468.

BERNARD, Cristina. A responsabilidade civil do médico no Direito francês. In BRAUNER, Maria Claudia Crespo e PIERRE, Philippe (orgs.) *Direitos humanos, saúde e medicina: uma perspectiva internacional*. Rio Grande: Editora da FURG. 2013. P.17-28.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. BÖLTER, Serli Genz. O ser humano e o corpo: contribuições da bioética e do biodireito para a proteção dos direitos da personalidade In: CALGARO, Cleide. PEREIRA, Agostinho Oli Koppe (Org.). *Direito ambiental e biodireito: da modernidade à pós-modernidade*. Caxias do Sul: EducS, 2012, p. 185-207.

CASTRO, Carolina Fernandes de et al. Termo de consentimento livre e esclarecido na assistência à saúde. *Revista Bioética*, v. 28, n. 3, p. 522-530, 2020, p. 526.

DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). *Revista de bioética y derecho*, n. 28, p. 61-71, 2013, p. 63,65.

FREIRE de SÁ, maria de Fátima et al. A bioética da responsabilidade e a responsabilidade civil dos profissionais de saúde em tempos de pandemia. *Revista Jurídica* (0103-3506), v. 5, n. 62, 2020, p. 124.

FREIRE de SÁ, Maria de Fátima. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 195 p.

OLIVEIRA, V. L.; PIMENTEL, D. VIEIRA, M. J. O uso do termo de consentimento livre e esclarecido na prática médica. *Revista Bioética* 2010; 18(3): 705 – 24 p,706.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIRERO, Mariana Filchtiner. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas. In RÉ, Aluisio lunes Monti Ruggeri (org.). *Temas Aprofundados da Defensoria Pública*, Volume 1, 2º edição, Editora JusPODVM, Pituba, Salvador- BA, 2014, p. 142,143.

SILVA, H, B. Beneficência e paternalismo médico. *Rev. Bras. Saúde Matern. Infant.*, Recife, 10 (Supl. 2): S419-S425 dez., 2010

SOARES, Jussara Calmon Reis Souza; CAMARGO Jr., Kenneth Rochel. A autonomia do paciente no processo terapêutico como valor para a saúde. *Interface. Comun. Saúde, Educ.* v. 11, n.21, 2007. p. 65-78.

SOUSA J, ARAUJO M, MATOS J. Consentimento informado: panorama atual em Portugal. *Rev Port Ortop Traum* 23(1): 6-17, [Internet]. 2015, p. 9. Disponível:<http://docplayer.com.br/2893537-Consentimento-informado-panorama-atual-em-portugal.html>. Acessado em: 19 de maio de 2021.

TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Valverde Terra, Gisela Sampaio da Cruz Guedes – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

THOMASI, Tanise Zago; VARELLA, Marcelo Dias. A proteção integral dos órfãos terapêuticos: a vulnerabilidade da saúde das crianças no desenvolvimento de novos medicamentos. *Revista da Faculdade Mineira de Direito | V*, v. 20, n. 40, p. 143.

VALÉSI, R. H.; GOZZO, D. Medicação aplicável à COVID-19, consentimento do paciente e responsabilidade civil do médico. *Revista IBERC*, v. 3, n. 2, p. 241-267, 10 ago. 2020, p. 264.

Recebido em: 19.03.2021
Aprovado em: 19.05.2021

Universidade Lusófona do Porto
Portugal

Volume 2, Número 1,
Ano 2
2021

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt

Análise de alguns princípios estruturantes do direito das contra-ordenações

*Analysis of some structuring principles in administrative
offenses law*

Jorge F. Abrão de Almeida¹

Sumário: Introdução; 1. Funções dos princípios com assento constitucional e distinção entre norma-princípio e norma-regra; 2. Princípio da proporcionalidade; 3. Princípio da culpa; 4. Princípio da legalidade; 4.1. A exigência de lei escrita e o problema da reserva de lei; 4.2. A exigência de lei certa e os limites da indeterminação legal; 4.3. A exigência de lei estrita e a proibição da analogia; Considerações finais.

Resumo: Historicamente, o Direito das Contra-Ordenações tem sua gênese e desenvolvimento na Alemanha, cuja evolução se deu no período ulterior à Segunda Guerra Mundial, sendo o ordenamento jurídico-penal alemão influente na construção do atual modelo de direito contra-ordenacional português. Em Portugal, o Decreto-Lei nº 232/1979 introduz no ordenamento jurídico o regime das contra-ordenações, mas o Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de outubro, que através do seu art. 96º revogou o Decreto-Lei nº 232/1979 e introduziu de forma estável o Regime Geral das Contra-Ordenações (RGCO) e do seu processo. O direito de mera ordenação é direito penal em sentido lato, de modo que justifica a aplicação subsidiária do Direito Penal nos casos omissos pelo Regime Geral de Contra-Ordenações (RGCO), contanto que as normas penais não se contraponham com os princípios constantes das contra-ordenações. Levando em consideração os princípios estruturantes do Direito das Contra-Ordenações, a pesquisa busca analisar alguns princípios constitucionais estruturantes do Direito Penal que também são comuns ao Direito das Contra-Ordenações, como os princípios da proporcionalidade, da culpa e da legalidade. Como resultado, a pesquisa demonstrou que tais princípios possuem maior flexibilidade na aplicação desse direito em virtude de não se estar em causa na intervenção contra-ordenacional a privação da liberdade das pessoas.

Palavras-Chave: Direito; Contra-Ordenações; Princípios.

Abstract: Historically, the Administrative Offenses Law has its genesis and development in Germany, whose evolution took place after the Second World War, with the German legal and penal system influencing the construction of the current model of Portuguese administrative law. In Portugal, Decree-Law No. 232/1979 introduces into the legal system the regime of administrative offenses, but Decree-Law No. 433/82, of October 27, which through its art. 96 revoked Decree-Law no. 232/1979 and introduced the General Regime of Administrative Offenses (RGCO) and its process in a stable manner. The right of mere ordination is criminal law in a broad sense, so that it justifies the subsidiary application of Criminal Law in cases not covered by the General Administrative Offenses Regime (RGCO), if the penal rules do not contradict the principles contained in the contra -ordinations. Taking into account the structuring principles of the Administrative Offenses Law, the research seeks to analyze some constitutional principles structuring of Criminal Law that are also common to the Administrative Offenses Law, such as the principles of proportionality, guilt and legality. As a result, research has shown that such principles have greater flexibility in the application of this right because the deprivation of people's freedom is not at stake in Administrative Offenses Law intervention.

Keywords: Law; Administrative Offenses Law; Principles.

¹ Mestrando em Ciências Jurídicas-Publicísticas pela Universidade Lusófona do Porto, Portugal. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Endereço eletrônico: jorge_abrao@hotmail.com

Introdução

Os fundamentos teóricos do Direito das Contra-Ordenações remontam ao século XVIII no que toca aos antecedentes remotos, de sorte que envolve um conjunto de fatores histórico-filosóficos e histórico-políticos. Nesse período de Estado absolutista surge uma reorganização do Estado e do Direito do qual emerge um (1) “magistério de polícia”, que se organiza em torno de comportamentos que representam perturbações da paz e da ordem pública, de modo que se trata de infrações conhecidas também como delitos políticos; e um (2) “magistério criminal”, que se ocupa de comportamentos cujo desvalor resulta de uma agressão aos fundamentos da sociedade e revestem natureza contratual. Nessa época o poder de polícia institucionalizou-se em uma imensa pirâmide administrativa em que o rei se encontrava no topo, de maneira que a polícia respondia somente perante o rei e as suas inspeções (DIAS, 2018, p.10).

Ainda no século XVIII, com o projeto de Código Criminal, surgem as molduras penais aplicáveis aos delitos políticos, de modo que eram criadas com fundamentos próprios as infrações às regras de governo da polis de caráter administrativo cuja jurisdição administrativa autônoma incumbia de apreciar e julgar essas infrações (DIAS, 2018, p. 11).

Já no século XIX, período em que surge o Estado de Direito liberal e a jurisdicionalização das contravenções, buscava-se combater a ideia de haver poderes do Estado acima do Direito sob sustentação do princípio da divisão dos poderes com respaldo nos princípios da subordinação de toda a atividade administrativa à lei e da jurisdicionalização de todas as medidas restritivas de direitos e liberdades (DIAS, 2018, p. 11).

Nessa época as infrações de polícia passaram a integrar o elenco das infrações penais e a ser designadas como contravenções por influência do Code Penal de Napoleão, de 1810. Os delitos de polícia nada mais eram do que as ditas contravenções. A jurisdicionalização das contravenções foi acompanhada pela sua inclusão nos códigos penais, de sorte que no ordenamento jurídico penal português a maior parte das contravenções encontrava previsão em legislação penal avulsa (DIAS, 2018, p. 13).

Já ingressando no século XX, a doutrina portuguesa exprimia uma preocupação focada na dogmática da natureza dos litígios. Henrique da Silva adianta que o perigo típico da contravenção não é certo nem provável, mas presumido pelo legislador. O autor vai além das questões sistemáticas atinentes ao lugar das contravenções na legislação penal, criticando o Código Penal português, influenciando ainda outros autores, como Beleza dos Santos e Eduardo Correia que exploraram o tema no plano das consequências e da reforma do Direito Penal (apud DIAS, 2018, p. 16).

No tocante aos antecedentes mais próximos, no período entre as duas grandes guerras mundiais, houve uma crescente intervenção estatal na atividade econômica em que se criaram deveres jurídicos cuja violação acarretaria crime ou contravenção. Ganha relevo a teoria do Direito Penal Administrativo cujas bases foram lançadas por Eberhard Goldschmidt e Max E. Mayer. Essa teoria tinha como propósito a reforma legislativa e a criação de um ordenamento sancionatório independente do Direito

Penal, de modo que impunha a distinção entre matéria penal e não penal, e a definição legal de um regime punitivo próprio. Na teoria de Goldschmidt dividiu como espécies de infrações (1) os crimes ou delitos de justiça e (2) os delitos administrativos ou contra-ordenações (*Ordnungswidrigkeit*), classificando sua divisão em infrações penais e contra-ordenações a qual foi vertida na lei das infrações antieconômicas (DIAS, 2018, p. 17-20).

A Lei de Simplificação do Direito Penal Econômico, de 26 de julho de 1949, acolheu a figura do *Ordnungswidrigkeit*, porém não continha o regime jurídico da nova espécie de infrações, de forma que essa lacuna veio a ser preenchida com a Lei das Contra-Ordenações, de 25 de março de 1952. Essa primeira lei possibilita a extensão das novas infrações a outros setores da atividade social e a continuação do programa político-criminal de depuração do Direito Pena de meras infrações administrativas (DIAS, 2018, p. 20).

Nasce, pois, um novo ramo do Direito - Direito das Contra-Ordenações - cuja discussão acerca dos seus pilares fundamentais durou até a edição da Lei de 28 de maio de 1968 (OWIG), de sorte que “definiam-se a figura da contra-ordenação (*Ordnungswidrigkeitengesetz*) como censurável (*Vorwerfbarkeit*)” (PEREIRA, 2015, p. 33). A OWIG veio a substituir aquela de modo a simplificar o processo contra-ordenacional, criando pontes e possibilidades de ligação com o processo penal, ao passo que no plano substantivo eliminou a figura dos tipos mistos acolhidos pela lei anterior e encorpou a parte geral com regras oriundas do StGB.

A evolução da reforma legislativa no Direito das Contra-Ordenações na Alemanha revela uma crescente aproximação ao regime do Código Penal (DIAS, 2018, p. 21). Historicamente, a Alemanha foi campo de gênese e desenvolvimento do direito de mera ordenação social, cuja evolução se deu no período subsequente à Segunda Guerra Mundial (BRANDÃO, 2013, p. 18), de sorte que esse ordenamento jurídico-penal influenciou o direito português na construção do seu atual modelo de Direito Contra-Ordenacional (VILELA, 2013b, p. 11), coroando a teorização da matéria do chamado direito penal administrativo (PEREIRA, 2018, p. 19-20).

Ainda no tocante à evolução histórica, importante lembrar que Portugal não entrou diretamente na Segunda Guerra Mundial, o que justifica o ordenamento jurídico português não conhecer um desenvolvimento tão precoce e acentuado do Direito Penal Administrativo nesta fase. Todavia, o Estado Novo produziu uma complexa legislação penal avulsa em razão da crescente intervenção na vida econômica e social (DIAS, 2018, p. 22).

A origem do Decreto-Lei nº 41.204, de 24 de julho de 1957, que tratou das infrações contra a saúde pública e a ordem econômica, demonstra a preocupação em codificar e ordenar sistematicamente as infrações econômicas, de modo que as inobservâncias das regras e orientações implicavam em infrações disciplinares. Essas infrações também foram referidas no Decreto-Lei nº 48.547, de 27 de agosto de 1968, que regulou o exercício da atividade farmacêutica. As infrações disciplinares corporativas e as sanções dos diplomas mencionados eram ajustadas ao funcionamento de uma economia corporativa (DIAS, 2018, p. 22-25). Alexandra Viela pontua que na ordem jurídica portuguesa, o legislador, quando pretende criar

infrações para específicos campos, como por exemplo o ambiental, o informático, o da saúde, o da regulação da concorrência, recorre ao ilícito penal como também ao de mera ordenação social (VILELA, 2013a, p. 3). Outrossim, esses diplomas podem ser vistos como um embrião das contra-ordenações que emergiram no ordenamento jurídico português (DIAS, 2018, p. 22-25).

Mais tarde, Eduardo Correia contribuiu extraordinariamente para toda a evolução subsequente do Direito Penal português ao lançar as bases do que é hoje o Direito das Contra-Ordenações, de sorte que distinguiu crime e contra-ordenação elencando como pontos essenciais (1) a estrutura do ilícito, (2) a configuração da culpa, (3) a natureza da sanção e (4) a competência processual e punitiva (BRANDÃO, 2013, p. 134), tendo em conta sua importante atuação nos trabalhos de preparação do Projecto de um novo Código Penal.

Em 24 de julho de 1979 é publicado o Decreto-Lei nº 232 que introduz no ordenamento jurídico português o regime das contra-ordenações. As razões trazidas no nº 1 do preâmbulo sinalizam pela necessidade de adotar no ordenamento jurídico português um direito de mera ordenação social, de modo que a carência se justifica pela urgência de um ordenamento sancionatório alternativo distinto do direito criminal. Entretanto, houve suscitação de inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 232 no tocante à falta de competência do Governo para despenalizar as contravenções, consoante o art 1º, nº 3 e 4, posteriormente revogados pelo Decreto-Lei nº 411-A/79.

Nessa esteira evolutiva, foi publicado o Decreto-Lei nº 433/1982, de 27 de outubro que, através do seu art. 96º, revogou o Decreto-Lei nº 232/1979 e introduziu de forma estável o Regime Geral das Contra-Ordenações (RGCO) e do seu processo. Em Portugal, portanto, instituiu-se o ilícito de mera ordenação social primeiramente na Constituição da República Portuguesa (CRP) e posteriormente por esse diploma (VILELA, 2013b, p. 352). Ademais, imperou no ordenamento jurídico português, por quase duas décadas e meia, os crimes, as contra-ordenações e as contravenções regulados, respectivamente, pelo Código Penal de 1982, pelo Decreto-Lei nº 433/82 e pelo Código Penal de 1886 (DIAS, 2018, p. 30).

As normas sobre contravenções permaneceram em vigor quando tratadas pelo Decreto-Lei nº 17/91, de modo que preservou predito diploma a matriz da contra-ordenação que a distingue das clássicas formas do ilícito administrativo: a ligação de direito penal e processual penal à título de direito subsidiário. Termina, pois, importante etapa da implementação do ilícito de mera ordenação em Portugal (DIAS, 2018, p. 30) que, para Augusto Silva Dias, na constituição do ilícito típico das contra-ordenações, é mais nítida a influência jurídico-administrativa do que a jurídico-penal (DIAS, 2018, p. 44).

Voltando os olhos para o Decreto-Lei nº 433/82, algumas alterações no mencionado diploma caminharam no sentido de aproximar o regime das contra-ordenações aos princípios e quadros categoriais do Direito Penal, isto é, a criação de um Direito Penal de “segunda velocidade”, tese levantada por Silva Sanchez, no ordenamento jurídico espanhol (VILELA, 2013b, p. 24). Nessa esteira evolutiva, em Portugal, o Direito das Contra-Ordenações converteu-se progressivamente no instrumento sancionatório por excelência do Estado regulador, de sorte que chega em

Portugal um modelo que, no domínio contra-ordenacional, passa pela existência de um RGCO e de regimes setoriais contra-ordenacionais (contra-ordenações laborais, fiscais, segurança social, entre outros) de que aquele primeiro funciona, em regra, como legislação subsidiária (PEREIRA, 2015, p. 6).

A realidade normativa e social da época fez com que alguns autores propusessem a distinção de regimes jurídicos entre as contra-ordenações “modernas” e as “tradicionais” (DIAS, 2018, p. 32-34). É essa clivagem que fundamenta a necessidade de se revisar o Direito das Contra-Ordenações no sentido de criar um regime punitivo e processual a “duas velocidades” com sede no RGCO (DIAS, 2018, p. 35).

A esse respeito, Alexandra Vilela considera haver fundamento para distinguir contra-ordenações dotadas de conteúdo ético social e contra-ordenações de “ordenação social”, destituídas desse conteúdo (VILELA, 2013b, p. 307 e ss), de forma que traz propostas para a reforma do Direito das Contra-Ordenações vigente. Sobre essa questão, Silva Dias entende que “a distinção entre infrações de mera ordenação e contra-ordenações com conteúdo ético social não é suficientemente preciso e seguro para perceber em cada caso a que regime punitivo deve-se submeter uma determinada contra-ordenação” (DIAS, 2018, p. 37).

De todo modo, insta destacar que o território das contra-ordenações é marcado pela disfuncionalidade dos comportamentos. A distinção entre contra-ordenações tem de ser encontrada dentro deste território, convocando critérios como a relevância social do interesse de ordenação e causa, o grau de perturbação que a conduta provoca à promoção desse interesse, e a desnecessidade ou inconveniência de sujeição da conduta a um regime jurídico mais rigoroso e solene, ou seja, mais próximo dos princípios e regras do Direito Penal e Processual Penal (DIAS, 2018, p. 41).

A respeito da localização do Direito das Contra-Ordenações no quadro da ordem jurídica, razões materiais e históricas indicam tratar-se de um ramo do Direito Público, antes tratado como um filho “bastardo” (Goldschmidt) do Direito Penal e do Direito Administrativo, cuja natureza do ilícito é administrativa enquanto cabe para esse domínio alguns princípios e garantias de defesa característicos do Direito Penal.

O conceito formal de contra-ordenação é apresentado pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 433/82 como “todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima” e o Código Penal também o traz quando trata da infração consoante o princípio da legalidade. Insta observar que a exigência de que o fato ilícito seja censurável tem por subjacente o princípio *nulla poena sine culpa* (PEREIRA, 2018, p. 24), princípio com previsão no art. 8º da RGCO e no Código Penal.

Alexandra Vilela leciona que contra-ordenação é todo o facto ilícito, típico e censurável que ou viola o dever administrativo ou viola uma norma que proteja ou promova o bem-estar social, além de ser também toda infração que visa proteger bens jurídicos com dignidade penal, embora não seja necessário aplicação da pena (prisão e multa), mas a lei comine uma coima que, por sinal, é a sanção principal única do ilícito de mera ordenação social (VILELA, 2013a, p.1). Logo, a coima, diferente de multa, é uma “sanção pecuniária” (PEREIRA, 2018, p.23) própria do direito das contra-ordenações, que restringe direitos patrimoniais e liberdades econômicas.

A doutrina tem debatido a questão concernente à distinção entre crime e contra-

ordenação (PEREIRA, 2018, p. 21 e ss; DIAS, 2018, p. 45 e ss), de modo que elencam-se entre as posições (1) a que considera não haver mais do que uma diferença quantitativa ou de gravidade entre ambas as formas de ilícitos, (2) a que defende a existência entre as duas infrações de uma diferença material ou qualitativa, e (3) a que sustenta pela teoria mista, qualitativa-quantitativa, porquanto varia a resposta em conformidade ao termo de comparação em que é constituído pelo Direito penal nuclear ou Direito penal secundário.

Faria Costa leciona que “Entre o Direito Penal e o direito de mera ordenação social intercede uma diferença qualitativa e não meramente quantitativa” (COSTA, 2017, p. 35), concluindo que o Direito penal vive e se estrutura pelo crime e pela pena, enquanto o direito de mera ordenação se constrói por meio da contra-ordenação e da coima. Por isso já basta o sentido literal do art. 1º do RGCO que deixa bem clara a estrutura para que se defenda para o direito de mera ordenação social, tendo em conta a categoria dogmática da contra-ordenação e a categoria sancionatória que a coima representa (COSTA, 2017, p. 36).

Alexandra Vilela entende o ilícito de mera ordenação como pertencendo à ciência do direito penal total ou conjunta, assim acompanhando Faria Costa (VILELA, 2013a, p. 4). Em sua obra, seguida por Figueiredo Dias, a autora se refere que “é inconcebível aceitar que a quantidade, uma vez atingido um certo grau, se transfigure em qualidade” (DIAS, 1983, p. 330), concluindo que o direito de mera ordenação social pertence ao Direito Penal e vive uma intensa relação com o Direito penal secundário (VILELA, 2013b, p. 211;12). Ana Maria Pereira compartilha do mesmo raciocínio de Faria Costa ao afirmar que “a adesão a um critério misto quantitativo-qualitativo, efectivamente, a diferenciação é feita através de um critério qualitativo” (PEREIRA, 2013, p. 28-29).

Em síntese, ensina Beça Pereira que o Direito Contra-Ordenacional é um direito público sancionatório (cf. DIAS, 2018, p. 15; ALBUQUERQUE, 2011, p. 29) e é hoje um ramo do direito penal secundário (cf. DIAS, 1889/1990, p. 22; COSTA, 2017, p. 22; VILELA, 2013b, p. 243 e ss) “com uma conexão” (ALBUQUERQUE, 2011, p. 29) em virtude dos bens jurídicos que tutela, dos princípios em que se funda, da relevância social conferida pelo legislador, do direito que subsidiariamente recorre, e pelo peso de algumas das coimas e das sanções acessórias que prevê (PEREIRA, 2018, p. 22).

Não se pode deixar de anotar a autonomia do direito substancial das contra-ordenações em relação ao direito penal no tocante ao fato de a extinção da responsabilidade criminal decorrente do pagamento de impostos não incluir as infrações contra-ordenacionais (ALBUQUERQUE, 2011, p. 29).

Alexandra Vilela ensina que o Código Penal, nos termos do artigo 32º, do RGCO, é aplicável subsidiariamente às questões substanciais que o seu regime geral não resolve, sendo válidos os princípios da legalidade e da tipicidade (artigo 2º), da não retroatividade da lei (artigos 5º e 3º, nº 2), da territorialidade em sentido estrito (artigo 4º e 6º), da responsabilidade irrestrita das pessoas colectivas, enquanto o traçado processual das contra-ordenações encontra-se previsto entre os artigos 33º a 58º, do RGCO (VILELA, 2013a, p. 4).

Para efeitos de cumprimento da Convenção Europeia dos Direitos Humanos

(CEDH), as contra-ordenações podem constituir matérias criminais e as garantias da predita Convenção aplicam-se no direito e processo contra-ordenacional. Ademais, insta esclarecer que o preâmbulo do Decreto-Lei 433/82, em seu nº 2, trata da urgência de conferir efetividade ao direito de ordenação social como ramo distinto e autônomo do direito penal em razão das transformações concretizadas no ordenamento jurídico português, sobretudo do quadro jurídico-constitucional que reconhece e estrutura o direito contra-ordenacional consoante princípios com assento constitucional, como os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da culpa, e que estruturam o Direito das Contra-Ordenações.

1. Funções dos princípios com assento constitucional e distinção entre norma-princípio e norma-regra

Em linhas iniciais é necessário entender a definição do termo “princípios”, de maneira que Aristóteles encontrou vários significados para defini-lo, a saber: ponto de partida do movimento de uma coisa; a melhor partida; o elemento primeiro e imanente da geração, aquilo do qual parte um processo de conhecimento (premissas) (apud PEIXINHO, 2000, p. 101-102).

A distinção entre norma-regra e norma-princípio “constitui a base da fundamentação jusfundamental (ALEXY, 1993, p. 81 e ss). Essa diferenciação é trazida por Robert Alexy de sorte que aponta uma distinção entre regras e princípios em comparação à hermenêutica de Ronald Dworkin. Enquanto em Dworkin regras são as normas jurídicas positivas nos textos jurídicos (Constituição, leis, precedentes) e princípios são os princípios de moralidade política que justificam as regras, em Alexy tanto as regras quanto os princípios são uma questão de positividade. Outrossim, a teoria do direito constitucional alemã adota como um dos critérios o grau de generalidade da norma, o que significa dizer que quanto mais genérica for a norma, mais caráter de princípio ela tem (ALEXY, 1993, p. 82).

Ivo Dantas conceitua princípio como sendo uma “[...] categoria lógica e, tanto quanto possível, universal, muito embora não possamos esquecer que [...] refletem a própria estrutura ideológica do Estado, como tal, representativa dos valores consagrados por uma determinada sociedade” (DANTAS, 1995, p. 59). Nesse sentido, os princípios constituem-se em mandamentos nucleares e basilares de um sistema, são base fundamental do ordenamento normativo no tocante à seara jurídica, de modo que atuam como critérios orientadores para direcionar a elaboração e aplicação das outras normas jurídicas.

Em relação à natureza jurídica dos princípios jurídicos, questão um tanto polêmica, prevalece o entendimento no sentido de que são espécies de normas jurídicas, posto que, consoante a corrente pós-positivista, são a pedra angular do sistema constitucional com caráter normativo e vinculante na resolução de problemas concretos. Além disso, insta ressaltar que os princípios jurídicos são normas jurídicas hierarquicamente superiores às regras jurídicas, por isso essas não podem contrariá-los, sob pena de colocar em risco tanto a lógica quanto a racionalidade do sistema normativo.

Posto isso, merece destaque alguns princípios estruturantes do Direito Penal - proporcionalidade, culpa e legalidade – que são comuns ao Direito das Contra-ordenações, cuja característica para aplicação nesse direito é dotada de flexibilidade em virtude de não se estar em causa na intervenção contra-ordenacional a privação da liberdade das pessoas. Por isso a força normativa desses princípios varia conforme a razão direta da espécie e medida de restrição dos direitos que decorre das típicas formas de intervenção daqueles na área do Direito. Igualmente, a questão da flexibilidade e da adequação dos princípios constitucionais é tema debatido no Tribunal Constitucional (cf. acórdãos ns. 659/2005 e 461/2011), de modo que reconhece a necessidade flexibilizatória destes quando aplicáveis ao Direito das Contra-ordenações (DIAS, 2018, p. 57).

Esses princípios desempenham um papel configurador do regime punitivo das contra-ordenações e exercem importante função interpretativa e aplicativa. Nessa esteira insta ressaltar o preceituado no art. 18º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa (“1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”), cujo conteúdo do respectivo artigo integra o essencial do regime constitucional específico dos direitos, liberdades e garantias, de sorte que o preceito implica a força normativa e os limites da relevância da Constituição no contexto da ordem jurídica global (CANOTILHO; MOREIRA, 1993, p. 144).

No tocante ao sentido de garantia dos princípios da proporcionalidade e da culpa, “são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas” porquanto obrigam e revelam no exercício da competência sancionatória, quando da concreta interpretação e aplicação das normas contra-ordenacionais (DIAS, 2018, p. 57-58), o que significa dizer que essas regras normativas devem estar em consonância com os respectivos princípios, considerando, sobretudo a flexibilidade que contraem no Direito das Contra-Ordenações.

2. Princípio da proporcionalidade

A Lei Complementar nº 1/82 deu expressa guarida constitucional ao princípio da proporcionalidade (art. 18º, nº 2, 2ª parte, CRP), mas antes disso, mesmo diante da ausência de texto expresso, era considerado um princípio material inerente ao regime dos direitos, liberdades e garantias (CANOTILHO; MOREIRA, 1993, p. 151).

Tendo em conta que as coimas restringem a liberdade económica e patrimonial, deve ser respeitado o princípio da proporcionalidade na cominação e aplicação das coimas considerando a gravidade das infrações, consagrado no art. 18, nº 2, da Constituição da República Portuguesa.

Em análise ao dispositivo constitucional, Gomes Canotilho ensina que o regime próprio dos direitos, liberdades e garantias constitucionais não veda de todo a probabilidade de restrição, por via de lei, do exercício desses direitos, liberdades e garantias. Essas restrições, todavia, estão submetidas a alguns rigorosos requisitos, de modo que será constitucionalmente legítima essa restrição nos casos em que respeitar algumas condições. A primeira delas refere-se à previsão expressa pela

Constituição admitindo essa restrição (nº 2, 1ª parte). A segunda condição é que a restrição tenha em vista salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (nº 2). A terceira condição é que seja a restrição exigida por essa salvaguarda e se limite à medida necessária de modo a alcançar esse desígnio (nº 2, 2ª parte). Por último, a condição de que a restrição não extinga o direito em causa alcançando o teor essencial da respectiva norma (nº 3). Insta observar que essas condições são requisitos cumulativos (CANOTILHO; MOREIRA, 1993, p. 148-149).

Segundo a doutrina constitucional, o princípio da proporcionalidade decompõe nos seguintes corolários no tocante à sujeição das leis restritivas: princípio da exigibilidade, princípio da necessidade, princípio da adequação e princípio da proporcionalidade em sentido estrito (CANOTILHO; MOREIRA, 1993, p. 140 e ss; MIRANDA; MEDEIROS, 2010, p. 41 e ss).

Augusto Dias observa que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito notadamente assume sublime relevância no tocante à correspondência entre a gravidade das infrações e a gravidade das coimas, de sorte que se deve atentar ao escalão de critérios ao aplicar as sanções, ou seja, as sanções mais graves aplicam-se às contra-ordenações mais graves, as menos graves às contra-ordenações mais leves, e assim sucessivamente (DIAS, 2018, p. 58).

Observa ainda que a exigência de proporcionalidade não parece ser obedecida pela Lei da Concorrência vigente no ordenamento jurídico português porquanto o legislador não estatuiu uma coima para cada tipo contra-ordenacional. Embora o legislador tenha ampla margem na definição dos montantes das coimas, a proporcionalidade requer uma ponderação sobre a gravidade do ilícito e da culpa de cada infração, de modo que se deve evitar a desproporcionalidade das sanções.

3. Princípio da culpa

Em linhas iniciais cumpre ressaltar que a culpa, enquanto princípio jurídico, encontra seu baldrame constitucional no próprio valor da dignidade humana, o que já infere que fica ou deve ficar já afastada preliminarmente toda e qualquer probabilidade de fundamentação da culpa a partir da perspectiva de prevenção (COSTA, 2015, p. 327).

Crespo Pereira lembra, sob a óptica das contra-ordenações no ordenamento jurídico alemão, autores alemães como Heliana Maria de Azevedo Coutinho diziam que “o agente não se conduz dolosa ou culposamente (Schuldhaft) apenas merecendo uma censura social por meio de coima (Geldbusse) por ter agido contrariamente aos seus deveres de cidadão de um Estado social” (PEREIRA, 2015, p. 33)

No ordenamento jurídico português é ademais princípio basilar do Código Penal assim como o é no Direito das Contra-Ordenações. O RGCO ainda na versão do Decreto-Lei nº 232/79 previa que “a lei determinará os casos em que uma contra-ordenação pode ser imputada independentemente do carácter censurável do facto” (art.1º, nº 2) e complementava que nesses casos não haveria lugar à imputação de dolo e negligência (art. 8, nº 1). Nesse sentido, era admitida a responsabilidade contra-ordenacional à revelia total do princípio da culpa. O Decreto-Lei nº 433/82 mudou

parcialmente esse regime por meio da supressão da reserva da parte inicial do art. 8º, nº 1, de modo a instituir o princípio da culpa na sua dimensão de imputação subjetiva. Esse cenário foi alterado pelo Decreto-Lei nº 244/95 porquanto mandou “eliminar a possibilidade de punição de contra-ordenações independentemente do carácter censurável do facto”, o que fez o princípio da culpa adquirir plena vigência no Direito das Contra-Ordenações (DIAS, 2018, p. 63-64).

Considerando que o Decreto-Lei nº 232/79 não avançava nenhum critério qualitativo ou quantitativo para determinar as contra-ordenações que poderiam ser punidas ainda que não houvesse culpa, a questão era deixada à decisão do legislador. Por essa razão teria esse diploma, se mantido em vigor, auxiliado para que outros setores das contra-ordenações “modernas” assentassem hoje em responsabilidade sem culpa. Insta observar que na Lei de Concorrência não contém um rol fechado de fatores de determinação da medida da coima e não faz menção à culpa entre os critérios ali traçados.

Faria Costa leciona que o princípio da culpa revela a ideia de reprovação individual e cuja noção de culpa se desdobra no quadro de princípio orientador de política criminal, no plano de ideia regulativa e no horizonte da pura censurabilidade concreta (COSTA, 2015, p. 329). Beça Pereira leciona que a culpa, no ilícito de mera ordenação, traduz-se na imputação do fato à responsabilidade social do agente, o que ocorre de modo distinto no ilícito penal, em que se funda na censura ética do agente (PEREIRA, 2018, p. 57).

No direito contra-ordenacional, pois, infere-se que o significado do princípio da culpa resulta de uma decomposição desse princípio na imputação subjetiva, censura da culpa e critério de medida da coima, segmentos aplicáveis com maior flexibilidade dogmática e probatória nesse direito quando comparada a sua aplicação no Direito Penal (DIAS, 2018, p. 64-65). Isso porque a justiça penal é um valor que se mede pelos resultados e nesse âmbito o princípio da culpa “[...] detém a autonomia do normativo, estrutura-se na complexidade multifacetada do diálogo que realiza com o real-problemático do Direito Penal” e também “cumpre-se na prática fecunda da realização do justo historicamente situado” (COSTA, 2015, p. 330).

Em relação à flexibilidade desse princípio no Direito das Contra-ordenações em comparação ao Direito Penal decorre da circunstância de ser o direito contraordenacional constituído pelo papel social. Esse papel fornece o padrão de cuidado cujo cumprimento constitui o desvalor da ação em se tratando do plano da imputação subjetiva, particularmente na negligência, enquanto que no plano da culpa, a censura é o papel defeituoso do papel, isto é, o desvio no tocante ao procedimento-padrão no setor da atividade em causa (DIAS, 2018, p. 64-65).

Por outro viés, a medida da culpa contra-ordenacional, em comparação à culpa penal na medida da pena, não tem um peso tão marcante e decisivo na medida da coima. Crespo Pereira salienta que a comparação da pena de multa com coima faz-se de maneira cada vez mais difícil, porquanto ambas comungam do atributo da patrimonialidade (cf. art. 47º do Código Penal e art. 17º do RGCO) sendo ambas aplicadas pelo Estado por via de Tribunais e das entidades administrativas e, mais atualmente, por entidades reguladoras que, sem embargo, são supervisionadas pelo

Estado (PEREIRA, 2015, p. 36).

Augusto Dias aponta que a doutrina, pois, tem reconhecido que a coima, diversamente da multa, tem como papel absorver as vantagens econômicas e oriundas da infração, ainda que essa não seja uma função exclusiva e ilimitada (DIAS, 2018, p. 66).

Na reforma do RGCO promovida pela Lei nº 13/95 definiu-se o objetivo de elevar o limite das coimas até ao montante do benefício económico “sem que tal elevação possa exceder um terço do limite legalmente estabelecido”, consoante redação do art. 3º, alínea d, DL nº 433/82. Hoje esse limite máximo figura no art. 18, nº 2 do mesmo diploma. Tendo em conta que a culpa não define isoladamente o limite máximo da coima, contrariamente do que ocorre na responsabilidade penal, também é verdade que ela pressiona a fixação da coima em medida inferior à que resulta da ponderação de fatores como as vantagens económicas e a necessidade de prevenção geral quando apontar no sentido contrário ao destas (DIAS, 2018, p. 66). A culpa conta com certo espaço de realização na medida da coima cuja possibilidade de determinar sua atenuação consta no art. 18, nº 3 do RGCO.

O tema das coimas fixas chegou aos tribunais, de modo que no Tribunal Constitucional a jurisprudência passou a reconhecer a vigência do princípio da culpa no Direito das Contra-Ordenações. A posição dominante fixou entendimento, no tocante ao princípio da culpa, admitindo-se uma “diferente gradação da sua força impositiva nessa área sancionatória” (acórdão nº 481/2010), defendendo, pois, a não transposição para o domínio das coimas das razões que sustentam a inconstitucionalidade da cominação de penas fixas. A previsão de coimas fixas pode estar inquinada de inconstitucionalidade por violação do princípio da culpa nos casos em que as contra-ordenações não forem praticadas em massa (DIAS, 2018, p. 66-67). Quanto aos tribunais judiciais, o entendimento firmado no Tribunal do Porto (acórdão de 3 de fevereiro de 2011) é no sentido de se tratar de norma inconstitucional o art. 27, nº 1, do DL 399-F/84, no tocante a coima fixa estabelecida, em virtude de violar os princípios constitucionais da culpa, da igualdade, da legalidade e da proporcionalidade (DIAS 2018, p. 67).

Ainda no âmbito dos tribunais, o princípio da culpa obteve seu reconhecimento no Tribunal da Relação de Coimbra (acórdão 529/2008) como princípio basilar do direito contra-ordenacional. O entendimento firmado exige que seja imputado à título de dolo ou negligência no cometimento do fato para que exista à culpabilidade do agente. Na aceção dos termos, o dolo constitui-se na prática do fato descrito na lei contra-ordenacional enquanto a negligência caracteriza-se pela falta de atenção e por isso viola um dever de cuidado (PEREIRA, 2018, p. 58).

Logo, o *nullum crimen sine culpa* demonstra uma extraordinária conquista civilizacional porquanto superou o modelo de responsabilidade objetiva, de sorte que implica em evidente racionalização e humanização do *jus puniendi*. O seu âmbito de vigência, portanto, alcança somente quando se trata da imposição de uma pena.

4. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade consagrado na Constituição da República Portuguesa dispõe que “1. Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior” (art. 29º, nº 1 da CRP). No direito substantivo contra-ordenacional, o Decreto-Lei nº 433/82 salvaguarda que “Só será punido como contra-ordenação o facto descrito e declarado passível de coima por lei anterior ao momento da sua prática (art. 2º)”, enquanto no direito processual “O processo das contra-ordenações obedecerá ao princípio da legalidade” (art. 43, RGCO).

A aplicação do princípio da legalidade ao direito contra-ordenacional decorre diretamente do princípio da segurança jurídica, consoante se extrai de pronunciamento do Tribunal Constitucional em um caso em que estava em causa o ilícito disciplinar (acórdão nº 666/1994). Segundo seu entendimento, a regra da tipicidade das infrações, corolário do princípio constitucional da legalidade, não cabe para esse direito assim como vale no domínio do direito penal. Isso porque se fazem sentir em menor grau as exigências de tipicidade nos demais ramos do direito público sancionatório (DIAS, 2018, p. 67-68).

Gomes Canotilho leciona que o preceito do dispositivo constitucional contém o essencial do regime constitucional da lei criminal quando declara ser criminalmente “punível uma acção ou omissão” (art. 29, nº 1, CRP), pois a definição de um determinado crime conseqüentemente cabe a previsão da sua respectiva pena, já que “não existe crime sem pena, nem pena criminal sem crime”. A Constituição, ademais, determina que “[...] só deve haver sanção criminal quando tal se mostre necessário para salvaguardar esses bens constitucionais” (CANOTILHO; MOREIRA, 1993, p. 191).

Do mesmo modo que é aplicado na teoria da lei penal, o princípio da legalidade contra-ordenacional desdobra-se em quatro corolários e que encontram acolhimento no Direito das Contra-Ordenações e dos quais decorrem as exigências (1) de lei escrita, (2) de lei estrita, (3) de lei certa e (4) de lei prévia (DIAS, 2018, p. 68).

4.1. A exigência de lei escrita e o problema da reserva de lei

O ultimato de lei escrita tem como função impedir que jurisprudência, costumes e usos sociais se constituam fontes de criação de contra-ordenações, assim como na criação ou agravamento de coimas ou sanções acessórias. Todavia, as contra-ordenações singulares e suas sanções não se limitam constitucionalmente à reserva de lei, contrariamente dos crimes e das penas, porquanto essa reserva abrange somente o Regime Geral da Constituição (cf. art. 165º, nº 1, alínea d, CRP) (DIAS, 2018, p. 68).

No Direito das Contra-Ordenações, diferentemente do que ocorre no Direito Penal, o princípio da legalidade contrai maior flexibilidade no tocante à matéria de fontes normativas. Corrobora com essa afirmação a previsão das antigas contravenções em que a punição era somente a multa (cf. 486º do CP/1886). O que podia ser colocado como oposição a essa solução se levado em conta que a criação

de contra-ordenações produz uma restrição de direitos, liberdades e garantias que deve revestir a natureza de lei formal (cf. art. 18, n.º 3, CRP: “3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”).

Gomes Canotilho aponta como um dos requisitos de legitimidade das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias “o seu carácter geral e abstracto” (n.º 3, 1.ª parte). Não basta que as leis sejam formalmente ou aparentemente gerais e abstractas, devem, pois, possuir as tradicionais características da lei, de modo que não tem lugar, neste domínio, as modernas figuras da lei (leis-medida, leis-plano, leis-de-grupo, para não falar nas leis-acto-administrativo), que todavia não estão constitucionalmente proibidas noutros domínios (CANOTILHO; MOREIRA, 1993, p. 151).

No tocante ao problema da reserva de lei, trata-se de um requisito importante da legitimidade constitucional das restrições aos direitos, liberdades e garantias, tendo em conta o duplo sentido da reserva de lei (material e formal). Significa a reserva de lei material que os direitos, liberdades e garantias somente podem ser restringidos (ou regulados) por via de lei e nunca por regulamento. Inclui dizer que não se admite a lei delegar em regulamento ou diferir para ele qualquer aspecto desse regime. Já a reserva de lei formal significa dizer que os direitos, liberdades e garantias somente podem ser regulados por lei da Assembleia da República ou, nos termos do art. 168.º, por decreto-lei governamental devidamente autorizado, havendo casos constitucionalmente previstos (cf. art. 167.º) em que não existe sequer essa possibilidade de delegação (CANOTILHO; MOREIRA, 1993, p. 153).

Silva Dias interpreta o art. 18, n.º 3, da CRP conjuntamente com outros dispositivos constitucionais, nomeadamente o art. 165, n.º, alínea d, que estende “[...] à criação de contra-ordenações singulares uma exigência de que a lei fundamental reserva às alterações ao RGCO”, completando que “[...] somente estas devem ser objecto de lei formal” (DIAS, 2018, p. 69). No plano concreto, Silva Dias não considera inconstitucional os preceitos do Regulamento dos Resíduos Sólidos da cidade de Lisboa por violação ao princípio da reserva de lei formal, entre outros mencionados por ele, que preveem contra-ordenações e coimas (DIAS, 2018, p. 70). Alexandra Vilela conclui esse raciocínio, concernente à sujeição a reserva de lei em sentido formal nas contra-ordenações, salientando que não deve o n.º 3 receber interpretação à revelia do conjunto do art. 18.º, já que aqui cabe aplicação do princípio da proporcionalidade no tocante às exigências de formalização da lei e a variação na razão direta da gravidade das coimas e das sanções acessórias cominadas (VILELA, 2013b, p. 70).

Os ensinamentos de Silva Dias acerca da variação na razão direta da gravidade das coimas e das sanções acessórias cominadas apontam no sentido de que se sujeitam à reserva de lei formal as contra-ordenações designadas “modernas” sancionadas com coimas elevadas e com sanções acessórias mais gravosas, enquanto que as infrações “tradicionais”, como as contra-ordenações de lixo domésticos pelos municípios, podem constar de regulamento da Câmara Municipal (DIAS, 2018, p. 70).

Gomes Canotilho aponta como aspectos específicos do princípio da legalidade,

primeiramente, a reserva de lei da Assembleia da República em matéria de crimes, penas, medidas de segurança e seus pressupostos, de modo que pode o Governo legislar somente sobre essas matérias por meio de autorização daquela (art. 168º, nº 1, alínea c, CRP). Também, ressalta a proibição de intervenção normativa de regulamentos, não podendo a lei cometer-lhes tal competência. Por último, a exclusão do direito consuetudinário como fonte de definição de crimes ou de punição penal (CANOTILHO, 1993, p. 192).

Embora não façam parte da fonte direta de contra-ordenações assim como não o fazem os usos e os costumes, a jurisprudência conforme as suas correntes fixam o sentido da lei e coordenam sua aplicação, mas a definição de termos e limites do exercício de atividades consideradas inadequadas socialmente é competência do legislador, por exemplo, quando estiver em pauta razões de interesse público que justifiquem medidas de redução do âmbito da proibição a certas tradições ou práticas culturais.

4.2. A exigência de lei certa e os limites da indeterminação legal

O princípio da legalidade (art. 29º, nº 1 da CRP) tem como corolários os princípios da *lex certa*, *prævia* e *stricta*, porém tanto o RGCO quanto a CRP são omissos a respeito das vertentes de lei certa (que significa exigência de tipicidade das contra-ordenações) e da lei estrita (que significa proibição da analogia). A esse respeito Gomes Canotilho trouxe algumas observações ao tecer comentários acerca do art. 29, nº 1º da CRP:

O princípio da tipicidade abrange os seguintes requisitos: (a) suficiente especificação do tipo de crime (ou dos pressupostos das medidas de segurança), tomando ilegítimas as definições vagas, incertas, insusceptíveis de delimitação; (b) proibição da analogia na definição de crimes (ou de pressupostos de medidas de segurança); (c) exigência de determinação de qual o tipo de pena que cabe a cada crime, sendo necessário que essa conexão decorra directamente da lei. O princípio da tipicidade exclui tanto as fórmulas vagas na descrição dos tipos legais de crime, como as penas indefinidas ou de moldura tão ampla, que em tal redunde (CANOTILHO, 1993, p. 192) Comentário ao art. 29, nº 1

Na doutrina defendia já Figueiredo Dias que “se conduzem para o Direito das Contra-Ordenações as mesmas garantias constitucionalmente conferidas ao Direito Penal, mormente as resultantes dos princípios da legalidade e da aplicabilidade da lei mais favorável”. Vale preconizar também no Direito das Contra-Ordenações “a proibição de aplicação analógica in malam partem e a exigência de tipicidade e consequente determinabilidade” (DIAS, 1983, p. 330).

A exigência de lei certa visa impedir a utilização de conceitos extremamente indeterminados ou técnicas em branco difusas, que podem ampliar o espaço de apreciação, possibilitando a anulação do liame do aplicador à lei (DIAS, 2018, p. 77). Acerca dos limites da indeterminação legal, Nuno Brandão ensina que “igualmente em imediata consonância com a exigência de determinabilidade resultante do princípio constitucional da legalidade criminal (art. 29º, nº 1 da CRP), só é admissível uma

responsabilização contra-ordenacional com base num acto normativo suficientemente determinado (arts. 1.º e 2.º do RGCO)” (BRANDÃO, 2013, p. 797).

No Tribunal Constitucional, o Acórdão n.º 41/2004 pronunciou-se aí pela inaplicabilidade do art. 29º, avocando portanto o princípio do Estado de Direito como fonte direta e imediata do “pensamento constitucional que o direito sancionatório público, enquanto restrição relevante de direitos fundamentais, participa do essencial das garantias consagradas explicitamente para o direito penal, isto é, do núcleo de garantias relativas à segurança, certeza, confiança e previsibilidade dos cidadãos” (acórdão 41/2004).

A partir dessa linha aberta pelo Acórdão 41/2004 culminou a posição de que é um erro pretender ampliar ao direito das contra-ordenações as projeções normativas do princípio da legalidade sancionatória previsto no art. 29º, 1, 3 e 4, da CRP, sendo “assim bem certo que a exigência de determinabilidade do tipo predominante no direito criminal não opera no domínio contra-ordenacional” (acórdão 41/2004) (BRANDÃO, 2013, p. 800-801).

Pinto de Albuquerque, entretanto, leciona que não se pode afastar o art. 29º da CRP do espaço contra-ordenacional, porque sempre emergirá a garantia dotada de força normativa supra-legal constituída pelo princípio da legalidade acolhido pela CEDH no seu art. 7º (Cf. ALBUQUERQUE, Art. 1º, n.º m. 10.)

Insta ressaltar que a proibição, notadamente de conceitos de elevado grau de indeterminação ou de técnicas em branco difusas, tem menor rigor e alcance no tocante à contra-ordenação em comparação ao Direito Penal, aplicando-se em situações de indeterminações extremas. Essa proibição, portanto, aplica-se às leis em branco globalmente remissivas e as sucessivamente remissivas (DIAS, 2018, p. 71-72).

O princípio da legalidade determina que a lei em branco faça de modo minimamente claro e objetivo a remissão interna ou externa ao diploma legal ou regulamentar em causa.

A esse respeito, o Tribunal Constitucional acordou que “o direito de mera ordenação social poderá adequar-se ao essencial das exigências em sede de direito penal, nomeadamente de direito penal secundário, em que haja remissão para normas técnicas”. No mesmo acórdão, também pronunciou no sentido de que “[...] Uma norma remissiva não pode ser vazia de orientação da conduta dos seus destinatários” (acórdão 41/2004). Nesse sentido, corrobora Silva Dias sustentando que somente assim poderá haver “uma conexão entre previsão e estatuição típicas que seja informativa para o conjunto dos destinatários e perceptível para o aplicador”, tendo em conta tratar-se de uma determinação irrevogável do princípio da legalidade, independentemente da sua flexibilidade (DIAS, 2018, p. 73).

Também ocorre a violação ao princípio da legalidade no tocante às leis em branco sucessivamente remissivas, haja vista o percurso que abrange uma série de disposições legais ou regulamentares, independentemente seja a previsão no mesmo ou em diploma distintos.

No Tribunal Constitucional, discutiu-se a aplicação aos tipos e sanções contra-ordenacionais em branco um outro critério no quadro de compatibilidade

dos tipos penais em branco com as exigências da lei certa e determinada referente à disposição que preenche ou para a qual se remete tenha “carácter meramente técnico e não inovador” (cf. acórdão 492/1995; 534/1998; 115/2008). A esse respeito Silva Dias tece suas observações no sentido de que a disposição complementar deve ser compreendida à luz das regras de interpretação válidas no Direito das Contra-Ordenações, o que nesse caso exclui a possibilidade de integração analógica independente da aceitação pelo ordenamento primário em que se insere aquela disposição. Essa conclusão encontra fundamento em duas razões. De um lado, a mesma autoridade administrativa que cria o tipo contra-ordenacional também pode criar disposição complementar. De outra banda, os tipos contra-ordenacionais visam reforço sancionatório de normas de carácter mutável e podem ser construídos baseado em uma complementariedade extrema em relação ao ordenamento primário (DIAS, 2018, p. 73-74).

Em outro acórdão, concluiu o Tribunal Constitucional pela inconstitucionalidade de um tipo contra-ordenacional em função da enorme amplitude entre os limites da coima por ele cominada, dada “a possibilidade de, pela aceitação de limites extraordinariamente amplos, se pôs em causa a previsibilidade da sanção” (acórdão 574/1995). Insta ressaltar que o Tribunal deixou clara a sua posição no sentido da aplicabilidade do princípio constitucional da legalidade criminal ao direito das contra-ordenações, que tendo sido confrontado com o problema da admissibilidade constitucional de uma moldura legal de coima com limites mínimo e máximos extraordinariamente afastados entre si ponderou a questão justamente à luz do princípio da legalidade, decidindo-se pela sua compatibilidade constitucional: “a norma sub iudicio cumpre as exigências que vão implicadas no princípio da legalidade penal, consagrado no art. 29º, nº 1 e 3, da Constituição (nullum nulla poena sine lege) [...] e ainda, no princípio da proibição de sanções de duração ilimitada ou indefinida (consagrado no nº 1 do artigo 30º da Constituição), que é outra dimensão ou vertente do princípio da legalidade das sanções” (acórdão 574/1995). Em outro momento o mesmo Tribunal se posicionou em sentido oposto concernente ao grau de indeterminação admissível na moldura da coima, em que firmou acórdão considerando violadora disposição que previa uma coima considerada exagerada e reveladora de elevado grau de indeterminação (acórdão 547/2001).

Nos Tribunais, a violação ao princípio da tipicidade enquanto expressão do princípio constitucional da legalidade voltou a ser ponderada no Tribunal Constitucional nos Acórdãos 338/2003 e 358/2005, desta vez na vertente da determinabilidade da descrição típica ínsita em normas tipificadoras de contra-ordenações. No tocante ao preceito da exigência de lei certa e os limites da indeterminação legal, o Tribunal Constitucional português começou por considerar válido o princípio da legalidade criminal para o domínio das contra-ordenações, ao menos na sua vertente de determinabilidade do tipo e da sanção, tendo porém depois passado a pronunciar-se pela sua inaplicabilidade (BRANDÃO, 2013, p. 799).

Silva Dias ressalta que uma distância elevada entre os limites máximo e mínimo da coima justifica-se nos domínios em que a mesma infração pode assumir formas graves e incluir condutas cuja gravidade de culpa é baixa, e por outro viés, entre as

finalidades da coima está a recuperação do benefício econômico auferido da infração, de modo que justifica a oscilação do limite máximo das coimas, limite esse que deve ser estabelecido na lei. Importa acrescentar que Nuno Brandão, assim como Silva Dias, também defende o efeito preventivo da função confiscatória ilimitada da coima (DIAS, 2018, p. 74; BRANDÃO, 2013, p. 483 e ss).

Silva Dias não discorda que os benefícios econômicos extraídos da infração sejam tecnicamente calculáveis posteriormente, mas não concorda que seja este o plano relevante da determinabilidade e da previsibilidade das sanções. Isso porque para que esse plano alcance um grau aceitável de realização é necessária a estatuição legal fixando um limite que assegure a determinabilidade ex ante do poder punitivo das autoridades administrativas, bem como a realização dessa outra função da coima, que é a punição da infração culposa de um dever. Por essas considerações é que se conclui que o legislador português agiu positivamente ao prescrever esse limite no art. 18, nº 2, do RGCO (DIAS, 2018, p. 75).

Alexandra Vilela sustenta que a pressuposição considerada pelo art. 18, nº 2 torna o parâmetro de determinabilidade da coima altamente variável, ao mesmo tempo impossibilita que o limite máximo da coima seja definido para cada contra-ordenação. Acompanhando o entendimento de Oliveira Mendes e Santos Cabral, tendo em conta a inexistência de um critério de determinação da medida da coima, já que a referida norma não indica a forma de a determinar (cf. MENDES; CABRAL, 2009, p. 59 e ss), Alexandra Vilela conclui que o benefício econômico auferido com a contra-ordenação não deve ser critério de medida da coima nem uma circunstância agravante (VILELA, 2013b, p. 360-363). Silva Dias discorda desse entendimento ressaltando que o montante dos benefícios econômicos oriundos da infração é sim calculável e por isso controlável pelo agente. Também porque sempre é possível determinar ex ante o limite máximo de cada contra-ordenação concreta, considerando para isso os ganhos econômicos, tendo em conta o limite máximo estatuído, elevado em um terço nos casos em que ultrapassarem esse limite (DIAS, 2018, p. 75).

Para Alexandra Vilela, a retirada do lucro ilicitamente obtido desempenha a “função preventiva da pena principal” e também uma censura do fato, de modo que cumpre a justiça relativa evitando-se a necessidade de elevação do limite máximo da coima até à supressão do benefício (VILELA, 2013b, p. 364-365). Em sentido oposto, Fernanda Palma e Paulo Otero defendem que a elevação do limite máximo da coima até à retirada do benefício melhor concretiza a justiça relativa (PALMA; OTERO, 1996, p. 564). Viu-se, portanto, que a determinação da medida da coima levanta discussões doutrinárias no tocante à realização de justiça em razão da indeterminação desse critério pelo dispositivo contra-ordenacional.

4.3. A exigência de lei estrita e a proibição da analogia

O princípio da legalidade contra-ordenacional encontra assentamento nos arts. 1º, 2º e 3º, nº 1 do RGCO. Crespo Pereira observa que, à semelhança do que sucede na área criminal, também na área das contra-ordenações vigora o princípio da tipicidade (lei certa) como corolário do princípio da legalidade – cfr. arts. 1º e 2º do

RGCO (PEREIRA, 2015, p. 16). Os arts. 1º e 2º do predito diploma resulta a proibição da analogia (lei estrita) para agravar a responsabilidade contra-ordenacional, haja vista sua correspondência material com o princípio constitucional da legalidade criminal, consagrado no art. 29º, nºs 1, 3 e 4, da CRP, bem como ainda em observância do princípio constitucional da separação de poderes (BRANDÃO, 2013, p. 796-797).

Pinto de Albuquerque salienta que a Constituição não estabelece a garantia da tipicidade e também não proíbe a analogia no âmbito das contra-ordenações, garantia e proibição decorrentes do princípio da legalidade (ALBUQUERQUE, 2011, art. 2º, anot. 14, p. 34), mas a omissão da proibição expressa à analogia pode gerar um certo “enfraquecimento da tipicidade” (PALMA; OTERO, 1996, p. 564).

De modo a suprir essa lacuna, a doutrina (cf. ALBUQUERQUE, 2011, art. 2º, anot. 14; VILELA, 2013b, p. 510 e ss; BRANDÃO, 2013, p. 892 e ss; DIAS, 1983, p.330) e a jurisprudência (cf. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30 de junho de 2008; acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 9 de junho de 1999) conferem à proibição da analogia plena vigência no Direito das Contra-Ordenações. Consoante Silva Dias, “uma vigência que não é ditada pela separação dos poderes, já que a Administração pode tanto criar como aplicar as contra-ordenações” (DIAS, 2018, p. 78).

Figueiredo Dias já deduzia a proibição da analogia do princípio da legalidade previsto no art. 2º do RGCO. Isso porque se conduz para o Direito das Contra-Ordenações as mesmas garantias constitucionalmente conferidas ao direito penal, mormente as resultantes dos princípios da legalidade e da aplicabilidade da lei mais favorável. Também no Direito das Contra-Ordenações preconiza-se “a proibição de aplicação analógica in malam partem e a exigência de tipicidade e consequente determinabilidade” (DIAS, 1983, p. 330).

No mesmo sentido, Nuno Brandão ressalta que “a imposição de tipicidade decorrente do princípio da legalidade encontra-se, como é evidente, acompanhada de uma proibição de analogia in malam partem (BRANDÃO, 2013, p. 892). Alexandra Vilela acrescenta que a aceitação do princípio da legalidade inscrito no art. 2º do RGCO traz, por inerência, a exclusão da analogia, concluindo que “[...] como sua decorrência, a descrição das contra-ordenações também não pode prescindir do princípio da tipicidade [...]” (VILELA, 2013b, p 510).

Portanto, no Direito das Contra-Ordenações vale a proibição de aplicação analógica in malam partem, mas assim como no Direito Penal, a analogia in bonam partem não é abarcada por essa proibição. Ademais, a propósito dos variados princípios que estruturam o Direito das Contra-Ordenações há uma transposição mais flexibilizadora desses princípios do domínio penal para o contra-ordenacional.

Considerações finais

Em Portugal, instituiu-se o ilícito de mera ordenação social primeiramente na Constituição da República Portuguesa (CRP) e posteriormente pelo Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de outubro, que através do seu art. 96º revogou o Decreto-Lei nº 232/1979, primeiro diploma jurídico português que tratou do regime das contra-

ordenações.

Algumas alterações no Decreto-Lei nº 433/82 caminharam no sentido de aproximar o regime das contra-ordenações aos princípios e quadros categoriais do Direito Penal. Consoante o preceito do preâmbulo do Decreto-Lei nº 433/82, em seu nº 2, viu-se tratar de medida urgente a questão de atribuir efetividade ao direito de ordenação social como ramo distinto e autônomo do Direito Penal, tendo em conta as mudanças efetivadas no ordenamento jurídico português, nomeadamente do quadro jurídico-constitucional que reconhece o direito contra-ordenacional em conformidade com princípios de assento constitucional que estruturam esse direito.

Com base na análise sistematizada da literatura, considerando ainda a questão da previsão legal e os debates nos Tribunais, o campo do direito substantivo do RGCO replica ou segue de perto a generalidade dos grandes princípios da lei penal ordinária. No tocante à questão que envolve a relação entre o Direito Contra-Ordenacional e o Direito Penal, viu-se que este é chamado à discussão para, mediatamente, por meio da sua provável influência sobre os princípios constitucionais aplicáveis ao Direito Contra-Ordenacional, elucidar questões de constitucionalidade atinentes a soluções legais que não podem rigorosamente ser vistas como balizas identitárias do ordenamento contra-ordenacional. Observou-se, ainda, a questão da flexibilidade e da adequação dos princípios constitucionais em debate no Tribunal Constitucional, de maneira que reconheceu em alguns acórdãos a necessidade flexibilizatória destes quando aplicáveis ao Direito das Contra-ordenações.

Entre os princípios constitucionais penais que estruturam o direito contra-ordenacional enumera-se o princípio da proporcionalidade, o princípio da culpa, o princípio da legalidade e seus corolários. O Direito das Contra-Ordenações pode beneficiar da aplicação desses princípios por ser legítimo e concebê-lo como parte integrante do direito penal em sentido amplo, já que evidente é a convergência material entre fatos penais e fatos contra-ordenacionais, além de conferir para esse direito uma maior flexibilidade de aplicação desses princípios tendo em conta não estar em causa na intervenção contra-ordenacional a privação da liberdade das pessoas.

Referências

ALBUQUERQUE, P. P. de. Comentário do Regime Geral das Contra-ordenações. Lisboa: UCE, 2011.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BRANDÃO, F. da R. A. Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Portugal, Coimbra, 2013.

CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. 1. 3ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CORREIA, Eduardo. Direito penal e direito de mera ordenação social. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. XLIX. Coimbra, 1973.

COSTA, José de Faria. Noções fundamentais de direito penal. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2015.

_____. Direito penal. 1. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017.

DANTAS, I. Princípios constitucionais e interpretação constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris., 1995.

DIAS, A. S. Direito das Contra-ordenações. Coimbra: Almedina, 2018.

DIAS, J. de F. O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação. In: Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, Fase I, Lisboa, CEJ, 1983.

GÓMEZ, M. Tomillo; RUBIALES, S. Derecho Administrativo Sancionador. Parte General, 3.a ed., Navarra:Aranzadi, 2013.

MENDES, O.; CABRAL, S. Notas ao Regime-Geral das Contra-Ordenações. Coimbra: Almedina, 2009.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, R. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I, 2.^a ed., Coimbra, 2010.

PALMA, M. F; OTERO, P. Revisão do regime legal do ilícito de mera ordenação social. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, V. 37, (2), 1996.

PEIXINHO, Manoel Messias. A interpretação da constituição e os princípios fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PEREIRA, Antonio Beça. Regime Geral das Contra-ordenações e Coimas. Coimbra: Almedina, 2017.

PEREIRA, Ana Marta Dias Crespo. Algumas considerações sobre o princípio da culpa enquanto factor de autonomização do Direito das Contra-ordenações. Dissertação de Mestrado em Direito Judiciário. Universidade do Minho, Escola de Direito, 2015.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro. Regime Geral das Contra-ordenações. Institui o ilícito de mera ordenação social e respectivo processo.

_____. Constituição da República Portuguesa de 1976. Assembleia Constituinte, 2 de Abril de 1976.

SILVA, G. M da. Direito Penal Português - parte geral II. Lisboa: Verbo, 1998.

VILELA, Alexandra. A segunda parte do regime geral do ilícito de mera ordenação social: um direito processual muitas vezes ignorado. Conferência no âmbito do Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito Processual do Instituto de Educação Continuada da PUC de Minas Gerais, Brasil, 2013a.

_____. O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico. Coimbra: Almedina, 2013b.

Recebido em: 19.04.2021
Aprovado em: 17.06.2021

Universidade Lusófona do Porto
Portugal

Volume 2, Número 1,
Ano 2
2021

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt

Da destinação dos votos proporcionais dos candidatos que tiveram seu registro, diploma ou mandato cassado após às eleições em razão de cometimento de ilícitos eleitorais: Análise a partir de decisum do TRE/SP

The votes destination of the proportional candidates who had their registration, post or mandate revoked after the elections due to the committing of illicit electoral acts: Analysis based on the decision of the TRE/SP

Brenno Henrique de Oliveira Ribas¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Histórico Jurisprudencial; 3. Da Resolução 23.611 de 2019 referente as eleições 2020; 4. Posicionamentos Doutrinários; 5. Considerações finais.

Resumo: O presente artigo aborda o tema da destinação dos votos dos candidatos das eleições proporcionais no Brasil que tiveram seu registro, diploma ou mandato cassado após às eleições em razão de cometimento de ilícitos eleitorais. O estudo tem como base o mandado de segurança nº 060153871 julgado pelo Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, o qual denegou a ordem no sentido de anular os votos do candidato a vereador do município de Franco da Rocha e não permitir o aproveitamento deles para o seu partido político, haja vista o registro ter sido indeferido com fundamento na prática de ilícito eleitoral. Trata-se de tema de grande discussão na jurisprudência, razão pela qual aprofundamos no histórico dos julgados do TSE, evidenciando seu entendimento no sentido do aproveitamento dos votos para o partido político, desde que o registro do candidato não tenha sido indeferido em 1ª instância. Todavia, verifica-se em uma das resoluções referente às eleições 2020 editada pelo próprio TSE, um entendimento distinto dos seus últimos julgados no sentido de prever a impossibilidade do aproveitamento dos votos pelo partido do candidato que teve seu registro, mandato ou diploma cassado em razão do cometimento de ilícitos eleitorais. Com isso em vista, com suporte dos posicionamentos da doutrina acerca do assunto, é realizada uma análise sobre a possibilidade ou não dos partidos políticos aproveitarem os votos dos seus candidatos que cometeram ilícitos eleitorais.

Palavras-Chave: votos; partidos políticos; eleições proporcionais; ilícitos eleitorais.

Abstract: This article addresses the issue of the destination of votes of candidates in proportional elections in Brazil who had their registration, diploma or mandate revoked after the elections due to the committing of electoral illicit acts. The study is based on the writ nº.060153871 judged by the Regional Electoral Court of São Paulo, which denied the order to annul the votes of the candidate for councilor in the municipality of Franco da Rocha and not allow the use of them for his political party, given that the registration was rejected on the basis of the practice of electoral illicit. This is a topic of great discussion in the jurisprudence, which is why we delved into the TSE judgements' history, evidencing its understanding in terms of taking advantage of the votes for the political party, as long as the candidate's registration has not been rejected in the first instance. However, in one of the resolutions referring to the 2020 elections edited by the TSE itself, a different understanding from its last judgments in order to predict the impossibility of using the votes by the party of the candidate whose registration, mandate or diploma was revoked due the committing of electoral illicit acts. With this in mind, supported by the doctrine's positions on the subject, an analysis is carried out on whether or not political parties can take advantage of the votes of their candidates who have committed electoral illicit acts.

Keywords: votes; political parties; proportional elections; electoral offenses.

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Publicísticas pela Universidade Lusófona do Porto, Portugal; Especialista em Direito Eleitoral pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG) e Graduado em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES-UNITA).

1. Introdução

Ao denegar a ordem do mandado de segurança nº 060153871, o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo decidiu pela nulidade dos votos de vereador que concorreu ao pleito sub judice, mas que por força de decisão superveniente às eleições, teve seu mandato cassado em razão de prática de ilícito eleitoral.

In casu, conforme-se extrai do relatório do acórdão, a controvérsia reside na destinação dos votos obtidos pelo vereador Valdir José da Silva, do município de Franco da Rocha, que teve seu mandato cassado em sede de AIME, por cometimento de abuso de poder econômico. Ocorre que, na oportunidade não houve menção sobre o destino dos votos por ele recebido. Posteriormente, no procedimento da PET nº 61-68.2019.6.26.0192, foi realizada a retotalização da votação, sendo os votos endereçados ao vereador cassado, reaproveitados à agremiação pela qual aquele concorreu nas eleições de 2016.²

Em seguida, foi impetrado o mandado de segurança em questão, levando ao TRE/SP os seguintes questionamentos: a cassação do mandato eletivo implica a anulação dos votos dirigidos ao respectivo candidato, porque viciados como decorrência do abuso de poder econômico? Ou aqueles votos devem ser considerados para fins de retotalização, aproveitando, assim, à coligação pela qual Valdir José da Silva concorreu naquele pleito?

A resposta do TRE/SP, por meio do acórdão publicado em 12 de dezembro de 2019, foi a denegação da ordem de segurança e teve por base o voto divergente do relator designado, o MM. Juiz Marcus Elidius. Em sua ratio decidendi, alude o relator que permitir o aproveitamento de votos que sofreram indevida influência externa, teria como consequência a diluição da força de votos legítimos, algo que afrontaria os Princípios da Democracia, da Soberania Popular e da Lisura das Eleições, pilares para o Estado Democrático de Direito.³ Tal raciocínio, teve como sustentáculo legal os artigos 222 e 237 do Código Eleitoral, bem como os precedentes do próprio TRE/SP, além de um julgado de 2008 do TSE, que teve relatoria do Min. Cezar Peluzo.

Os supracitados arts. 222 e 237 prescrevem a hipótese de anulabilidade da eleição no caso de cometimento de ilícitos eleitorais, com a finalidade de proteger os fundamentos da lisura e da legitimidade do pleito. Todavia, apesar de não terem sido referidos pelo relator designado em seu voto, a questão julgada é também relacionada às previsões legais do §§ 3º e 4º do artigo 175 do Código e do artigo 16-A, parágrafo único, da Lei 9.504/97, as quais são envoltas por muitas polêmicas.

Isso porque o caput do artigo 175 do CE estabelece as hipóteses de nulidade das cédulas de votos, e no seu parágrafo 3º prevê que os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados serão nulos para todos os efeitos. Porém, o seu parágrafo 4º traz exceção para eleições proporcionais, estabelecendo que os votos devem ser contados para o partido pelo qual o candidato irregular tiver feito o registro. Entretanto, foi incluído na Lei Eleitoral pela Lei nº 12.034, de 2009, o art. 16-A que condicionou esse cômputo ao partido ao deferimento do registro do candidato.

² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: 060153871 MS, Rel. Min. Marcus Elidius Michelli de Almeida. Diário da Justiça Eletrônico do TRE-SP, São Paulo, 12 dez 2019. p. 06.

³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Op. Cit. p. 08.

Então a primeira grande discussão em relação aos dois dispositivos diz respeito ao aparente conflito entre ambos, uma vez que ficamos com o § 4º do artigo 175 do CE de um lado, atribuindo os votos para o partido, e com o artigo 16-A da LE de outro lado, prevendo o condicionamento dessa distribuição dos votos ao deferimento do registro do candidato.

O TSE enfrentou a matéria no Agravo Regimental no Mandado de Segurança n.º 4034-63.2010.6.00.0000⁴, bem como no MS n.º 410820/RJ, publicado no DJ em 04-08-2011.⁵ Menciona-se ainda os precedentes: “MS n.º 418796/CE – DJe, t. 177, 7-8-2012”; “MS n.º 139453/CE – DJe 21-9-2012”; “AgRg na Ação Cautelar n.º 3.291/SP” e “Recurso Especial Eleitoral n.º 74918”.

Não obstante, fora igualmente objeto de muita discussão saber se o aproveitamento dos votos para a legenda pode ser aplicado às hipóteses de cassação de mandato decorrente de cometimento de ilícitos eleitorais. Sobre este ponto, destaca-se o Acórdão do Recurso Especial Eleitoral n.º 958, de relatoria da Min. Luciana Lóssio⁶, bem como, e, principalmente, o julgamento da liminar ajuizada em sede de Recurso em Mandado de Segurança n.º 060153871 (referente ao próprio caso em estudo de Franco da Rocha-SP).⁷

Esse é cenário a ser explorado nos tópicos subseqüentes, no intuito claro de se chegar a conclusão do entendimento mais adequado a matéria da destinação dos votos dos candidatos das proporcionais que tiveram seu registro, diploma ou mandato cassado após às eleições em razão de cometimento de ilícitos eleitorais.

2. Histórico Jurisprudencial

O parágrafo 4º, do artigo 175 do Código Eleitoral foi incluído pela Lei n.º 7.179 de 19 de dezembro de 1983. A sua redação prevê uma exceção ao parágrafo 3º do mesmo dispositivo, o qual estabelece a nulidade dos votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados.

Essa nova previsão legal, instituiu a possibilidade de contagem daqueles votos (que seriam considerados nulos, por terem sido dados a candidatos inelegíveis ou não registrados) para o partido político, caso a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro fosse proferida após a realização da eleição a que concorreu o candidato alcançado pela sentença.

O TSE, ao tratar sobre essa inovação legal, ainda nos anos 80 (período da sua entrada em vigência), estabeleceu logo uma distinção da aplicação dela, quando se trata de caso relacionado a chapa majoritária ou caso relacionado a chapa proporcional. O Min. Washington Bolívar de Brito, relator do Acórdão n.º 7993 de 13/06/1985, bem nos esclarece que apesar:

4 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo: 4034-63.2010.6.00.0000 AGR no MS, Rel. Marcelo Ribeiro. Diário da Justiça, Brasília, 15 dez 2010. p. 06.

5 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo: 4108-20.2010.6.00.000 MS, Rel. Min. Nancy Andrighi. Diário da Justiça, Brasília, 04 ago 2011. p. 17.

6 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo: 9-58. 2013.6.26.0297 Agr no RE, Rel. Min. Luciana Lóssio. Diário da Justiça, Brasília, 03 nov 2016. p. 01

7 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo: 0601538-71.2019.6.26.0000 RE em MS, Rel. Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Diário da Justiça, Brasília, 19 mar 2020. p. 01.

(...) da regra pressupõe seja possível contagem dos votos em favor do Partido que registrou candidato considerado tardiamente inelegível, o que só pode ocorrer quando se trata de eleição pelo sistema proporcional ou no caso de eleição majoritária com sublegendas, que, para os efeitos da disputa intrapartidária, obedece a princípios semelhantes aos da eleição proporcional.⁸

Importante esclarecer, que na época, ainda era permitido as candidaturas por sublegenda, ou seja, a possibilidade legal de um partido apresentar mais de um candidato a um cargo majoritário⁹. Nessa hipótese (sublegenda) e nos casos de candidaturas proporcionais, o disposto no §4º do art. 175 do CE seria aplicável. É tanto que, no caso supracitado, por ser tratar de candidatura majoritária comum, os votos foram considerados nulos, sendo aplicado o §3º do art. 175 do CE.

Por sua vez, no acórdão nº 8821 de 18/06/1987, que decidiu caso relacionado a vereador que não preencheu requisito de elegibilidade, o TSE aplicou o disposto no §4º do art. 175 do CE, destinando os votos por ele obtido, para sua respectiva legenda.¹⁰ Destaca-se ainda, os seguintes precedentes: 1- RESPE Nº 15087 (REspe) - ES; 2 - RCED Nº 586 (RCED) – RN; 3 - MS Nº 3100 (MS) – MA e 4 - RCED Nº 607 (RCED) – ES.

Nesses julgados, além da questão da aplicação do disposto no §4º do art. 175 do CE apenas na eleição proporcional, percebe-se também o argumento de aplicação dessa norma para distribuir os votos para legenda do candidato sob juízo que venha a ter seu registro indeferido ou mandato cassado após as eleições, mas desde que tenha concorrido com o registro deferido. Vejamos:

(...) 3. No caso em tela, aplicou-se o disposto no art. 175, § 3º, do Código Eleitoral, afinal, **o candidato não teve seu registro deferido em momento algum. Logo, não pode a sua legenda obter proveito dos votos a ele dirigidos, sob pena de dar azo a possíveis fraudes na seara eleitoral.**

(...) 5. Embargos de declaração não providos¹¹. – **recorte e grifo nosso.**

Esse entendimento restou consolidado na corte, e acabou posteriormente se materializando numa inovação legislativa, qual seja: o artigo 16-A do Código Eleitoral. Porém, a inserção desse novo dispositivo ao ordenamento jurídico eleitoral gerou um aparente conflito com o §4º do art. 175 do CE.

Essa questão do conflito entre as normas do CE, foi “inaugurada” no TSE no Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 4034-63.2010.6.00.0000, restando decidido pela Egrégia Corte Eleitoral, que o § 4º do art. 175 do Código Eleitoral foi superado pelo parágrafo único do art. 16-A da Lei nº 9.504/97, o qual condiciona a validade dos votos ao deferimento do registro, inclusive para fins do aproveitamento

⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo: 0000221-72.2003.6.00.0000 RESP. Relator(a) Min. Washington Bolívar de Brito. Diário de justiça, Brasília, 13 set 1985.

⁹ BRAGA, Diego Garcia. A ditadura civil-militar em Alegrete: partidos e sublegendas durante a eleição municipal de 1976. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 28., 2015, Florianópolis. Anais do XXVIII Simpósio Nacional de História – Lugares dos historiadores: velhos e novos desafios. Florianópolis: ANPUH, 2015, p. 5.

¹⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo: Ac nº 8821 RCED. Relator Min. Sérgio Gonzaga Dutra. Diário de justiça, Brasília, 18 jun 1987.

¹¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 27041. Relator(a) Min. José Delgado. Diário de justiça, Brasília, 07 dez 2007. p. 213.

para o partido ou coligação.

Essa matéria voltou a ser objeto de discussão no TSE no MS nº 410820/RJ, no qual destacamos o voto vencido do relator originário, o min. Marco Aurélio, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 16-A da LE, justificando-se na natureza das eleições proporcionais e na necessidade imperiosa de se definir as bancadas da Casa Legislativa antes do início da legislatura. Assim sendo, deferiu a ordem de segurança, determinando o refazimento dos cálculos dos votos, aproveitando-se os votos dos candidatos - com registro indeferido ou afastado por outro motivo - para sua respectiva legenda. Por esse entendimento, em qualquer hipótese, os votos recebidos por candidatos sob-judice serão aproveitados para legenda.¹²

Todavia, prevaleceu o entendimento da relatora designada a Min. Nancy Andrighi, no sentido que o cômputo dos votos atribuídos a candidatos sub judice, para os partidos políticos, fica sim condicionado ao deferimento desses registros. Mas, para além disso, a ministra fixou o entendimento que nos casos de o candidato sob judice concorrer com o registro deferido e, só posteriormente a eleição, sobrevier decisão de indeferimento, os votos dados a ele serão calculados para a legenda¹³. Na mesma linha, temos o voto vencedor do Min. Dias Toffoli, no Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 74918 do Rio Grande do Sul.¹⁴

Ressalta-se ainda, que o entendimento do TSE é no mesmo sentido até mesmo quando os votos obtidos, foram decorrentes de cometimento de ilícitos eleitorais. Senão vejamos:

(..) 9. No caso, a Corte Regional concluiu ter havido um grande esquema abusivo de captação ilícita de sufrágio, assentando ter ficado demonstrada a cooperação entre os candidatos a vereador com intuito específico de angariar votos de forma irregular. (...) **12. Os votos obtidos por candidato, cujo registro encontrava-se deferido na data do pleito eleitoral, não são anulados, mas contados a favor da legenda pela qual o parlamentar posteriormente cassado se candidatou, por força do disposto no art. 175, § 4º, do Código Eleitoral.** (...) ¹⁵ – grifo nosso.

Por fim, destacamos que TSE deferiu liminar em desfavor do acórdão em análise, determinando o aproveitamento dos votos para legenda. Vejamos:

(..) 3. In casu, considerado o pleito de 2016, tem-se, em juízo perfunctório da controvérsia, que **a determinação de retotalização mediante anulação dos votos atribuídos ao candidato cassado cujo registro estava deferido na data da eleição, sem o cômputo para a respectiva sigla, revela-se ilegal.**

4. Concessão da medida liminar referendada.¹⁶

Assim sendo, verificamos o entendimento no TSE de que a norma do parágrafo único do art. 16-A da Lei nº 9.504/97 é constitucional, e que a mesma não afasta a aplicação do § 4º do art. 175 do CE, bem como que na hipótese de candidato em

12 Op. Cit. BRASIL. Rel. Min. Nancy Andrighi. p. 14.

13 Op. Cit. BRASIL. Rel. Min. Nancy Andrighi. p. 18.

14 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo: 749-18. 20126.21.0094. Rel. Min. Dias Toffoli. Diário da Justiça, Brasília, 29 abr 2014. p. 15.

15 Op. Cit. BRASIL. Rel. Min. Luciana Lóssio. p. 11.

16 Op. Cit. BRASIL. Rel. Min. Tarcísio de Vieira Carvalho. p. 16.

eleição proporcional, cuja situação jurídica no dia do pleito era de deferimento sub judice, mas que teve posteriormente o seu pedido de registro indeferido ou mandato cassado (não importando se decorrente de ilícito ou de mera irregularidade), deverá ter seus votos aproveitados para a legenda.

3. Da Resolução 23.611 de 2019 Referente as Eleições 2020

Para fins de dispor sobre os atos gerais do processo eleitoral para as Eleições 2020, o TSE no uso de suas atribuições editou a resolução nº 23.611 de 2019. Dentre as suas disposições, destaca-se o previsto sobre a destinação dos votos na totalização proporcional nos artigos 196 a 199, uma vez que manifesta entendimento que destoa em parte do vinha se consolidando em seus últimos julgados.

Como vimos, o entendimento da suprema corte eleitoral é no sentido que os votos dos candidatos das proporcionais que tiveram registro deferido por decisão, mas que ainda é objeto de recurso ou que não foi apreciado ainda pela Justiça Eleitoral, devem ser aproveitados para a legenda do partido. Da mesma forma, chegaram ao consenso de não considerar possível aproveitar para legenda os votos daqueles que concorreram o pleito com o registro indeferido. Algo que, inclusive, foi replicado pela resolução. Vejamos:

Art. 196. No momento da totalização, serão computados como válidos os votos dados a candidato cujo registro se encontre em uma das seguintes situações:

I deferido por decisão transitada em julgado;

II deferido por decisão ainda objeto de recurso;

III não apreciado pela Justiça Eleitoral, inclusive em decorrência de substituição de candidato ou anulação de convenção.

(...)

§ 2º No caso dos incisos II e III, vindo o candidato a ter seu registro indeferido ou cancelado após a realização da eleição, os votos serão contados para a legenda pela qual concorreu.

Art. 198. Serão computados como anulados sub judice os votos dados a candidato cujo registro:

I - no dia da eleição, se encontrar:

a) indeferido, cancelado ou não conhecido por decisão ainda objeto de recurso, salvo se já proferida decisão colegiada pelo Tribunal Superior Eleitoral;

(...)

Ademais, nos termos dos últimos julgados do TSE, verifica-se ainda uma manifestação favorável ao aproveitamento dos votos para legenda daqueles candidatos das proporcionais que cometeram ilícitos eleitorais, como os que restam previstos no art. 222, 237 e 257, § 2º do Código Eleitoral, mas desde que tenham concorrido com registro deferido.

Todavia, esse entendimento não foi objeto de regulação pela presente previsão resolutiva. Pelo contrário, nos termos do que dispõe a alínea “b” do inciso I do artigo

198, temos exatamente o inverso. Vejamos:

Art. 198. Serão computados como anulados sub judice os votos dados a candidato cujo registro:

I - no dia da eleição, se encontrar:

(...)

b) cassado, em ação autônoma, por decisão contra a qual tenha sido interposto recurso com efeito suspensivo (Código Eleitoral, arts. 222, 237 e 257, § 2º).

II - após a eleição, venha a ser:

a) não conhecido, nos termos da alínea “a” do inciso I;

b) cassado, nos termos da alínea “b” do inciso I (...)

Por tal previsão, temos que os votos obtidos em razão de cometimento de ilícitos eleitorais dos artigos 222, 237 e 257, § 2º do Código Eleitoral, não podem vir a ser reaproveitados pela legenda do partido.

Não obstante, relevante destacar que o disposto na resolução é aplicável tão-somente às eleições de 2020. Assim sendo, resta em aberto, ou seja, completamente indefinido no tocante as eleições seguintes qual o posicionamento deverá ser seguido, haja vista que as resoluções do TSE têm eficácia limitada ao pleito eleitoral que se propõe regular.

4. Posicionamentos Doutrinários

De início, destacamos o entendimento de José Jairo Gomes, no sentido que o ato nulo pode gerar efeitos, e, que o sistema proporcional é de voto binário, ou seja, voto no candidato e/ou na legenda¹⁷, e, por isso, os eleitores ao optarem por ele e seu partido ou coligação fizeram uma escolha consciente e válida, o que justifica o aproveitamento dos para legenda partidária.¹⁸

Seguindo essa linha de pensamento, o Promotor Eleitoral Rodrigo Lopes Zílio é firme ao afirmar que:

O entendimento mais adequado, no entanto, é que o art. 16-A da LE apenas regulamentou a situação do candidato com registro indeferido, mas sub judice no dia da eleição, possibilitando a realização dos atos de campanha e condicionando a validade dos votos para a legenda à existência de registro deferido no dia do pleito. Porque a essência do sistema proporcional é o fortalecimento das legendas – já -, é possível sustentar o aproveitamento dos votos para a legenda quando o candidato tenha o registro deferido no dia da eleição, mas com indeferimento posterior.¹⁹

Em sentido diverso, Edson Resende Castro considera que a expressão “sub judice”, no contexto do caput e parágrafo do artigo 16-A, não se dirige àqueles com registro deferido e que aguardam decisão final em recurso ofertado por algum legitimado, mas apenas aos candidatos com registro indeferido e recorrem dessa

17 GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 641.

18 GOMES, José Jairo. Op. Cit. p.642.

19 ZILIO, Rodrigo López. Direito Eleitoral. 7º. ed. ver. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 90.

decisão, e na eleição encontram-se nessa situação. Para ele, “não faria qualquer sentido a lei garantir o óbvio, ou seja, a continuidade da campanha daquele que tem registro deferido”, assim, sendo a incidência do art. 16-A deve recair apenas aos candidatos com registro indeferido na 1º instância e que concorrem às eleições sub judice.²⁰

Todavia, alguns autores restringem esse entendimento de aproveitamento dos votos para legenda nos casos de candidatos das proporcionais que tiveram seu registro, diploma ou mandato cassado em razão de cometimento de ilícitos eleitorais.

Nessa hipótese, o próprio Rodrigo Lopes Zílio entende que tais votos se encontram viciados pelo cometimento de ilícito eleitoral e por isso não tem qualquer validade jurídica. Para o autor:

(...) o eventual aproveitamento dos votos do candidato cujo diploma tenha sido cassado - em caso de reconhecimento judicial da prática de um ilícito lato sensu - soa desarrazoado, significando um indevido proveito para a legenda que concedeu legenda para candidato infrator da legislação eleitoral. Não se trata de impor sanção a um terceiro - estranho à relação processual originária -, na medida em que a anulação dos votos nada mais é do que um efeito anexo ou ope legis de uma sentença judicial que reconheceu uma prática de um ilícito cometido por candidato que é filiado a uma determinada agremiação.²¹

Da mesma forma, o magistrado Marlon Reis entende que melhor seria promover a anulação total dos votos, ensejando novos cálculos para a redefinição dos quocientes partidário e eleitoral, pois computar os votos ao partido do praticante de ilícito, significaria premiar o mesmo que alinha em seus quadros praticantes de graves transgressões às normas eleitorais, e até estimula a conquista de candidatos desse jaez para suas fileiras, medida capaz de ampliar as vagas da agremiação no colegiado parlamentar. Segundo o mesmo, essa decisão não seria ilegal, pois o art. 175, §4º, do CE não se refere à cassação determinada com base nos arts. 41ª e 73, §5º, da Lei nº 9.504. Refere-se, apenas, às nulidades mencionadas no próprio art. 175.²²

Em linha de concordância, os autores Thales Cerqueira e Camila Cerqueira, em obra coordenada por Pedro Lenza, acrescentam como razão para anulação desses votos, a chamada “teoria do fruto da árvore envenenada” (Fruits of the Poisonous Tree Doctrine), a qual foi adotada no meio jurídico pela primeira vez pela Suprema Corte Norte-Americana.²³

Segundo os supracitados autores:

(...) se a “árvore” (candidato que incide na Lei da Ficha Limpa) está “envenenada”, os vícios da “planta são transmitidos aos seus frutos”. Em

20 CASTRO, Edson de Resende. Op. Cit. p. 139.

21 ZILIO, Rodrigo López. Nulidade dos votos no sistema proporcional: eficácia e efeitos da decisão judicial. Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE, Belo Horizonte, ano 5, n.º 8, p. 91-120, jan./jun. 2013. p. 97.

22 REIS, Márton. Direito Eleitoral Brasileiro. 2ª Ed. Brasília: Alumnus, 2014. p. 437.

23 CERQUEIRA, Thales Cerqueira; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. Direito eleitoral esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 318.

outras palavras, os vícios de determinada votação contaminam os frutos que dela se originaram (votos para legenda), em aplicação analógica do art. 5º, LVI, da CF/88 e § 1º do novo art. 157 do CPP.²⁴

Assim sendo, por essa corrente doutrinária, a qual temos os autores Rodrigo Lopes Zílio, Marlon Reis, Thales Cerqueira e Camila Cerqueira, verificamos o entendimento que os votos, de candidatos das proporcionais que tiveram seu registro, diploma ou mandato cassado em razão de cometimento de ilícitos eleitorais, devem ser anulados por estarem “contaminados” por uma irregularidade que fora praticada com a finalidade de obtenção dos votos. Fora justamente essa corrente a seguida pelo MM. Juiz Marcus Elidius, no acórdão em estudo.

Porém, a posição dominante atualmente na jurisprudência do TSE é a de aproveitamento dos votos a legenda, desde que na 1º instância o registro tenha sido deferido, conforme já devidamente exposto no ponto anterior, a qual encontra apoio nos autores José Jairo Gomes e Edson Resende Castro também citados.

Destaca-se, por fim, o entendimento exposto nos votos vencidos do Min. Marco Aurélio nos “MS nº 410820/RJ – DJe, t. 148, 04-08- 2011” e “Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 74918 do Rio Grande do Sul”, o qual configura corrente distinta. Por essa linha de raciocínio, o artigo 16-A da LE é inconstitucional, em razão da natureza das eleições proporcionais e na necessidade imperiosa de se definir as bancadas da Casa Legislativa antes do início da legislatura.

5. Considerações Finais

Entendemos que a decisão do TRE/SP, de denegação a ordem do mandado de segurança nº 060153871, foi acertada, pois validar os votos obtidos em razão de cometimento de ilícito, contabilizando eles para a legenda, seria o mesmo de aprovar e incentivar a prática de ilícitos e isso não pode ser admitido pelo nosso ordenamento jurídico.

Compreendemos que o aproveitamento desses votos compromete a lisura e a legitimidade do pleito como um todo, sendo inadmissível o proveito destes para a legenda, na compreensão de que estes valores se sobrepõem àqueles.

Não faz sentido que uma legenda se beneficie de votos obtidos de forma ilícita, em que a vontade manifestada nas urnas não foi livre, mas sim viciada. Há um claro comprometimento da autenticidade eleitoral quando uma agremiação política aproveita para si voto obtido em razão de cometimento de fraude, corrupção, abuso de poder econômico ou político, dentre outros ilícitos.

Na linha da teoria da ‘árvore envenenada’, entendemos que os vícios da planta são transmitidos aos seus frutos, e, por consequência, resta impossibilitado o proveito de tais votos pela legenda. Por terem sido obtidos de forma fraudulenta, se esses votos “envenenados” fossem revertidos para as respectivas legendas dos candidatos cassados, tais votos estariam, de alguma forma, produzindo efeito, circunstância essa que, a princípio, se chocaria com o ideal da Justiça Eleitoral de preservar e admitir apenas e tão somente as manifestações não viciadas de eleitores.

24 CERQUEIRA. Op. Cit. p. 318.

Logo, foi de fato acertada a conclusão do relator do acórdão em estudo, de que tal situação culminaria na afronta os princípios norteadores do Direito Eleitoral, tais como os Princípios da Democracia, da Soberania Popular e da Lisura das Eleições, pilares para o Estado Democrático de Direito, bem como de que a contaminação da livre vontade do eleitor deve ser expurgada, por completo, do processo eleitoral.²⁵

Assim sendo, concluímos que os votos dos candidatos das proporcionais que tiveram seu registro, diploma ou mandato cassado após às eleições em razão de cometimento de ilícitos eleitorais, devem ser anulados nos termos dos artigos 222 e 237 do Código Eleitoral, como efeito anexo ou ope legis de uma sentença judicial que reconheceu uma prática de um ilícito cometido por candidato que é filiado a uma determinada agremiação.

Referências

BRAGA, Diego Garcia. A ditadura civil-militar em Alegrete: partidos e sublegendas durante a eleição municipal de 1976. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 2015, Florianópolis. Anais do XXVIII Simpósio Nacional de História – Lugares dos historiadores: velhos e novos desafios. Florianópolis: ANPUH, 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo: 0000221-72.2003.6.00.0000 RESP. Relator(a) Min. Washington Bolívar de Brito. Diário de justiça, Brasília, 13 set 1985.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo: Ac nº 8821 RCED. Relator Min. Sérgio Gonzaga Dutra. Diário de justiça, Brasília, 18 jun 1987.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 27041. Relator(a) Min. José Delgado. Diário de justiça, Brasília, 07 dez 2007.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo: 4034-63.2010.6.00.0000 AGR no MS, Rel. Marcelo Ribeiro. Diário da Justiça, Brasília, 15 dez 2010.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo: 4108-20.2010.6.00.000 MS, Rel. Min. Nancy Andrighi. Diário da Justiça, Brasília, 04 ago 2011.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo: 749-18. 20126.21.0094. Rel. Min. Dias Toffoli. Diário da Justiça, Brasília, 29 abr 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo: 9-58. 2013.6.26.0297 Agr no RE, Rel. Min. Luciana Lóssio. Diário da Justiça, Brasília, 03 nov 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Processo: 0601538-71.2019.6.26.0000 RE em MS, Rel. Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto. Diário da Justiça, Brasília, 19 mar 2020.

CASTRO, Edson de Resende. Curso de Direito Eleitoral, 9.^a ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

CERQUEIRA, Thales Cerqueira; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. Direito eleitoral esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

25 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Op. Cit. p. 08-09.

NEVES, Angela Cignachi Baeta. O art. 16-A da Lei n. 9.504/1997, introduzido pela Lei n. 12.034/2009, e sua interpretação conforme a Constituição. Revista Brasileira de Direito Eleitoral [recurso eletrônico]. Belo Horizonte, v. 4, n. 6, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/2429>. Acesso em: 16 ago. 2020.

REIS, Márlon. Direito Eleitoral Brasileiro. 2ª Ed. Brasília: Alumnus, 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: 060153871 MS, Rel. Min. Marcus Elidius Michelli de Almeida. Diário da Justiça Eletrônico do TRE-SP, São Paulo, 12 dez 2019.

ZILIO, Rodrigo López. Direito Eleitoral. 7º. ed. ver. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

Recebido em: 14.06.2021
Aprovado em: 18.07.2021

Faculdade de Direito de
Cachoeiro de Itapemirim
Brasil

Volume 2, Número 1,
Ano 2
2021

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt

A responsabilidade civil objetiva nas wrongful actions e a hipótese de indenização por dano moral decorrente do abuso do direito de ação

*Stricti liability in the wrongful actions and the hypothesis of
indemnification for moral damages arising out of the abuse of
the law of action*

Gedson Alves da Silva¹

Larissa de Lima Vargas Souza²

Sumário: 1. Introdução. – 2. Síntese das controvérsias abordadas: parâmetros normativos e hermenêuticos da responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados. – 3. Articulação semântico-hermenêutica dos conceitos de wrongful actions – 4. Delineamento contextualizado do conceito de dano moral. – 5. O abuso do direito, a responsabilização civil objetiva e o dano nas wrongful actions em espécie. – 6. Conclusão. – 7. Referências.

Resumo: O presente artigo objetiva discutir a causa da pretensão indenizatória visando reparação por dano moral quando da interferência indevida de pessoa alheia ao contexto familiar que, ao exercer direito objetivo de impetrar habeas corpus- HC, frustra de uma gestante ou de sua família a oportunidade de interromper uma gestação de feto diagnosticado com gravíssima má formação. Este contexto faz emergir o problema da presente pesquisa: a possibilidade jurídica de uma pretensão reparatória caracterizada pelo manejo temerário de HC. Há divergências jurisprudenciais e doutrinárias a esse respeito, ora adotando o argumento qui iure suo utitur nemine facite damnum, ora o princípio geral do direito neminem laedere. Indaga-se, como hipótese, se os eventos de wrongful birth actions ligam-se à responsabilidade civil objetiva, considerando nascimentos indevidos como dano moral indenizável. Disso, haveria legitimidade na pretensão reparatória de dano moral em face daquele que agisse à sombra de uma pretensa proteção à vida do nascituro, em detrimento das escolhas lícitas de titulares de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Nascimento indevido. Abuso do direito. Dano moral. Responsabilidade civil objetiva.

Abstract: This article discusses the reparation of moral damages, when there is reckless and undue interference of person, outsider of the family context that exerts habeas corpus right, falsified by an apparent lawfulness that protects the unborn child, and frustrates a pregnant woman or her family with the opportunity to lawfully abort a pregnancy. This context gives rise to a judicial claim to repair this moral damage, via strict liability (wrongful birth action), for abuse of the right to action. There are jurisprudential and doctrinal differences in this respect, given the concept of the argument qui iure suo utitur nemine facite damnum, contrary to the general principle of law neminem laedere. The thesis of strict liability is linked as decided by the collegiate superior court, considering the punitive damages. In conclusion, there is hypotheses justifying the strict liability of the abuser of the right and it violates the right of another person to lawfully interrupt a pregnancy, causing moral damages.

Keywords: Wrongful birth. Abuse of right. Moral damages. Strict liability.

1 Gedson Alves da Silva. Licenciado em Ciências Biológicas. Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Alegre. Graduando em Direito. Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim. Técnico Legislativo Sênior. Poder Legislativo. Município de Marataízes – ES. Consultor Interno. Secretaria Municipal de Saúde de Cachoeiro de Itapemirim. Espírito Santo. Brasil. E-mail: gedson.as@gmail.com

2 Larissa de Lima Vargas Souza. Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Especialista em Direito Constitucional. Professora de Direito do Instituto Federal do Espírito Santo - IFES - Campus Linhares. Mentora/ Consultora Jurídica da Incubadora do IFES. Professora dos cursos de Pós Graduação Lato Sensu em Direito da Faculdade de Direito de Vitória - FDV e do Centro Universitário FAESA. Professora dos cursos de Graduação em Direito da Faculdade do Espírito Santo - FACES e da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim - FDCI. Advogada. E-mail: larissa.lv@hotmail.com.

I Introdução

Pela leitura analítica deste trabalho será evidenciado que as wrongful actions tendem a vir acompanhadas de dor e sofrimento exacerbados. Embora o ordenamento reconheça e considere esses elementos subjetivos, que têm o condão de quantificar o dano a partir de aspectos da personalidade humana, não são estes, porém e por si sós, aptos a caracterizarem o elemento essencial do dano extrapatrimonial.

Nesse contexto, faz-se mister refletir, em grau de similitude³ deontológica⁴, acerca das indagações que orbitam a problematização dos eventos de wrongful actions (wrongful pregnancy, wrongful conception, wrongful birth), bem como de suas demandas, enquanto fatos intimamente ligados à vida humana - em especial às vidas do nascituro, da gestante e da família - e se os eventuais danos decorrentes podem ser considerados danos indenizáveis na ordem civil nacional.

A par disso, há de se considerar se, nessas hipóteses, haveria legítima e cabível pretensão reparatória por dano extrapatrimonial em face daquele que agisse sob o manto da proteção do direito à vida do nascituro, em detrimento de direitos da personalidade titularizados pelos pais, albergados pelo debate em torno das wrongful actions.

Será utilizado o exercício dialético hegeliano⁵ abstrato, à luz da doutrina divergente, de modo a fundamentar a teoria de que, em concreto, tal interferência revela-se ilícito civil positivado como abuso de (do) direito, à margem do viés de confirmação⁶. Em seguida, advém a necessidade de bem delinear o abuso do direito (art. 187/CC/2002)⁷, enquanto ato ilícito civil, à responsabilidade civil objetiva

3 “O trabalho teórico tem na sistematização efetuada sobre o material empírico – seleção, organização, classificação, tipificação, categorização – um estágio prévio: é sobre ela que a se estrutura a teoria, produzindo uma similitude ideal que procura contemplar a organização intrínseca da empiria, abordada por meio de um forte e rigoroso tratamento analítico. O resultado da elaboração teórica, o produto teórico, é um modelo que a razão elabora a partir do objeto empiricamente dado.” (PADUA, Marcus Alexandre de; TRIANI, Felipe da Silva; CAVALCANTI, Eliane Cristina Tenório; NOVIKOFF, Cristina. A dimensão ontológica: um caminho possível para a concretização da interdisciplinaridade. Educação e Pesquisa, São Paulo, v. 44, 2018, p. 14). Disponível em <<http://www.scielo.br>. Acesso em 08 Jan. 2019.

4 “Exemplos de conceitos deontológicos são os conceitos de dever, proibição, permissão e de direito a algo. Comum a esses conceitos, como será demonstrado mais adiante, é o fato de que podem ser reduzidos a um conceito deontológico básico, que é o conceito de dever ou de dever-ser.” (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. OLIVEIRA G. B. de M. (Trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017, p. 145).

5 “Em realidade, a dialética hegeliana constitui, já adiantando a conclusão final, um sistema de compreensão da realidade, diante de um processo em contínuo movimento no qual o antecedente se supera e conserva no precedente, se transformando, imediatamente, em um novo antecedente, a ser novamente superado e conservado, e assim por diante, em um ciclo interminável de crescente determinação.” (FERREIRA, Fernando Guimarães. A dialética hegeliana: uma tentativa de compreensão. Rev. Estudos Legislativos. Ano 7, n. 7, p. 167 a 184. Porto Alegre: 2013, p. 168). Disponível em <<http://submissoes.al.rs.gov.br>> Acesso em 08 Jan 2018.

6 O que se vislumbra em sede de pesquisa acadêmica, constrói-se à margem do viés de confirmação: “o termo refere-se à tendência de procurarmos a informação que apenas confirma aquilo que já sabemos, de aceitarmos apenas os factos que reforçam as nossas teses preferidas e de rejeitarmos os dados que põem em causa aquilo que para nós é a verdade. (NICHOLS, Thomas. A morte da competência. Quetzal: Lisboa, 2018, p. 69).

7 BRASIL. CCB/2002: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

(parágrafo único do art. 927, CC/2002⁸), ponto de embate doutrinário que cerca essa inter-relação⁹, pois há firme crítica no campo hermenêutico quanto à licitude albergada pelas wrongful actions¹⁰. Como direito objetivo, exercido para além de sua função deontológico-normativa, o abuso de direito será tratado pela ótica do exercício irregular do habeas corpus, cujo paciente seja o nascituro e o impetrante, por sua vez, aquele terceiro interveniente.

É de se considerar parte do acervo jurisprudencial¹¹ do Supremo Tribunal Federal acerca do debate da interrupção voluntária da gestação que serviu de base

8 BRASIL. CCB/2002: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

9 “O abuso do direito é um ato ilícito, todavia, um ilícito objetivo. Ou seja, ao contrário do tradicional ilícito subjetivo centrado na culpa e na violação formal de uma regra (art. 186, CC). [...] A “responsabilidade objetiva” não passa de uma obrigação de indenizar independentemente da existência de um ilícito (seja este o do art. 186 ou o do art. 187 do CC). Se houve ou não um ato ilícito, tal discussão é despicienda nesse âmbito, pois a imputação objetiva requer apenas uma relação de causalidade entre a atividade do agente e o dano injusto, justificada por uma norma especial ou pelo risco inerente àquela atividade (art. 927, parágrafo único do CC). Destarte, exclua-se qualquer vínculo entre o abuso do direito e a responsabilidade objetiva.” (ROSENVALD, Nelson. O direito civil em movimento: desafios contemporâneos. 2. ed., rev. e atua. Juspodivm: Salvador, 2018, p. 203;204).

“Não se olvide que a positivação da vedação ao abuso de direito tem origem na evolução da teoria dos direitos subjetivos”. [...] Com o devido respeito aos juristas por último citados, não vejo problema em se entender pela presença de um ilícito, na linha das lições de Limongi França antes destacadas. Ademais, há total compatibilidade, nesses mais de quinze anos de vigência do Código Civil de 2002, entre o abuso de direito e a responsabilidade objetiva ou sem culpa, como ainda será aqui desenvolvido, sendo a posição pelo critério objetivo-finalístico a que prevalece no Direito Privado brasileiro TARTUCE. Flávio. Manual de direito civil. 7 ed. São Paulo: Método, 2017, p. 66)

10 “O direito à vida é inviolável e, se dúvidas houvesse, no tocante a abrangência com que de ser interpretado o preceito constitucional, elas dissipar-se-iam pela imprescindível consideração da inexistência de diferenças ontológicas entre um embrião com 10 semanas e um embrião com 11 semanas, bem assim entre um embrião e uma criança já nascida. [...] temos muitas dúvidas de que a argumentação [pró aborto] possa ser aceite, sobretudo pela consciência da fragilidade da vida em questão e pela necessidade de a proteger diante de tamanha vulnerabilidade.” (BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. Lições de responsabilidade civil. Princípiã: Caiscais, 2017, p. 321-322.)

11 Os efeitos legais firmados nos autos ADPF 54, no HC 124.306, na ADI 3.510, e os argumentos carreados pela Procuradoria Geral de Justiça na ADI 5.581 e ADPF 442, orientam, em casos específicos, face a relativização do direito a vida do nascituro, a possibilidade de se considerar como dano o indevido óbice à IVG.

ao julgamento de Recurso Especial¹² no Superior Tribunal de Justiça, para reconhecer que o impetrante de um Habeas Corpus não pode invadir o direito de escolha e as liberdades de determinado casal que tenha, licitamente, decidido interromper uma gestação.

Dessa interferência deletéria de um autor do Habeas Corpus, aquele casal ajuizou ação de reparação de dano moral sob a alegação de que houve manejo indevido do remédio constitucional (Habeas Corpus) e inequívoco abuso do direito de ação, com fundamento, em especial, no art. 187 do CCB/2002, tendo seus pedidos não providos em primeira e segunda instâncias, sentenças essas revertidas somente em Recurso Especial no STJ, fato que reforça a necessidade do debate proposto.

O presente estudo pretende ater-se ao pressuposto do dano, indagando sua verificação - o que implicará verificar em que situações uma wrongful action expressará um bem jurídico merecedor de tutela no contexto do ordenamento jurídico brasileiro e cuja lesão ensejará reparação de dano patrimonial e/ou extrapatrimonial. Para isso, lança-se mão de material doutrinário do sistema jurídico civil law e de situações fáticas judicializadas ligadas à temática. Recorre-se à doutrina estrangeira, da literatura portuguesa, haja vista este país debater as questões dos danos decorrentes das wrongful actions desde o início do século XX¹³.

II Síntese das controvérsias abordadas: parâmetros normativos e hermenêuticos da responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados

Segue o presente, a partir de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, com o desiderato de substanciar reflexões acerca das escolhas individuais de mulheres e famílias que ainda sofrem com o patriarcalismo e o conservadorismo dogmático-

12 “1. Controvérsia: dizer se o manejo de habeas corpus, pelo recorrido, com o fito de impedir a interrupção da gestação da primeira recorrente, que tinha sido judicialmente deferida, caracteriza-se como abuso do direito de ação e/ou ação passível de gerar responsabilidade civil de sua parte, pelo manejo indevido de tutela de urgência. 2. Diploma legal aplicável à espécie: Código Civil – arts. 186, 187, 188 e 927[...] 4 Necessidade de perquirir sobre a ilicitude do ato praticado pelo recorrido, buscando, na existência ou não - de amparo legal ao procedimento de interrupção de gestação, na hipótese de ocorrência da síndrome de body stalk e na possibilidade de responsabilização, do recorrido, pelo exercício do direito de ação - dizer da existência do ilícito compensável; [...] 7. A sôfrega e imprudente busca por um direito, em tese, legítimo, que, no entanto, faz perecer no caminho, direito de outrem, ou mesmo uma toldada percepção do próprio direito, que impele alguém a avançar sobre direito alheio, são considerados abuso de direito, porque o exercício regular do direito, não pode se subverter, ele mesmo, em uma transgressão à lei, na modalidade abuso do direito, desvirtuando um interesse aparentemente legítimo, pelo excesso. 8. A base axiológica de quem defende uma tese comportamental qualquer, só tem terreno fértil, dentro de um Estado de Direito laico, no campo das próprias ideias ou nos Órgãos legislativos competentes, podendo neles defender todo e qualquer conceito que reproduza seus postulados de fé, ou do seu imo, havendo aí, não apenas liberdade, mas garantia estatal de que poderá propagar o que entende por correto, não possibilitando contudo, essa faculdade, o ingresso no círculo íntimo de terceiro para lhe ditar, ou tentar ditar, seus conceitos ou preconceitos. [...] 10. Dessa forma, assentado que foi, anteriormente, que a interrupção da gestação da recorrente, no cenário apresentado, era lícito, sendo opção do casal – notadamente da gestante – assumir ou descontinuar a gestação de feto sem viabilidade de vida extrauterina, há uma vinculada remissão à proteção constitucional aos valores da intimidade, da vida privada, da honra e da própria imagem dos recorrentes (art. 5º, X, da CF), fato que impõe, para aquele que invade esse círculo íntimo e inviolável, responsabilidade pelos danos daí decorrentes.” 11. Recurso especial conhecido e provido. STJ. REsp 1.467.888-GO. 5ª T. Rel.: Min. Nancy Andrighi. Jul. 20/10/2016. DJe: 25/10/2016.

13 PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade e direitos fundamentais: estudos. 1 ed. Coimbra: Gestlegal, 2018, p. 738.

religioso¹⁴ ao exercerem seus direitos já devidamente tutelados pelo ordenamento jurídico. Verifica-se que essa e outras discussões lançadas sobre o tema proposto estão em voga em maior proporção nos planos dos direitos europeu e estadunidense do que no direito brasileiro.

Pari passu, será adotada a teoria mista quanto à aplicabilidade do abuso do direito enquanto ato ilícito, visando a expandir o entendimento acerca desse instituto, cujas acepções ressoam perfeitamente com a matéria tratada e com as cláusulas gerais em campo.

Entende-se que o abuso de direito, ilicitamente tratado, coadunado com o tema percorrido, é o paradigma normativo-axiológico independente, compreendido no espectro volitivo, de ordem subjetiva, dirigido à ação, cuja reprimenda encontra amparo na Lei Civil de 2002, que serve de mecanismo de garantia e proteção, via de responsabilização civil em suas funções, da autonomia privada, exercícios das liberdades e garantias individuais, autodeterminação e reafirmação da vida em sociedade¹⁵, que correspondem a um amplo rol de direitos da personalidade da gestante e próprio nascituro¹⁶.

Dentre as situações jurídicas que se podem deduzir da discussão acerca das wrongful actions destaca-se, no presente estudo, a hipótese de responsabilização civil objetiva por dano moral face a frustração de interrupção de gestação, caracterizada dentre as espécies de wrongful actions (wrongful conception, wrongful pregnancy, wrongful birth) nas condições amparadas pelo ordenamento jurídico pátrio^{17;18}, diante da intervenção abusiva de terceiro que age à luz do exercício de um direito objetivo.

Concepções, gravidezes e nascimentos indesejados (espécies das wrongful actions) podem ocorrer das maneiras mais variadas, tornando-se ineficaz a criação de um modelo lógico e unívoco capaz de informar com precisão, concretamente, o

14 Tratam a respeito desse tema as autoras: (MORAES Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.); (BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. op. cit., 2017).

15 BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. op. cit., 2017.

16 “Classificamos os direitos da personalidade de acordo com a proteção à: a) vida e integridade física (corpo vivo, cadáver, voz); b) integridade psíquica e criações intelectuais (liberdade, criações intelectuais, privacidade, segredo); c) integridade moral (honra, imagem, identidade pessoal). Ressalve-se, porém, que a relação aqui feita não deve ser considerada taxativa, mas apenas fruto de uma reflexão sobre os principais direitos personalíssimos, até mesmo porque qualquer enumeração jamais esgotaria o rol dos direitos da personalidade, em função da constante evolução da proteção aos valores fundamentais do ser humano.” (STOLZE, Pablo Gagliano; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: parte geral. 14 ed. rev., atual e ampl. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 168).

17 BRASIL. CP/1940. Art. 128 – “Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro: II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”

18 “Estado. Laicidade. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. Feto anencéfalo. Interrupção da gravidez. Mulher. Liberdade sexual e reprodutiva. Saúde. Dignidade. Autodeterminação. Direitos fundamentais. Crime. Inexistência. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos i e ii, do código penal.” STF. ADPF 54. T. Pleno Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 12/04/2012. DJe. 29/04/2013. Public 30/04/2013.

abrigo jurisdicional no qual se amolda toda essa complexidade¹⁹ de fatores, sob o risco, inclusive, de limitar o alcance semiótico das wrongful actions, inadvertidamente, em causas vindouras.

Do sistema judiciário brasileiro, subordinado ao atual padrão legislativo e à cultura social ainda arraigada ao patriarcalismo, embora tenha avançado no tema da interrupção voluntária da gestação (IVG), os limites normativos e hermenêuticos que orientam a responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados, no ordenamento brasileiro, parecem extremamente áridos, consoante as hipóteses de efetivação das IVGs lícitas no Brasil.²⁰

Evidencia-se um ambiente, até então pouco fértil, à possibilidade de indenização por dano moral fundado em abuso do direito via responsabilidade civil objetiva, pois se está em campo considerar a vida do nascituro como dano indenizável²¹.

Açodada reflexão do tema pode levar a uma indevida interpretação dessa questão, dificultando, assim, não apenas a propositura de ações de reparação de danos, na hipótese, mas de uma verdadeira inibição do debate que, sem dúvida, suscita sopesamento axiológico-normativo entre as relações gestante/família/nascituro, cujo entendimento teórico-jurisprudencial está longe de ser unísono e pacífico²².

Não se olvide que as indevidas interferências no regular exercício do planejamento familiar²³ devem e merecem intervenção jurisdicional via responsabilização na ordem

19 Adota-se a tese luhmanniana de sistema complexo social, extraída do conceito estreito à demanda ora apresentada, do Direito como sistema autopoietico: “A distinção que constitui a complexidade assume a forma de um paradoxo: complexidade é a unidade de uma multiplicidade. Um fato é expresso em duas versões distintas: como unidade e como multiplicidade, e o conceito nega que se trate de algo distinto [...] de modo que a forma da complexidade é o limite para a ordem, onde ainda é possível que cada elemento se associe a cada tempo com outros elementos. O que excede a isso, necessita de seleção e produz, assim, um estado contingente, ou seja, toda ordem possível de ser reconhecida depende de uma complexidade, que deixa evidente, que algo diferente também seria possível.” (LUHMANN, N. O conceito de sociedade. In: NEVES, C. B. SAMIOS, E. M. B. (Org.). Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997, p. 136-137).

20 PETEFFI DA SILVA, Rafael, RAMMÊ, Adriana Santos. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional. Vol. 1, n. 01, p. 121 a 143. dez. 2013, Santa Catarina. p. 122.

21 “Ainda temos poucos autores brasileiros que tratam a matéria. Com menção expressa às hipóteses típicas encontradas no Direito Norte-americano.” (PETEFFI DA SILVA, Rafael, RAMMÊ, Adriana Santos. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional. Vol. 1, n. 01, p. 121 a 143. dez. 2013, Santa Catarina. p. 122).

22 “Nos casos de gravidez indevida, a violação da autonomia reprodutiva negativa ensejou a concepção e o conseqüente nascimento de uma criança, que pode ou não ser saudável. Ainda não é pacífica a aceitação da existência de danos decorrentes de wrongful conception, pois o nascimento de uma criança, mormente quando saudável, é considerado um evento abençoado e não um dano. Esta ponderação é denominada de “argumento do evento abençoado” ou the blessing argument. O argumento do evento abençoado” propugna que a gravidez, mesmo que indevida, não se presta a produzir nenhum tipo de dano, pois o nascimento de uma criança seria sempre uma benção. Nesta senda, considerar o nascimento de uma criança um dano seria o mesmo que repudiar o valor da vida humana.” (HOLANDA, Caroline Sátiro de. A gravidez indevida e o conseqüente nascimento de uma criança podem ser considerados um dano? uma análise da determinação e da extensão dos danos decorrentes de wrongful conception. Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol. 12. Jul. a Set. 2017, p. 253 – 296, Revista dos Tribunais On Line. p. 256).

23 BRASIL. C.R.F.B./1988. “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

civil capaz de, pecuniariamente, compensar essas vítimas, ainda que o dano causado refira-se às wrongful actions e às espécies em recorte^{24,25}.

Após a entrada em vigor do Código Penal, em 1940, em especial, o art. 128, I e II, houve alteração para inclusão de excludente de culpabilidade do ato de interromper uma gestação, somente em 2012/2013, com o julgamento da ADPF 54, e, por consequência do sobrestamento das ações repetitivas, um sem número de casos, até então puníveis, foram considerados materialmente atípicos. Logo, conclui-se que entre 1940 e 2019 houve apenas a inclusão de uma única cláusula exculpante, qual seja, anencefalia, fazendo permanecer, desde então, o enxuto rol de possibilidades lícitas de IVG.

Portudo isso, então, cabe analisar as teorias em voga e, a partir delas, desenvolver as hipóteses pelas quais as wrongful actions sejam consideradas, no contexto da responsabilidade objetiva, cuja compensação deriva-se do dano provocado por quem age exorbitando a função normativo-axiológica do direito objetivo (HC), em desacordo com o art. 187, e parágrafo único do art. 927, ambos do C.C.B./2002.

Diz-se isso, contrario sensu, pois a exegese jurídico-teórica das wrongful actions, até então, vem sendo marcada, ainda que não exclusivamente, pela culpa médica e orientada, sobremaneira, por pressupostos alinhados a gestações indevidas resultadas da conduta culposa do profissional da saúde^{26,27,28}.

Há inúmeros casos de interferência deliberada que afrontam o desejo e a decisão familiar de interromper uma gestação, cujos melhores exemplos são encontrados

24 “O dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado como o princípio geral de respeito à dignidade da pessoa humana).” (MORAES, Maria Celina Bodin de. op. cit. 2003, p. 132)

25 No âmbito nacional o tema desenrola-se sob a justificativa de que: “Dada a severa restrição à prática do aborto (art. 128 do CP), tais reclamações careceriam de suporte legal. Na hipótese de a lei futura permitir a interrupção da gravidez, devido a grave anomalia fetal – como propõem alguns legisladores – a ação de wrongful birth, certamente, surgiria também aqui.” KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 34.

26 “A wrongful conception pode decorrer das seguintes situações: 1) defeitos nos produtos utilizados como métodos anticoncepcionais (pílulas, preservativos, diafragma, DIU etc.); 2) falhas nas cirurgias esterilizantes, em decorrência de culpa do médico ou de outro profissional da saúde; 3) ausência do dever de informar acerca dos cuidados e dos riscos após a realização das cirurgias esterilizantes; 4) falha nos procedimentos abortivos, igualmente em razão de culpa do profissional da saúde; 5) não constatação de uma gravidez, por culpa dos profissionais da saúde, em tempo viável para realização da interrupção da gravidez, impossibilitando, com isso, o exercício do direito ao aborto. (HOLANDA, Caroline Sátiro de. op. cit. Jul. a Set. 2017, p. 256).

27 “Apesar da inegável multiplicidade de motivos para o surgimento da gravidez indesejada, abarcando até mesmo o rompimento de preservativos, não há dúvidas de que as causas da grande maioria das demandas apreciadas judicialmente são: i. falhas cometidas em procedimentos de laqueadura tubária (incluindo a falha no dever de informar); ii. falhas cometidas em procedimentos de vasectomia (incluindo a falha no dever de informar); e iii. uso de medicamentos contraceptivos sem eficácia, com destaque para o conhecido caso das “pílulas de farinha”, do medicamento Microvlar.”(PETEFFI; RAMMÊ. op. cit., 2013, p. 130).

28 “Os termos wrongful conception, wrongful birth e wrongful life são espécies de ações indenizatórias que têm por fundamento uma falha médica que resulta em uma concepção, gravidez ou nascimento indesejado.” (CONPEDI. Cidadania e desenvolvimento sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito. Coord. BEZERRA, Eudes Vitor; TEIXEIRA, João Paulo Allain; FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Florianópolis, 2016, p. 300).

em ações de habeas corpus²⁹ manejados por terceiros ou pelo Estado, tendo como pacientes o nascituro, quando aqueles tomam conhecimento de eminente IVG^{30,31}.

Nesse contexto, o acervo jurisprudencial³² do Supremo Tribunal Federal acerca do debate da interrupção voluntária da gestação serviu de base ao julgamento de

29 “Habeas corpus. Penal. Pedido de autorização para a prática de aborto. Nascituro acometido de anencefalia. Indeferimento. Apelação. Decisão liminar. Da relatora ratificada pelo colegiado deferindo o pedido. Inexistência de previsão legal. Idoneidade do writ para a defesa do nascituro.” STJ. T. Pleno. Habeas Corpus. Rel. Min. Laurita Vaz. n.º 32.159/RJ. Jul. 17.02.2004. DJe. 22.03.2004.

“Habeas corpus. Penal e processual penal. Submissão do writ ao colegiado. Excepcionalidade do caso. Interrupção de gravidez. Paciente que sofre de patologia cujo tratamento não recomenda o prosseguimento da gestação. Não conhecimento. Ausência de prova pré-constituída. Writ instruído precariamente. Impossibilidade de análise. Ordem não conhecida.” TJCE. Habeas Corpus n.º 0031579-86.2013.8.06.0900 Rel. Des. Francisca Adelinei de Viana. DJe. de 21/01/2014.

“Habeas corpus. Medida liminar. Submissão do exame do pedido urgente ao colegiado. Excepcionalidade do caso. Interrupção de gravidez. Gestante que sofre de moléstia, cujo tratamento é incompatível com o prosseguimento da gestação.” STJ. 5ª T. Rel. Min. Campos Marques. Habeas Corpus n.º 266445/GO. Jul. 19.03.2013. DJe: 12.04.2013.

30 “Nossa Constituição assevera: ‘Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder’ (art. 5.º, LXVIII). O direito ao habeas corpus, que vem desde a Magna Carta (1215), cláusula 29, perpassa toda a história do common law inglês (Habeas Corpus Act, 1679) e estadunidense e encontra abrigo na tradição luso-brasileira,³⁰¹ constitui writ constitucional que visa à tutela do direito à liberdade de locomoção. Pelo seu objeto – a liberdade individual – e pela sua função de controle sobre a juridicidade da atuação estatal, facilmente se percebe sua íntima ligação com o Estado Constitucional. O habeas corpus consubstancia-se na garantia da liberdade individual diante do poder estatal, sendo anteparo de fundamental importância à pessoa diante do Estado. É uma Cristina Sánchez RodasGuilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 998).

31 Fato é que o habeas corpus: “Destina-se a proteger o indivíduo contra qualquer medida restritiva do Poder Público à sua liberdade de ir, vir e permanecer. A jurisprudência prevalecente no STF é dominante no sentido de que não terá seguimento habeas corpus que não afete diretamente a liberdade de locomoção do paciente. Em que pese a extensão e a amplitude que essa interpretação tem assumido, não impressiona, contudo, o argumento de que o habeas corpus é o meio adequado para proteger tão somente o direito de ir e vir do cidadão em face de violência, coação ilegal ou abuso de poder. Outrossim, ressalte-se que, se a coação à liberdade individual comumente advém de atos emanados do Poder Público, não se pode descartar a possibilidade da impetração de habeas corpus contra atos de particular”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 368.

32 Os efeitos legais firmados nos autos ADPF 54, no HC 124.306, na ADI 3.510, e os argumentos carreados pela Procuradoria Geral de Justiça na ADI 5.581 e ADPF 442, orientam, em casos específicos, face a relativização do direito a vida do nascituro, a possibilidade de se considerar como dano o indevido óbice à IVG.

Recurso Especial³³ no Superior Tribunal de Justiça, provido à unanimidade que, somente em 2016, reconheceu que o impetrante de um Habeas Corpus, cujo paciente fora um nascituro diagnosticado com gravíssima má-formação congênita, nos idos do ano de 2005, invadiu, por razões religiosas³⁴, o direito de escolha e as liberdades daquele casal que decidira interromper a gestação.

O casal, irrisignado com a interferência deletéria do autor do Habeas Corpus, ajuizou ação de reparação de dano moral sob a alegação de que houve manejo indevido do remédio constitucional (Habeas Corpus), resultando grave e inútil sofrimento à mãe, mesmo tendo obtido decisão judicial favorável à IVG e, naquele contexto, vislumbrou inequívoco abuso do direito de ação, com fundamento, em especial, no art. 187 do CCB/2002, tendo seus pedidos não providos em primeira e segunda instâncias, sentenças essas revertidas somente em Recurso Especial no STJ, fato que reforça a necessidade do debate proposto.

Diz-se, pois, que o referido acórdão é marco jurisprudencial ao prever que um nascimento indevido ou indesejado, resultante de uma gestação desejada ou não (pois é possível que a gestação tenha sido desejada e no seu desenvolvimento tornar-se indesejada), é capaz de gerar dano extrapatrimonial no ordenamento jurídico brasileiro, malgrado a tutela à vida do nascituro.

A controvérsia nessa seara é grande, de modo que há famílias que sofrem à espera de uma teoria clara capaz de informar, com certo grau de razoabilidade e segurança, suas possibilidades reais e jurídicas quanto à reprimenda legal em face

33 “1. Controvérsia: dizer se o manejo de habeas corpus, pelo recorrido, com o fito de impedir a interrupção da gestação da primeira recorrente, que tinha sido judicialmente deferida, caracteriza-se como abuso do direito de ação e/ou ação passível de gerar responsabilidade civil de sua parte, pelo manejo indevido de tutela de urgência. 2. Diploma legal aplicável à espécie: Código Civil – arts. 186, 187, 188 e 927[...] 4 Necessidade de perquirir sobre a ilicitude do ato praticado pelo recorrido, buscando, na existência ou não - de amparo legal ao procedimento de interrupção de gestação, na hipótese de ocorrência da síndrome de body stalk e na possibilidade de responsabilização, do recorrido, pelo exercício do direito de ação - dizer da existência do ilícito compensável; [...] 7. A sôfrega e imprudente busca por um direito, em tese, legítimo, que, no entanto, faz perecer no caminho, direito de outrem, ou mesmo uma toldada percepção do próprio direito, que impele alguém a avançar sobre direito alheio, são considerados abuso de direito, porque o exercício regular do direito, não pode se subverter, ele mesmo, em uma transgressão à lei, na modalidade abuso do direito, desvirtuando um interesse aparentemente legítimo, pelo excesso. 8. A base axiológica de quem defende uma tese comportamental qualquer, só tem terreno fértil, dentro de um Estado de Direito laico, no campo das próprias ideias ou nos Órgãos legislativos competentes, podendo neles defender todo e qualquer conceito que reproduza seus postulados de fé, ou do seu imo, havendo aí, não apenas liberdade, mas garantia estatal de que poderá propagar o que entende por correto, não possibilitando contudo, essa faculdade, o ingresso no círculo íntimo de terceiro para lhe ditar, ou tentar ditar, seus conceitos ou preconceitos. [...] 10. Dessa forma, assentado que foi, anteriormente, que a interrupção da gestação da recorrente, no cenário apresentado, era lícito, sendo opção do casal – notadamente da gestante – assumir ou descontinuar a gestação de feto sem viabilidade de vida extrauterina, há uma vinculada remissão à proteção constitucional aos valores da intimidade, da vida privada, da honra e da própria imagem dos recorrentes (art. 5º, X, da CF), fato que impõe, para aquele que invade esse círculo íntimo e inviolável, responsabilidade pelos danos daí decorrentes.” 11. Recurso especial conhecido e provido. STJ. 5ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi. REsp 1.467.888-GO. Jul. 20.10.2016. DJe: 25.10.2016.

34 “Se eu soubesse que Geovana havia sobrevivido e que seus pais estavam em Morrinhos, sem dúvida eu teria ido visitá-los, acompanhá-los durante a gestação, oferecer-lhes assistência durante o parto (como fizemos com tantas outras gestantes) e, em se tratando de uma criança com risco de morte iminente, batizá-la logo após o nascimento. E se ela falecesse, para mim seria uma honra fazer suas cerimônias fúnebres acompanhando a família até o cemitério.” (CRUZ, Lodi. op. cit., 2016, s.p).

daquele que atente contra suas decisões³⁵, quais sejam, de interrupção lícita de uma gestação.

III Articulação semântico-hermenêutica dos conceitos de *wrongful actions*

Tratam-se as *wrongful actions*³⁶ de gênero semântico que remete a ações de indenização de dano patrimonial, em sua maioria, quando há falha médica procedimental ou quando há defeito no método contraceptivo³⁷, acompanhadas, eventualmente, de pretensão indenizatória de cunho extrapatrimonial, pelo fato de os genitores considerarem ofensa a direitos da personalidade.³⁸

Por suposto, as espécies litigiosas, derivadas do nominado gênero *Wrongful Actions*, quais sejam *Wrongful Birth*, *Wrongful Life* e *Wrongful Conception*, no Brasil, vinculam-se à teoria de perda de chance³⁹, por impossibilidade de exercício do direito ao planejamento familiar⁴⁰.

O presente estudo não passa pelo viés especulativo da perda da chance, nem tampouco seus eventuais desdobramentos, pois não se está em causa uma conduta fundada em culpa médica.

Visa-se a analisar as hipóteses para uma imputação objetiva, cuja indenização deriva da responsabilidade civil objetiva, materializada no abusivo exercício de um direito que se afigura como causa de um dano. Neste ensejo, os conceitos subjacentes

35 Para elucidar parâmetros à identificação do terceiro cuja responsabilidade pretende-se deflagrar na presente pesquisa, recorre-se a ensinamentos doutrinários erigidos na identificação do terceiro em relações obrigacionais.

É necessário analisar a contraposição parte-terceiro de acordo com o momento de sua verificação – pois a caracterização do terceiro nem sempre será uma constante –, o contexto de sua posição diante da relação obrigacional e a interferência entre as diversas posições que podem ser detectadas entre partes e terceiro. O autor reconhece, então, o caráter relativo e variável da configuração do terceiro: “A qualificação de terceiro não é entendida como uma classificação naturalística e considerada constante; pelo contrário, ela tem, essencialmente, caráter de relatividade e variabilidade, em função dos interesses que estão em jogo. É decisivo, para a atribuição de qualificação, o critério do interesse protegido pelo direito, unido à cognoscibilidade da relação em discussão e ao caráter independente ou subordinado da posição jurídica, tendo também em conta a interferência entre posições diversas”. (BETTI apud MULHOLLAND, Caitlin. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. In MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 266-267).

36 “As intervenções efetuadas no âmbito do mencionado processo assistencial permitem, cada vez mais cedo, identificar anomalias congénitas, síndromes polimalformativas, defeitos do tubo neural e défices cognitivos. É nesta conjuntura que surgem as, usualmente repartidas em três categorias: *wrongful birth* (“nascimento indevido”), *wrongful life* (“vida indevida”) e *wrongful conception* (“concepção indevida”)3, como situações nas quais, por virtude de diminuída diligência, o médico falha no diagnóstico pré-concepcional, pré-natal, ou no diagnóstico genético pré-implantatório.” (DUARTE, Sara Cristina Gomes. *Wrongful Birth, Wrongful Life e Wrongful Conception: a Admissibilidade das Wrongful Actions à luz da Dogmática Comum da Responsabilidade Civil. Dissertação de Mestrado*. Faculdade de Direito da Escola do Porto. Portugal, Porto, 2017, p. 12.) Disponível em <<https://repositorio.ucp.pt>>. Acesso em 31 mar. 2017.

37 Os casos de vasectomia e laqueadura tubária não encontram na dificuldade de enquadramento dos casos de nascimento indesejado dentro da moldura de dano indenizável brasileira o seu maior empecilho para concessão de indenização para as vítimas. (PETEFFI, Rafael; RAMMÊ, Adriana Santos. op. cit. 2013, p. 131).

38 (PETEFFI, Rafael; RAMMÊ, Adriana Santos. op. cit. 2013).

39 “As ações de concepção e nascimento indesejadas têm em comum a possibilidade de reparação da chance perdida. Nesses casos, os genitores da criança perdem a chance de interromper a concepção ou a gravidez. Trata-se, portanto, de um evento aleatório que segue o seu curso – e que poderia ter sido interrompido, caso não houvesse a falha do médico no diagnóstico ou na informação – e que se conhece o resultado final: a concepção ou o nascimento”. (CONPEDI. op. cit. 2016, p. 310).

40 BRASIL. C.R.F.B/1988. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

tratados englobam as wrongful birth actions e wrongful conception actions. Não fazem parte do estudo as circunstâncias aprofundadas derivadas das wrongful life actions.

Derivadas do direito estadunidense na década de 1960, as wrongful actions ganharam espaço no ordenamento jurídico global com a repercussão do caso *Zepeda vs. Zepeda*⁴¹, cujo precedente possibilitou, nos EUA, o início das discussões teórico-axiológicas acerca da possibilidade jurídica de indenização por wrongful actions.⁴²

Na Europa, especialmente na França, a lei anti-perruché foi reflexo da pretensão indenizatória cujo impulso decisivo para a difusão e discussão midiática deste problema, no contexto europeu, foi dado pelo célebre arrêt Perruché, da Cour de Cassation, de 17 de Novembro de 2000⁴³.

O caso Perruché⁴⁴ refere-se a malformações gravíssimas de Nicolas Perruché decorrentes de uma infecção viral por Rubivirus⁴⁵ contraída pela mãe na fase gestacional. A mãe alegou que, houvessem o médico e o laboratório demandados sido diligentes e eficazes no diagnóstico, teria ela optado pela interrupção da

41 “Esta ação foi interposta pelo filho face ao seu progenitor. Zepeda não padecia de qualquer deficiência ou patologia genética, no entanto, requereu uma indemnização contra o seu pai. Alegava uma vida indevida porque tinha sido concebido fora do casamento, mediante relações sexuais induzidas por falsas promessas de casamento. Como filho ilegítimo provinham-lhe vários e graves prejuízos para a sua vida, nomeadamente para a vida profissional pela discriminação social, pretendendo ser ressarcido por isso. Tal pedido foi julgado improcedente pelo tribunal. Neste caso, a expressão wrongful life generalizou-se em contraposição à expressão wrongful death (nestas ações o pedido tinha por base a vida que deveria ter continuado e à qual foi posto termo). (SILVA, Sara Elisabete Gonçalves da. *Vida indevida (wrongful life) e direito à não existência*. Lusíada Direito. Lisboa, 2015, p. 123 a 155. Disponível em <<http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/2384/2522>> Acesso em 10 jan 2019., p. 128-129).

42 “A expressão wrongful life foi utilizada pela primeira vez em 1963, no caso *Zepeda vs. Zepeda*, por um tribunal do Illinois. O uso desta nomenclatura generalizou-se por contraposição ao ilícito da “morte indevida” (wrongful death), pretendendo significar qualquer acção em que se invocasse a vida como dano.” (SIMOES, Fernando Dias. *Vida indevida? As acções por wrongful life e a dignidade da vida humana*. *Tékhné Barcelos*. N. 13, p. 187 a 203. Junho de 2010, p. 187. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-99112010000100010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 27 dez. 2019).

43 “O Tribunal da Cassação, reunido em assembleia plenária, decidiu que a criança tinha direito a uma indemnização porque as faltas cometidas pelo médico e pelo laboratório tinham impedido a possibilidade de a mãe interromper a gravidez e assim evitar o nascimento do filho. Pela primeira vez, um tribunal superior concedia indemnização à criança deficiente pelo simples facto de esta ter nascido.” (SIMÕES, Fernando Dias. *Op. citi.* 2010, p. 190).

44 No caso, a culpa médica, por negligência, não diagnosticou a infecção viral, frustrando à mãe o direito de escolha pela interrupção da gravidez. Em síntese, a Cour de Cassation julgou procedente o pedido inicial e condenou médico e laboratório a reparar, de forma pecuniária à criança, em ação de dano resultante dessas malformações. (FRANÇA. Arrêt Perruché. Cour de Cassation. Nov. 2000). Disponível em <www.courdecassation.fr> Acesso em 28 dez 2018.

45 “No campo das doenças infecto-contagiosas, a importância epidemiológica da Rubéola está representada pela ocorrência da Síndrome da Rubéola Congênita (SRC) que atinge o feto ou o recém-nascido cujas mães se infectaram durante a gestação. A infecção na gravidez acarreta inúmeras complicações para a mãe, como aborto e natimorto (feto expulso morto) e para os recém-nascidos, como malformações congênitas (surdez, malformações cardíacas, lesões oculares e outras).” (BRASIL. Ministério da Saúde. *Saúde de A a Z: rubéola*. Informativo. 02 de Maio de 2017). Disponível em <<http://portalms.saude.gov.br/saude-de-a-z/rubeola>> Acesso em 10 jan. 2019.

gestação^{46,47}.

É possível, ainda, que a reparação civil tenha por causa não a concepção indesejada por prévia falha de método ou procedimento contraceptivo, mas também por impedimento posterior de interrupção da gestação, situação que remete a hipóteses que autorizam a IVG.

Inicialmente, por leitura pragmática dos arts. 124 a 126 do C.P.B., pretender indenização por dano moral fundada na frustração da interrupção de uma gestação só seria possível em dois casos: para salvaguardar a vida da gestante (aborto necessário ou terapêutico) ou gestação proveniente de estupro (aborto humanitário ou sentimental), previstos nos incisos I e II do art. 128 do CPB.

Com o julgamento da ADPF 54⁴⁸, tendo o STF declarado a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124 a 126 do CPB, abriu-se uma nova possibilidade de realização da IVG no Brasil.

Do referido julgamento firmou-se a tese de que havendo gestação de feto que apresente outro tipo de má-formação grave que inviabilize a vida extrauterina, independente do risco à vida da gestante, será possível a interrupção da gravidez em homenagem à hermenêutica jurídica, segundo a qual, *ubi eadem ratio ibi idem jus*⁴⁹.

Em verdade, após o julgamento da ADPF 54, com novas possibilidades de interrupção da gestação, novas modalidades de dano moral surgiram e consigo as espécies de *wrongful actions* ganharam novos contornos na ciência jurídica brasileira, o que suscita distinção entre as espécies conglobadas na matéria.

As espécies (*wrongful conception*, *wrongful pregnancy* e *wrongful birth*) diferem entre si, notadamente, pelo estágio em que se verifica a extensão do dano causado, cujos titulares lesados são os progenitores, especialmente a mãe ou os próprios filhos, nas hipóteses de *wrongful life*.⁵⁰ Tendo em vista a titularidade dos direitos da personalidade (e até patrimoniais nos casos de perda de chance por culpa médica ou falha em método contraceptivo), “as *wrongful birth actions* são propostas pelos progenitores contra os profissionais médicos em virtude do nascimento de uma criança não desejada, exigindo uma indenização pelos danos resultantes da gravidez e da

46 “Vale ressaltar que os pais de Nicolas Perruche expressaram claramente as suas vontades no sentido de interromper imediatamente a gravidez caso houvesse risco de que o filho nascesse afetado pela doença.” (COSTA, Laís Marrão da, *Limites existenciais do direito: reflexões sobre a lei anti-perruche e o direito de não nascer*. Monografias, PUC-RIO: 2012, p. 10). Disponível em <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br>> Acesso em 10 jan. 2019.

47 As discussões erigidas a partir deste caso deram ensejo à edição da Lei francesa 2002-303, que “proibiu expressamente a indenização por simples nascimento indesejado, limitando o remédio ressarcitório àquelas hipóteses em que o erro médico tenha provocado diretamente o handicap, o tenha agravado, ou tenha, de alguma forma, impedido que fossem adotadas as providências necessárias a atenuá-lo”. (SCHREIBER, 2012, p. 96.).

48 STF. T. Pleno ADPF n.º 54/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Voto Min. Rosa Weber. Jul. 12/04/2012. DJe. De 29/04/2013. Public. 30/04/2013.

49 Onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito.

50 VICENTE, Marta de Souza Nunes. *Algumas reflexões sobre as ações de wrongful life: a jurisprudência Perruche*. *Lex Medicinæ*. Ano 6, n. 11. p. 117 a 141. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 119. PINTO, Paulo Mota. *Indemnização em caso de nascimento indevido e de vida indevida (wrongful birth e wrongful life)*. *Lex Medicinæ*. Ano 4, n.º 7, p. 5-25 Coimbra: Coimbra, 2007, p. 8 .

educação da criança.”⁵¹

Importante destacar que um nascimento indesejado⁵² não necessita advir de uma gestação igualmente indesejada. Isso até pode ocorrer, mas, em regra, “a wrongful birth ocorre quando, após a concepção, o médico subtrai ou negligencia aos genitores do nascituro alguma informação relevante que, caso por eles conhecida, faria com que interrompessem a gravidez.”^{53,54}

As wrongful actions podem ocorrer de uma gestação desejada, pois não fosse o infortúnio da malformação fetal a gestação seria levada a termo. “A propósito, pode-se estar diante de uma incidental wrongful conception, uma verdadeira gestação indesejada superveniente ou incidental, pois, no curso da evolução puérpera, tornou-se inviável, indesejada.”

Dito de outro modo, o status quo (saúde e normalidade gestacional esperadas) altera-se com o advento de um diagnóstico médico para inviabilidade de vida extrauterina, fazendo a gestação evoluir para um quadro de nascimento indevido (wrongful birth), como consequência da intervenção de pessoa que tenha obstado a vontade familiar pela interrupção da gestação.

Nessa hipótese, não haveria responsabilidade civil médica, posto que a conduta médica garante a identificação tempestiva de anomalia severa e acolhimento humanizado a essa gestante, orientando-a para a possibilidade lícita do procedimento de IVG. Salta aos olhos uma inovação de wrongful birth, aqui, não fundada na culpa médica ou falha de método contraceptivo, consoante à jurisprudência e doutrina, mas sim na conduta de um terceiro, objetivamente verificada.

Consigna-se, mais: assim como uma ação de wrongful birth pode ter a origem de sua pretensão numa gravidez desejada, cujo nascimento foi indevido por intervenção de qualquer pessoa, tem-se que uma gestação poderá ser indesejada ab initio, como podem ser os casos de gravidezes provenientes de estupro, que ocorrem não por culpa médica ou falha de método ou procedimento para evitá-la.

É de se afirmar, ao menos em sede reflexiva, que relegar o devido enquadramento jurídico a determinados casos é um risco que se corre quando a compreensão de um fenômeno complexo, como se revelam as wrongful actions, passa exclusivamente

51 SIMÕES, Fernando Dias. Vida indevida? As ações por wrongful life e a dignidade da vida humana. *Tékhne Barcelos*. N. 13, p. 187 a 203. Junho de 2010, p. 192. Disponível em <<http://www.scielo.mec.pt>>. Acesso em 27 dez. 2018, p. 192.

52 De igual se posiciona a doutrina portuguesa: “Já os casos ditos de nascimento indevido (wrongful birth), releva o facto de o evento lesivo ter conduzido a um nascimento indesejado. Assim, ou há um nascimento resultado de uma situação de wrongful conception, ou, sendo a concepção desejada, verificou-se um nascimento, na sequência de um erro médico (também em sentido lato), que retirou da mãe a oportunidade de tomar uma decisão informada e tempestiva sobre a continuação ou interrupção da gravidez, afirmando os demandantes que, se não fosse o evento lesivo, a criança nunca teria nascido.” (PINTO, Paulo Mota. op. cit. 2018, p. 736).

53 CONPEDI. op. cit. 2016, p. 307.

54 Noutro giro, as hipóteses de wrongful conception ou wrongful pregnancy, cujos titulares legítimos também são os progenitores, desenvolvem-se quando se verifica: “Uma gravidez indesejada em resultado de um erro médico (lato sensu), ou é concebido um feto com uma deficiência genética depois de os pais não terem sido informados – ou de terem sido incorretamente informados – sobre os riscos genéticos. Os demandantes invocam que a criança nunca teria sequer sido concebida sem o evento lesivo, isto é, sem o erro médico – num sentido amplo, isto é, envolvendo também, por exemplo, o emprego errado ou o mal funcionamento de meios de diagnóstico, a errada prescrição de um medicamento ou a indevida dispensa por um farmacêutico.” PINTO, Paulo Mota. op. cit. 2018, p. 736.

pelo viés pragmático, limitando-as à responsabilidade civil subjetiva, quando da culpa médica, ou objetiva, somente quando da relação de consumo marcada por falha no método contraceptivo.

Defende-se, assim, uma compreensão holística e sistemática dos fundamentos das wrongful actions, no sentido de se desenvolver teorias capazes de se mimetizarem com os casos concretos que se apresentem quando há uma órbita, essa inafastável, junto a titulares dos direitos da personalidade, à vida digna⁵⁵.

À guisa da doutrina lusófona, refere-se a wrongful birth ou wrongful conception como dano injusto, e não como outrora “considerado como um evento abençoado, colocando-se fora da moldura do conceito de dano indenizável.”⁵⁶.

Tratar-se-ia, então, sob a ótica do evento abençoado, de se reconhecer somente os danos patrimoniais⁵⁷, como forma de manter o custeio de parte da vida daquele evento, excluindo-se dessas ações qualquer dano à personalidade. Essa tese tem-se por superada⁵⁸.

Não se pode olvidar que a legislação brasileira⁵⁹ e a jurisprudência⁶⁰, concretamente, autorizam a interrupção voluntária da gestação como em casos de grave doença do feto que inviabilize a vida extrauterina, sem que haja autorização judicial para tal, de modo que, nessa hipótese, o diagnóstico médico preciso e tempestivo é requisito fundamental ao exercício da decisão informada pela gestante e/ou sua família.

IV Delineamento contextualizado do conceito de dano moral

A mais técnica acepção do dano moral reconhece-o como sendo lesão a direito da personalidade ou, então, lesão à dignidade humana. Verificar sentimentos como dor, tristeza, vexame ou humilhação é despiciendo para a deflagração do dano em si, podendo tais impressões serem relevantes no momento da quantificação do dano a

55 “A jurisprudência brasileira mostra-se fértil em julgados que abordam a temática de filhos indesejados, na maioria dos casos resultantes de métodos contraceptivos equivocadamente realizados, como a vasectomia e a laqueadura tubária. Portanto, apesar de não apresentar manifestações jurisprudenciais tão ricas como as encontradas no direito estrangeiro, o ordenamento nacional já reclama sistematização, pois a doutrina pátria não se aprofunda sobre o tema.” (PETEFFI, Rafael; RAMMÊ, Adriana Santos, op. citi. 2013, p. 123).

56 PETEFFI, Rafael; RAMMÊ, Adriana Santos, op. citi... 2013, p. 126.

57 TJRJ. Apelação Cível. Nº. 0388082-48.2008.8.19.0001. Des. Rel. Fernando Fernandy Fernandes. Jul. 16/11/2009.

58 À margem disso, teorias civilistas contemporâneas convergem para diferir tais acepções, sob a seguinte ótica: “Tradicionalmente, demandas pelo nascimento indesejado surgem nos casos em que os pais alegam que o médico não alertou devidamente sobre o risco de engravidar ou dar à luz uma criança com anormalidades genéticas ou congênitas graves impedindo que eles pudessem adotar uma decisão informada sobre levar ou não a gravidez adiante. Certamente, a legislação brasileira não permite tal escolha”. ROSENVALD, Nelson. op. cit. 2018, p. 74.

59 Vide ADPF 54; Art. 128, I e II do CPB.

60 “A ADPF nº 54, ajuizada no ano de 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS e julgada em 12/04/2012, tinha como pedido a declaração da Inconstitucionalidade da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848/40 - como impeditiva da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de assim agir sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado. TJRJ. Apelação Cível nº. 0399948-43.2014.8.19.0001. 5ª T. Rel. Des. Claudia Telles.. Julgamento: 14 de março de 2017. Pub. DJe. 16/03/2017.

ser reparado.

Afastando-se da corrente subjetiva do conceito de dano moral (que atribui sua ocorrência aos efeitos da lesão, por verificação dos sentimentos experimentados pela vítima), pretende-se fundamentar a verificação de dano moral na corrente objetiva⁶¹, que tem seus olhos fitos puramente na lesão, seja por lesão a direito da personalidade seja por afronta à dignidade da pessoa humana⁶².

A cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana⁶³ – em seus quatro substratos, notadamente, liberdade, igualdade, integridade psicofísica e solidariedade social – foi alçada a fundamento da República⁶⁴. Podem-se associar as wrongful actions, principalmente a ação pautada na concepção indesejada por falha no procedimento contraceptivo, ao substrato específico da liberdade, na medida em que os pais ficam impossibilitados de exercerem livremente a constituição e o planejamento familiar quando frustrados em sua vontade deliberada de evitarem o início de uma gestação.

No que tange às wrongful actions e suas espécies no Brasil, após grande repercussão do caso das “pílulas de farinha”⁶⁵, aflorou uma onda de ações pretendendo reparações por danos decorrentes de gestações indesejadas e nascimentos indevidos, sobre as quais o STJ mantém firme entendimento pela devida compensação do dano moral cumulada com dano de ordem material via pensionamento⁶⁶.

No espectro da responsabilidade objetiva, diferem os casos envolvendo

61 Para compreensão da distinção conceitual entre as correntes objetiva e subjetiva para apuração de dano moral: MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. O conceito de dano moral nas relações de trabalho. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em <<http://civilistica.com/o-conceito-de-dano-moral-nas-relacoes-de-trabalho/>>. Acesso em 09 abr. 2020.

62 Nesse sentido, “é majoritária no País a corrente que relaciona os danos morais às lesões aos direitos da personalidade, o que é associado à Escola do Direito Natural.” (TARTUCE, Flávio. *op. cit.*, 2017, p. 292).

63 “Enquanto cláusula geral, a dignidade da pessoa humana pode encontrar dificuldades quanto à determinação de seu conteúdo: Isto significa que o valor da dignidade alcança todos os setores da ordem jurídica. Eis a principal dificuldade que se enfrenta ao se buscar delinear, do ponto de vista hermenêutico, os contornos e os limites dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana. Uma vez que a noção é ampliada pelas infinitas conotações que enseja, corre-se o risco da generalização absoluta, indicando-a como ratio jurídica de todo e qualquer direito fundamental. Levada ao extremo, tal postura hermenêutica acaba por atribuir ao princípio um grau de abstração tão completo que torna impossível qualquer aplicação.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009., p. 84)

64 “Artigo 1º da Constituição Federal, inciso III: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana”. Distingue-se a solidariedade constitucional de outros modelos, por “Tais formas de solidariedade, embora presentes em muitas normas ordinárias, não dizem respeito à solidariedade constitucional, pela qual a participação das pessoas na gestão das formações sociais não deve se direcionar à eficiência destas últimas, mas ao pleno desenvolvimento da pessoa. O tema da solidariedade constitucional, portanto, deve ser entendido em relação aos conteúdos da igualdade e da igual dignidade social” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 462)

65 Civil e processo civil. Ação de indenização por danos materiais e morais. Anticoncepcional microvlar. Placebos utilizados por consumidoras. Análise do material probatório que aponta para a responsabilidade civil do fabricante. Correta valoração da prova. Inversão do ônus da prova. Desnecessidade. STJ. REsp 1120746/SC. 5ª T. Rel. Min. STJ. Nancy Andrighi. DJe. 24/02/2011. Igual teor: STJ. 5ª T. REsp. n.º 1.096.325/ SP. Rel. Min. Nancy Andrighi. Data de julgamento 09/12/2008.

66 Com efeito, o cunho interdisciplinar contido na análise dessas espécies desafia inclusive pensadores afastados do mundo jurídico. A doutrina brasileira tem se mostrado mais tímida, mormente por acreditar que o assunto somente adquire relevância em países que apresentam a ampla possibilidade de abortos voluntários. (PETEFFI, Rafael; RAMMÊ, Adriana Santos, 2013, p. 135).

inviabilidade de vida extrauterina cuja interrupção da gestação fora indevidamente frustrada, das denominadas “ações das pílulas de farinha”. Por exemplo, muito embora remetam à condição de wrongful conception ab initio culminada com wrongful birth, na primeira situação haveria uma frustração à interrupção da gestação apta à pretensão de uma compensação pecuniária pelo dano moral, sem que, para isso, haja necessidade de comprovação da culpa ou do dolo do agente. Isso porque, com o falecimento do feto ao nascer, em tese, nada haveria de se pleitear como dano material; por outro lado, na segunda hipótese, poderia haver reparação de despesas – patrimonialmente aferíveis - quanto ao custeio do desenvolvimento e crescimento da criança nascida⁶⁷.

A respeito dos “conceitos abertos que compõem o art. 187 do CC/2002, pontue-se que prevalece o entendimento segundo o qual a responsabilidade decorrente do abuso de direito é objetiva, independentemente de prova de culpa”^{68,69}.

Nota-se que o Código Civil quando chamado à tutela nos casos de gestação indevida ou nascimento indevido de forma multivariada, tem dado sustentação a essas pretensões, seja pelo art. 186 (pílulas de farinha, por exemplo) seja pelo art. 187⁷⁰.

Há de se balizar as palavras no sentido de qualificar a vontade da gestante, conforme sua autodeterminação, garantida pela liberdade ao exercício dessa vontade lícita e a realização da personalidade feminina, desde então, titularizada às mulheres em qualquer condição adstrita a sua capacidade, pelo mesmo fundamento: a dignidade da pessoa humana^{71,72}.

Depreende-se, pois, que a dignidade da pessoa humana guarda em si, como fundamento do Estado Democrático de Direito, inafastável inter-relação axiomática

67 Faz-se um parêntese para se questionar, e até mesmo provocar tema para futuros trabalhos nessa área, qual seria o número de gestantes/famílias que recorrem às wrongful conceptions actions e consideram, após evolução da gestação e do vínculo parental, o nascimento daquele produto de uma indesejada concepção, igualmente indesejado?

68 (TARTUCE, Flávio. op. cit., 2018, p. 68).

69 [...]4. Contudo, está presente uma dupla impossibilidade probatória: à autora também era impossível demonstrar que comprara especificamente uma cartela defeituosa, e não por negligência como alega a recorrente, mas apenas por ser dela inexigível outra conduta dentro dos padrões médios de cultura do país. [...] O acórdão partiu das provas existentes para concluir em um certo sentido, privilegiando, com isso, o princípio da proteção ao consumidor. [...] STJ. 5ª T. REsp. 1120746 /SC. Rel. Min. STJ. Nancy Andrighi. DJe. 24/02/2011.

70 REsp. STJ 1.467.888/GO.

71 “A ordem jurídica não é contra ou a favor da vontade. É simplesmente a favor da realização da pessoa, o que pode ou não corresponder ao atendimento da sua vontade em cada caso concreto. Se a dignidade humana consiste, como se viu, no próprio “fundamento da liberdade”, o exercício dessa liberdade por cada indivíduo só deve ser protegido na medida em que corresponda a tal fundamento. Em outras palavras: a autolimitação ao exercício dos direitos da personalidade deve ser admitida pela ordem jurídica quando atenda genuinamente ao propósito de realização da personalidade do seu titular. Deve, ao contrário, ser repelida sempre que guiada por interesses que não estão própria ou imediatamente voltados à realização da dignidade daquela pessoa.” (SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 27).

72 A melhor corrente categórica é aquela que conceitua os danos morais como lesão a direitos da personalidade, sendo essa a visão que prevalece na doutrina brasileira. Alerta-se que para a sua reparação não se requer a determinação de um preço para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de lenitivo, derivativo ou sucedâneo. Por isso é que se utiliza a expressão reparação e não ressarcimento para os danos morais. TARTUCE, Flávio. op. cit., 2017, p. 353.

e deontica com os direitos da personalidade⁷³, considerados a partir do plano internacional dos direitos humanos, na Constituição de 1988, como direitos e garantias fundamentais (Art. 1º, III, c/c, Art. 5º) e, desde logo, na Lei Civil de 2002 (Art. 11 ao 21), como direitos da personalidade reflexos dos direitos humanos. A personalidade humana deve ser considerada, igualmente, a partir do extrato de casos complexos (hard cases), citando-se as wrongful actions como bons exemplos, em sua natureza holística, ilimitada, até mesmo em sua porção metafísica.⁷⁴

V O abuso do direito, a responsabilização civil objetiva e o dano nas wrongful actions em espécie

Decerto o texto normativo, notadamente o parágrafo único do Art. 927/CCB/2002, que positiva a responsabilidade⁷⁵ civil objetiva, é base para qualquer avanço na matéria, a seguir conjugado ao disposto no art. 187 do mesmo Código, à luz do art. 5º, X da C.R.F.B de 1988.

Apesar da aplicação dos institutos da responsabilidade civil, a matéria central, in momentum, é: a responsabilização civil objetiva daquele que, por ato ilícito (art. 187/CCB/2002), manejado indevidamente o HC, causa dano a outrem, caracterizado como wrongful birth, ante a frustração indevida de interrupção de uma gestação (com reclassificação teórica para uma incidental wrongful pregnancy).

Importante consignar que por responsabilidade civil a doutrina leciona estar-se diante de termo “técnico específico referente à situação jurídica de quem descumpriu determinado dever jurídico, causando dano material ou moral a ser reparado.”⁷⁶

A partir dessa acepção clássica, há na doutrina a corrente que considera não ser possível reduzir a função da “responsabilidade civil somente à finalidade reparatória, sobretudo através de diversos critérios de imputação de danos. A responsabilidade civil desenvolve uma função de instrumento de controle social e difuso no confronto de atividades potencialmente lesivas.”⁷⁷

Entende-se que o dano causado a outrem e a responsabilização daí decorrente só é possível, verdadeiramente, por meio da determinação do sujeito a quem se imputa um ilícito civil, (ou não) no transcurso de um processo mais humanizado, deslocado mais para a acepção ligada ao dever de cuidado e da boa-fé, superando-se

73 “Na verdade, tem já se defendido que tal cláusula [cláusula de proteção geral da personalidade] poderá considerar-se implícita no direito brasileiro, que no reconhecimento de direitos de personalidade (no art. 11º. do Código Civil), quer – e sobretudo –, pela correspondência com o artigo 5º da Constituição e pela consideração da sua fundamentação no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º., inciso III). Este foi elevado a valor fundamental atributivo de sentido e unidade às disposições relativas aos direitos fundamentais, elemento de unidade valorativa do sistema constitucional. (MOTA PINTO, Paulo. op. cit., 2018, p. 335).

74 MOTA PINTO, Paulo. op. cit., 2018.

75 “O vocábulo responsabilidade provém do verbo latino respondere, de spondeo, que significa garantir, responder por alguém, prometer. [...] De fato, não se confundem as noções de obrigação e responsabilidade, malgrado ambas se vinculem. O estudo remonta ao Direito Romano, embora amplamente desenvolvido pelo jurista alemão Brinz, que distinguiu o débito (Schuld) da responsabilidade (Haftung). Ao titular do débito impõe-se a prestação e, na falta desta, tem-se a responsabilidade, que autoriza o credor a exigir o adimplemento e acréscimos decorrentes de perdas e danos. Para determinados autores, nem sempre a obrigação gera a responsabilidade.” (NADER, Paulo. Curso de direito civil: responsabilidade civil. Vol. 7. 6 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 33-35).

76 NADER, Paulo. op. cit., 2018, p. 335.

77 FARIAS, Cristiano Chaves de. et. al. op. cit., 2017, p. 71.

a consideração clássica da simples obrigação de reparar / cumprimento de sanção,⁷⁸ e facilitando a fruição de direitos entre as partes, de modo distributivo, baseado em critérios de isonomia material, justiça e equidade, considerando-se, ab initio que “o exercício de um direito deve ter por limite a satisfação de um interesse legítimo.”^{79,80}

A multifacetada e intrincada demanda em abstrato das wrongful actions exige uma caracterização menos fluida acerca dos fundamentos jurídicos inerentes a responsabilidade civil, à luz da Constituição Federal de 1988, que consagra a tutela magna dos direitos da personalidade, alicerçados na dignidade da pessoa humana, assegurando indenização em caso de fato que atente contra aquele bem jurídico imaterial nato da pessoa humana^{81,82}.

De toda sorte, malgrado qualquer outro direito, há posições doutrinárias que demandam a proteção da vida do nascituro tal qual a da pessoa humana, pelo que e desde logo se conclui que aos pais nenhum direito indenizatório estaria titularizado, pois a interrupção voluntária da gestação (IVG) não seria um direito⁸³.

Com efeito, a via pela qual se denota concentração judicante capaz de obstar uma IVG, como narrado, é o habeas corpus que, enquanto direito objetivo, visa à proteção das liberdades individuais. Todavia, quando o impetrante transforma esse remédio constitucional em um direito subjetivado, aplicado ao caso concreto, e impede uma IVG, resultando em um nascimento indevido, reside aí o rompimento do limite axiológico exegético do HC, caracterizando, assim, a exorbitância de sua utilização, cuja solução é tratada no Código Civil de 2002 como abuso de direito (art.

78 “Deslocando-se o objeto da responsabilidade alguém como sujeito capaz de se designar por seus próprios atos (portanto agente moral apto a aceitar regras), como substituir a ideia de reparação pela de precaução, na qual o sujeito será responsabilizado pelo apelo à virtude da prudência. Ao invés da culpa e da coerção, a responsabilidade encontra novo fundamento moral na circunspeção e, por que não, no cuidado, reformulando, portanto, a sua velha acepção, levando-a para longe do singelo conceito inicial de obrigação de reparar ou de sofrer a pena. A responsabilidade mantém a sua vocação retrospectiva- em razão da qual somos responsáveis pelo que fizemos, acrescida de uma orientação prospectiva, imputando-nos a escolha moral pela virtude, sob pena de nos responsabilizarmos para o futuro.” (FARIAS, Cristiano Chaves de. et. al. op. cit., 2017, p. 35).

79 BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. op. cit. 2017. p. 185.

80 Aduz-se, em linhas gerais, dos danos de ordem extrapatrimonial por ato ilícito previsto no art. 187/CCB/2002, tomando-se de empréstimo o bem formulado e coeso predito do verbo doutrinário: “O objetivo da construção jurisprudencial do princípio da boa-fé é justamente dotá-lo de sentido técnico, torná-lo menos fluido, para que não sobeje apenas como referência ética e metajurídica sem qualquer concretização no plano operacional. Essa edificação do princípio por intermédio de uma constante atuação dos tribunais não · poderá ser elaborada no que tange aos conceitos de bons costumes e de função social ou econômica dos direitos, em face das razões já apontadas. Por certo, o espectro e incidência da ilicitude é mais amplo e aberto, não se satisfazendo com soluções apriorísticas, que implicariam em menoscabo de sua própria conceituação.” (FARIAS, Cristiano Chaves de. et. al. op. cit., 2017, p. 217).

81 BRASIL. C.R.F.B./1988. “Art. 5º, inc. X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

82 “A Constituição, pelo art. 5º, inciso X, foi categórica ao reconhecer o direito à indenização por danos morais. Na esteira da Lei Maior, o Código Civil de 2002, ao definir ato ilícito (art. 186), previu o direito à indenização em todos os casos de dano a outrem, “ainda que exclusivamente moral”. Superado o questionamento da admissibilidade, as dúvidas dizem respeito à verificação, caso a caso, do dano moral, bem como à definição do quantum indenizatório.” (NADER, Paulo. op. cit., 2018, p. 124).

83 “Mas também os pais não titulam nenhum direito invocável quando, não tendo sido alertados, por negligência do médico, para a malformação do embrião, não abortaram a criança ainda não nascida. O aborto não pode ser configurado como um direito. A despenalização do comportamento (ou sua descriminalização) não resulta da falta de dignidade penal do bem jurídico.” (BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. op. cit. 2017. p. 185.)

187).

Mormente ao âmbito nacional, caso os sentimentos não sejam suficientes à caracterização de dano moral, são, minimamente, elementos que fundam a consequência do dano moral em si, cujo entendimento da melhor doutrina⁸⁴ alinha-se ao enunciado 445⁸⁵ da V Jornada de Direito Civil de 2011⁸⁶.

Sob essa ótica, após a decisão de interromper a gestação, não haveria sequer colisão entre princípios de ordem constitucional, haja vista estar-se diante da vida da mãe e da não vida daquele concebido, que, por questões genéticas, é acometido de gravíssima má-formação congênita, cuja vida extrauterina seguramente seria inviável.

É cediço que o parâmetro para o enquadramento de responsabilidade como objetiva conduz à verificação de lei que preveja as possibilidades de responsabilização objetiva ou ao enquadramento da atividade danosa pela teoria do risco. A este teor, ganha relevo a cláusula geral de responsabilidade civil objetiva do parágrafo único do art. 927/C.C.B/2002.

Mesmo assim, a referida norma não se reveste como exclusivo parâmetro normativo para a responsabilização civil objetiva por abuso de direito nas espécies de wrongful actions, tais como wrongful conception e wrongful birth. Isso porque entende-se ser também pertinente ao problema, in line, o enquadramento do abuso do direito, previsto no art. 187/C.C.B/2002 e para cuja aplicação requer-se o desvio de finalidade social de um direito subjetivo.⁸⁷

A responsabilização objetiva, nas hipóteses delineadas, atende a dicção do parágrafo único do art. 927/CC/2002 e ao enunciado 37⁸⁸ da I Jornada de Direito Civil do CJF. A par disso, o abuso de direito é um ato lícito pelo conteúdo, ilícito pelas consequências; ato ilícito tido como puro [art. 186/CC/2002] reside no fato de que é ilícito no todo, tanto no conteúdo quanto nas consequências.⁸⁹

Adita-se à doutrina o enunciado 539, aprovado na VI Jornada de Direito Civil de 2013 do CJF, in verbis: “o abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle.” Depreende-se da teoria objetiva que o abuso do direito materializa-se quando o exercício regular de direito, objetivamente analisado, “se

84 “Partindo para uma primeira classificação da categoria, quanto ao seu conteúdo, em sentido próprio, o dano moral causa na pessoa dor, tristeza, amargura, sofrimento, angústia e depressão. Nesse diapasão, constitui aquilo que a pessoa humana sente, o que se pode denominar dano moral in natura.” (TARTUCE, Flávio. op. cit., 2018, p. 375).

85 BRASIL. CJF. Enunciado 445 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento.

86 O equívoco na aproximação entre o dano moral e a dor ou outras sensações desagradáveis pode ser explicado [como] uma confusão entre o sintoma e a causa. Vale dizer, decepção, desgosto, desprazer, dissabor... Cada um destes sentimentos não passa de uma eventual consequência do dano moral (FARIAS, Cristiano Chaves de. et. al. op. cit., 2017, p. 267).

87 “Como se pode ver, a teoria do abuso do direito ganhou autonomia e se aplica a todos os ramos do direito. [...] E, ainda, que o critério usualmente adotado é o de que a ilicitude por abuso abusivo se caracteriza sempre que o titular do direito se desvia da finalidade para a qual o direito subjetivo foi concedido.” (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, vol. 4: Responsabilidade Civil. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 69).

88 BRASIL. CFJ. Enunciado 37 CJF: “A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”

89 TARTUCE, Flávio. op. cit., 2017, p. 505.

divorcia da função social para o qual foi criado, desatendendo o conteúdo finalístico do ordenamento jurídico centrado na Constituição da República, assim como nos ditames da boa-fé objetiva.”⁹⁰

Há de se asseverar, corroborando a imputação objetiva que afasta do âmbito da imputação do dano a culpa, a necessidade de se afastar, também, a consciência do excesso, ou seja: não se julga o fato de algum interveniente (terceiro) ter convicção de que está a exercer licitamente um direito subjetivo, julga-se o efeito danoso desse exercício, independentemente de sua consciência, cujos limites são “impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do direito; basta que se excedam esses limites.”⁹¹

VI Conclusão

É a inteligência do artigo 187 e parágrafo único do artigo 927/CCB/2002 do Código Civil brasileiro, à luz do artigo 5º, X da C.R.F.B de 1988, a via pela qual a responsabilidade civil ampara a frustração do direito de escolha, calcado nas liberdades individuais e de autodeterminação, daquele grupo de mulheres ou famílias cuja grave condição da gestação ou do feto autoriza a interrupção voluntária da gestação, isto é, o direito à vida do nascituro, nas condições previstas em lei, é relativizado para salvaguardar um amplo rol de direitos da personalidade da gestante ou do próprio nascituro.

A agrura central discutida foi a interferência temerária e indevida de um terceiro que, ao exercer um direito objetivo (Habeas Corpus), tolheu da gestante e de sua família a oportunidade de dar cabo a um sofrimento exacerbado, fato que caracterizou o dano moral suportado pelo recorrido.

Nessa senda, o Recurso Especial nº 1.467.88 reveste-se da qualidade de marco jurisprudencial ao prever que um nascimento indevido ou indesejado, resultado de uma gestação indesejada superveniente ou incidental, assim ocorrida no curso da evolução puerpérea, tornando-se inviável, indesejada, pode ser considerado dano moral.

Nem a gestação nem tampouco o feto podem ser considerados danos. O dano em si foi causado pela interferência de terceiro na liberdade de escolha da gestante ou da família amparadas por hipótese de IVG autorizada pelo ordenamento. Por isso, uma gestação eventualmente indesejada é capaz de gerar dano extrapatrimonial no ordenamento jurídico brasileiro, malgrado a tutela à vida do nascituro, cuja responsabilidade civil recai, in line, sobre aquele que exerce direito de ação e obstaculiza a consecução do desejo familiar.

Prevalecem princípios fundamentais titularizados pela gestante [e seu cônjuge ou companheiro(a)], sua dignidade, seus direitos reprodutivos e sexuais, dando-se por desarrazoada e desproporcional a ação contrária as suas lícitas decisões, sendo

90 MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Abuso do direito. Justiça e Cidadania. Ed. 127, fev. 2011, s.p. Disponível em <<https://www.editorajc.com.br/abuso-do-direito/>>. Acesso em 23 jan. 2019.

91 CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 6ª ed. rev. aum. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 170.

cabíveis, em concreto, pretensões indenizatórias contra aquele que lança mão de um direito objetivo para frustrar ou tentar frustrar uma IVG legalmente autorizada.

A responsabilização objetiva para reparação de dano moral, a priori, dá-se por ofensa à proteção do núcleo axiológico constitucional (dignidade da pessoa humana), materializado na liberdade individual.

Isto posto, o HC visa à proteção das liberdades individuais. Todavia, quando o terceiro reveste esse remédio constitucional da subjetividade do caso concreto e impede uma IVG, resultando em um nascimento indevido, reside aí o rompimento do limite axiológico exegético do HC, caracterizando sua exorbitância, cuja solução é tratada no Código Civil de 2002 como abuso de direito (art. 187) e causa dano moral indenizável àquela gestante ou família que tenham suas escolhas devidamente amparadas pelo ordenamento jurídico frustradas.

VII Referências

ALEXY, ROBERT. Conceito e validade do direito. OLIVEIRA G. B. de M. (Trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. Lições de responsabilidade civil. Príncipe: Caiscais, 2017.

BITTAR; Eduardo C. B; ALMEIDA; Guilher Assis de. Curso de Filosofia do Direito. 12 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988.

_____. Código Civil. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002.

_____. Código Penal. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

_____. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

_____. Ministério da Saúde. Saúde de A a Z: rubéola. Informativo. 02 de Maio de 2017. Disponível em <<http://portalms.saude.gov.br/saude-de-a-z/rubeola>> Acesso em 10 jan 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 6 ed. rev. aum. São Paulo: Malheiros, 2005.

CONPEDI. Cidadania e desenvolvimento sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito. Coord. BEZERRA, Eudes Vitor; TEIXEIRA, João Paulo Allain; FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Florianópolis, 2016.

_____. Cidadania e desenvolvimento sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito. Coord. BEZERRA, Eudes Vitor; TEIXEIRA, João Paulo Allain; FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Eduardo NARDELLI, Felipe;

COSTA, Laís Marrão da. Limites existenciais do direito: reflexões sobre a lei anti-perruche e o direito de não nascer. Monografias, PUC-RIO: 2012. Disponível em <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/20271/20271.PDF>> Acesso em 10 jan 2019

CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. Nota sobre minha condenação por danos morais no

STJ. Anápolis, 25 de outubro de 2016. Disponível em <<https://naomatar.blogspot.com/2016/10/nota-sobre-minha-condenacao-por-danos.html>> Acesso em 24 abr. 2019

DINIZ, Débora; NAVARRO, Ramon. Habeas Corpus. Filme documentário. Brasília, 2005. Disponível em <<https://vimeo.com/6123069>> Acesso em 27 dez. 2018

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. v. 1. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DUARTE, Sara Cristina Gomes. Wrongful Birth, Wrongful Life e Wrongful Conception: a Admissibilidade das Wrongful Actions à luz da Dogmática Comum da Responsabilidade Civil. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Escola do Porto. Portugal, Porto, 2017. Disponível em <<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/23740/1/Sara%20Gomes%20Duarte%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Mestrado.pdf>> Acesso em 31 mar. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, BRAGA NETTO, Peixoto. Curso de direito civil: responsabilidade civil. 4. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito civil: teoria geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERREIRA, Fernando Guimarães. A dialética hegeliana: uma tentativa de compreensão. Rev. Estudos Legislativos. Ano 7, n. 7, p. 167 a 184. Porto Alegre: 2013. Disponível em <http://submissoes.al.rs.gov.br/index.php/estudos_legislativos/article/download/112/pdf> Acesso em 08 jan 2018.

FRANÇA, 2000). Arrêt Perruche. Cour de Cassation. Novembro de 2000. Disponível em <www.courdecassation.fr> Acesso em 28 dez 2018.

GONDIM, Glenda Gonçalves; KENICKE, Pedro Henrique Galloti. BERTASSONI, Thaís Braga. A causa, os planos do negócio jurídico e a função social: análise a partir da teoria do terceiro cúmplice. In FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (org.) Pensamento crítico do direito civil brasileiro. Curitiba: Juruá, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Direito civil brasileiro, vol. 4: Responsabilidade Civil. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

HOLANDA, Caroline Sátiro de. A gravidez indevida e o conseqüente nascimento de uma criança podem ser considerados um dano? uma análise da determinação e da extensão dos danos decorrentes de wrongful conception. Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol. 12/2017. Jul - Set / 2017. p. 253 - 296

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PADUA, Marcus Alexandre de; TRIANI, Felipe da Silva; CAVALCANTI, Eliane Cristina Tenório; NOVIKOFF, Cristina. A dimensão ontológica: um caminho possível para a concretização da interdisciplinaridade. Educ. Pesqui., São Paulo, v. 44, 2018. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-

97022018000100426&Ing=en&nrm=iso>. Acesso em 08 Jan. 2019.

PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Trad. CICCO, Maria Cristina de. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PETEFFI DA SILVA, Rafael, RAMMÊ, Adrina Santos. Responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional. Vol. 1, n. 01, p. 121 a 143. dez. 2013, Santa Catarina.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Abuso do direito. Justiça e Cidadania. Ed. 127, fev. 2011. Disponível em < <https://www.editorajc.com.br/abuso-do-direito/>>. Acesso em 23 jan 2019.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. O conceito de dano moral nas relações de trabalho. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-conceito-de-dano-moral-nas-relacoes-de-trabalho/>>. Acesso em 08 mai 2020.

MORAES Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MULHOLLAND, Caitlin. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. In MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 255-280.

NADER, Paulo. Curso de direito civil: responsabilidade civil. Vol. 7. 6 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NICHOLS, Thomas. A morte da competência. Quetzal: Lisboa, 2018.

PAMPLONA FILHO. Rodolfo; ARAÚJO. Ana Thereza Meirelles. Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal. Revista de Direito Privado. vol. 30, p. 251 a 264. Abril/junho 2007.

PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade e direitos fundamentais: estudos. 1 ed. Coimbra: Gestlegal, 2018.

_____. Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”. Lex Medicinæ, ano 4, n.º 7, 2007. p. 5-25.

SÁ; Priscila Zeni De. Concepção indesejada (wrongful conception), nascimento indesejado (wrongful birth) e vida indesejada (wrongful life): possibilidade da reparação na perspectiva do direito civil-constitucional brasileiro. Florianópolis, 2016, p. 295-315.

SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS JÚNIOR E. Da responsabilidade civil de terceiro cúmplice por lesão do

direito de crédito. Coimbra: Almedina, 2003.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Gedson Alves da; RANGEL, Tauã Lima Verdan. Relativização do direito à personalidade do nascituro diagnosticado com síndrome da infecção congênita do ZIKV. *Derecho y Cambio Social*. Lima, Peru, 02/01/2018. Disponível em <https://www.derechoycambiosocial.com/revista051/RELATIVIZA%C3%87%C3%83O_DO_DIREITO.pdf> Acesso em 10 jan 2019

SILVA, Sara Elisabete Gonçalves da. Vida indevida (wrongful life) e direito à não existência. *Lusíada. Direito*. p. 123 a 155. Lisboa, 2015. Disponível em <<http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/ldl/article/view/2384/2522>> Acesso em 10 jan 2019.

SIMOES, Fernando Dias. Vida indevida? As acções por wrongful life e a dignidade da vida humana. *Tékhnē Barcelos*. N. 13, p. 187 a 203. Junho de 2010. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-99112010000100010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 27 dez. 2018.

STOLZE, Pablo Gagliano; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, vol., parte geral. 14 ed. rev., atual e ampl. São Paulo : Saraiva, 2012.

STRECK, LÊNIO LUIZ. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito: 2017.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 7 ed. São Paulo: Método, 2017.

_____. Manual de responsabilidade civil: volume único. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Liberdade do intérprete na metodologia civil constitucional. In: SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos Nelson (org.). *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016.

VICENTE, Marta de Souza Nunes. Algumas reflexões sobre as acções de wrongful life: a jurisprudência Perruche. *Lex Medicinæ*. Ano 6, n. 11. p. 117 a 141. Coimbra Editora: Coimbra, 2009.

Recebido em: 10.01.2021
Aprovado em: 04.03.2021

Universidade do Minho
Universidade de Lisboa
Portugal

Volume 2, Número 1,
Ano 2
2021

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt

Algumas consequências para o Direito português dos Registos decorrentes da entrada em vigor do Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados

Some consequences for Portuguese law of the regulations arising from the entry into force of the New General Data Protection Regulation

Luís Manuel Pica¹
Mário Filipe Borralho²

Resumo: A proteção de dados pessoais e a reserva da intimidade da vida privada constituem direitos consagrados constitucionalmente, sendo que, com a proliferação do tratamento de dados pessoais através de meios automatizados, a necessidade de assegurar tais direitos nunca foi tão fundamental. A cedência de dados pessoais e o respetivo tratamento por parte de entidades públicas e privadas constitui uma necessidade – e, amiúde, uma condição – no estabelecimento de relações jurídicas entre os vários entes que atuam no comércio jurídico, abrangendo, assim, vários domínios da vida em sociedade. O tema ganhou novo fôlego aquando da aprovação do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (não obstante o mesmo ser omissivo quanto ao tratamento a dar aos dados constantes das bases dos registos públicos, designadamente, os registos predial, automóvel, civil e comercial). Tratam-se de registos que são organizados e mantidos pelo Estado com o intuito de dar a conhecer a situação jurídica das pessoas e das coisas, de modo a garantir a segurança do comércio jurídico, objetivos, estes, que fundamentam e justificam que tais dados sejam públicos. No entanto, e fruto da crescente produção legislativa, os referidos registos abarcam cada vez mais uma multiplicidade de dados, que podem ser conhecidos por qualquer pessoa, assim se sacrificando, em prol da segurança do comércio jurídico, valores expressamente previstos na Lei Fundamental – impõe-se, deste modo, uma harmonização entre os valores em jogo.

Palavras –Chave: Proteção Dados; Registos; Reserva da Vida Íntima; Base de Dados.

Abstract: The protection of personal data and the privacy of private and family life are Fundamental Rights, enshrined by the Constitution and the EU Primary Law. With the proliferation of the processing of personal data by automated means, the need to enforce such rights has never been so relevant. The transfer of personal data and their treatment by public and private entities is a necessity – and often a condition – in the establishment of legal relations between the various entities that operate in any legal field, covering multiple domains of life in society. The subject gained a new impetus with the approval of Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016, on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. However, this Regulation has no specific provisions dealing with the treatment to be given to the data contained in the bases of public registers, namely, land, automobile, civil and commercial records. These records are organized and maintained by the State with the purpose to make known the legal situation of persons and things, to grant the certainty of legal status, being this the basis and justification for such data to be public. However, because of the growing legislative output, these registers cover an increasingly multitude of personal data concerning to various spheres of life of each person, which can be known to anyone, with the sacrifice, for the sake of security of legal trade, of values expressly established in the Fundamental Laws – there is, therefore, a need to harmonize the values at stake.

Key Words: Data Protection; Records; Intimate Life Reserve; Data base.

1 Doutorando em Ciências Jurídicas-Públicas na Escola de Direito da Universidade do Minho; Mestre em Direito Tributário e Fiscal pela Escola de Direito da Universidade do Minho; Assistente Convidado do Instituto Politécnico de Beja; Investigador no JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação. luispica280@gmail.com

2 Solicitador com Licenciatura em Solicitoria; Mestrando em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Assistente Convidado do Instituto Politécnico de Beja. mario.f.borralho@gmail.com.

Introdução

O Direito Registral é uma das áreas mais vincadas onde os dados pessoais encontram uma grande importância para o normal funcionamento deste ramo do Direito, configurando-se as informações como o seu principal elemento.

No entanto, e como tem vindo a acentuar-se cada vez mais, os dados pessoais encontram-se sujeitos a uma tutela mais apertada, sendo o último monumento legislativo aquele que afirmou a sua importância para a sua sociedade moderna e globalizada.

Encontramos, assim, dois grandes campos que, aparentemente, entram em colisão quando confrontados pois se o Direito Registral tem como base o acesso livre por terceiros aos dados e informações que se encontram sediados nas suas bases de dados, em prol do interesse público e da salvaguarda do comércio jurídico, não é menos certo que o direito à autodeterminação informativa atribuído ao titular dos dados pessoais o direito à sua tutela e a restringir o tratamento dos seus dados.

Foi nesta senda que o legislador, conhecedor deste conflito, aprovou um conjunto de normas que permitem, veremos se do modo mais adequado e eficaz, colmatar ou suavizar este conflito harmonizando o ordenamento jurídico no caminho correto e adequado.

Propomo-nos, então, fazer contemporânea recensão das normas relativas à matéria de proteção de dados no âmbito do ordenamento jurídico registral, matéria, esta, que, ressaltando alguns – poucos – autores, tem sido descurada pela doutrina portuguesa.

1 - A legitimação do tratamento dos dados pessoais no direito registral

Os dados pessoais das pessoas surgem como uma “parcela” da vida privada e íntima que o seu titular decide, em virtude do seu valor, ceder a terceiros a fim destes cumprirem determinada finalidade. Configurando-se como informações subtraídas da esfera privada e não livremente cognoscível por terceiros, o seu titular apenas estará obrigado a cedê-los a terceiros nos casos estritamente necessários e quando se procure a manutenção e salvaguarda de bens jurídicos de igual ou maior interesse para a colectividade, sendo que, apenas nestes casos, é legítima a restrição deste princípio fundamental sem consentimento do seu titular (cf. art. 26.º e art. 18.º n.º 2 da CRP)¹.

Neste sentido, a licitude do tratamento dos dados pessoais, como ocorria já com a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995², deve sustentar-se num dos fundamentos previstos taxativamente no Regulamento Geral de Proteção de Dados³, aprovado pelo Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016,

1 Cfr. CASTRO, Catarina Sarmiento e, *Direito da Informática, Privacidade e Danos Pessoais*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 230; MARQUES, Garcia, LOURENÇO, Martins, *Direito da Informática*, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2006, pp.134 e ss.

2 Como é de conhecimento generalizado a mencionada Diretiva foi transposta para o ordenamento jurídico português pela Lei n.º67/98, de 26 de outubro, a qual aprovou a Lei da Proteção de Dados Pessoais (LPDP).

3 Doravante denominado por RGPD.

nomeadamente, com base em algum dos motivos legitimadores previstos no art. 6.º do citado Regulamento.

Atentos ao exposto no já mencionado art. 6.º n.º1 do RGPD, o tratamento só é lícito se se verificar pelo menos uma das seguintes situações:

a) O titular dos dados tiver dado o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas;

b) O tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados;

c) O tratamento for necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;

d) O tratamento for necessário para a defesa de interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular;

e) O tratamento for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento;

f) O tratamento for necessário para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros, exceto se prevalecerem os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial se o titular for uma criança.

Deste modo, e tendo em consideração as normas vigentes em matéria de Direito Registral, verificamos que tanto a Lei n.º67/98, de 26 de outubro, que aprovou a Lei de Proteção de Dados Pessoais, bem como o novo RGPD, são diretamente - e também de modo indireto⁴ - aplicáveis às relações reguladas naquela matéria, já que estes diplomas são transversais e complementares a vários ramos do direito, entre os quais o Direito Registral. Aliás, podemos ainda afirmar que o próprio RGPD, em virtude da sua aplicação direta no ordenamento jurídico nacional – por força do artigo 8.º n.º3 da Constituição da República Portuguesa -, tem primazia face às normas registrais vigentes, pelo que a sua aplicação deve ser direta e, em caso de conflito com normas de direito registral, deve prevalecer sobre estas. Assim, tanto a recolha, o tratamento *stricto sensu*, os meios de segurança a adotar ou os direitos dos titulares dos dados são diretamente aplicáveis neste ramo do direito.

Em termos de necessidade registral e das finalidades dos dados recolhidos para fins registrais, é de enorme interesse saber a base legitimadora para o seu tratamento, já que este não se afigura lícito se não for enquadrável com algum dos fundamentos *supra* referidos, em virtude da aplicação direta, atualmente, do RGPD⁵, e o qual, por força do primado do disposto no n.º3 do artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa, ganha especial primazia face ao direito interno e às normas jurídicas aqui existentes, prevalecendo o RGPD em caso de conflito com as normas registrais existentes.

4 Quando falamos de aplicação indireta referimo-nos à influência que estes diplomas (principalmente a Lei de Proteção de Dados Pessoais) teve nos vários diplomas que regulam as relações de Direito Registral.

5 ZABALLOS PULIDO, Emilia, La protección de datos personales en España: evolución normativa y criterios de aplicación, Tesis Doctorado, Universidad Complutense de Madrid, 2013, p.182, disponível em <http://eprints.ucm.es/22849/1/T34733.pdf>.

Vejamos então:

Estando a recolha e o tratamento dos dados pessoais relacionados com a instituição e manutenção de uma base registal com vista à segurança jurídica dos factos relevantes à salvaguarda do comércio jurídico⁶, facilmente se denota que o tratamento dos dados pessoais não assenta na execução de qualquer contrato nem está em causa os interesses vitais do seu titular ou terceiro^{7 8}.

Também não estaremos perante interesses legítimos prosseguidos pelo Instituto dos Registos e do Notariado, I. P, pois aqui não estamos perante um interesse deste mas, sim, de um interesse do Estado na salvaguarda do comércio jurídico.

No entanto, podemos afirmar que estaremos perante uma obrigação legal que está prevista em vários diplomas legais internos - veja-se por exemplo o disposto no art. 1.º e 107.º e seguintes do CRPredial -, bem como estamos perante um interesse público que é prosseguido pelo Estado na pessoa do Instituto dos Registos e do Notariado, I. P. já que a recolha dos dados pessoais dos sujeitos, que irá ser armazenada na base de dados registal⁹, tem em vista a salvaguarda do comércio jurídico e, indiretamente, os terceiros interessados neste¹⁰.

Não perfilhamos, assim, de todo a tese do ilustríssimo JOAQUIM SEABRA LOPES para o qual, em matéria de proteção de dados pessoais, “a comunicação a particulares do conteúdo destes [dados recolhidos e existentes nas bases registais], não configura a execução de uma missão de interesse público, mas se reveste sim de mero interesse privado”, pois, na nossa humilde opinião, estamos aqui a falar do momento anterior que é a recolha dos dados pessoais e este é feito com base

6 Cfr. LOPES, Joaquim Seabra, “Publicidade registal e proteção de dados pessoais”, in *Jurismat - Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes*, N.º6, Portimão, 2015, pp.125-127; Sobre a finalidade do registo predial Cfr. ainda MADALENA TEIXEIRA, “O Registo Predial e o Cadastro Territorial – Complementaridade ou Indiferença?”, in *II Conferência Ibérica em Registos e Notariado*.

7 Não concordamos, de tudo, com a posição da Agência de Protección de Datos, na referência feita por IGNACIO VILLAVERDE MENÉNDEZ, quando afirma que “La Agencia de Protección de Datos ha sostenido de forma reiterada que el consentimiento puede otorgarse por cualquier medio válido en el ordenamiento jurídico español. Por ello no ha tenido reparos en admitir que el consentimiento pueda manifestarse tácitamente; aunque más dudas le suscitan deducir del simple silencio del afectado su consentimiento a la recogida y tratamiento de sus datos”. Cfr. VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “Datos personales y registros de la propiedad mercantil”, in *L'administració i la informació = La administración y la información*, Madrid: Marcial Pons, p.65, 2009.

8 Também para IGNACIO VILLAVERDE MENÉNDEZ “puede considerarse, dada la voluntariedad en el caso del registro de la propiedad, que la persona cuyos datos se inscriben ha consentido que así sea en el momento de proceder a dicha inscripción o de autorizar a su representante a que así lo haga (en el bien entendido de que los datos que se aportan y se exigen por el registro son los de la persona que procede a la inscripción, sea el adquirente o el transmitente; pero sin que se le pueda exigir que revele los de la otra parte en el negocio jurídico, salvo que medio consentimiento de esa parte para hacerlo). Alguna dificultad presenta, por el contrario, el caso de los datos personales del cónyuge y de los ausentes, incapaces y menores de edad no emancipados”. Cfr. VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “Publicidad registal y datos personales. Una especial mención al caso de los registros civil, de la propiedad y mercantil”, in AAVV. (A. Troncoso Reigada, Org.), *Transparencia administrativa y protección de datos personales: V Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales*, Madrid: Civitas, p.267.

9 Neste sentido Cfr. MASSENO, Manuel David, “Dos Registos na Sociedade em Rede: Apontamentos Iniciais Referentes à Proteção de Dados Pessoais e Segurança da Informação”, in *Direito & TI – Porto Alegre / RS*, Porto Alegre, 2015, disponível em <http://direitoeti.com.br/artigos/dos-registros-na-sociedade-em-rede-apontamentos-iniciais-referentes-a-protecao-de-dados-pessoais-e-seguranca-da-informacao/>, consultado a última vez em 14/08/2018.

10 Cfr. LOPES, Joaquim Seabra, “Publicidade registal e proteção de dados pessoais”... op. cit. p.132. Sobre as origens e conteúdo deste right to privacy, Cfr. CASTRO, Catarina Sarmiento e, “O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de Setembro”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Vol. II, Coimbra Editora, 2005; Idem, *Direito da Informática, Privacidade e Danos Pessoais*... op. cit.;

no interesse público que tem como desiderato salvaguardar o comércio jurídico e o seu bom funcionamento, interesse esse prosseguido pelo Estado no interesse da coletividade.

Porém, não podemos considerar o termo “tratamento” unicamente em sentido estrito, já que o procedimento relativo ao tratamento dos dados pessoais acarreta um conjunto de fases que merecem uma enorme atenção e cuidado, sendo o momento da recolha um dos momentos cruciais, e também considerado como tratamento, que sujeitará todo este procedimento à licitude do mesmo. Deste modo, apesar de a transmissão ser uma das fases incluídas no conceito de “tratamento” para efeitos do disposto no art. 4.º n.º2 do RGPD, a recolha e todo o tratamento dos dados feita pelo RGPD está subjacente à salvaguarda de um interesse público como é a segurança do comércio jurídico, encontrando-se o interesse dos privados na publicidade dos factos a registar unicamente na transmissão destes dados, e não na recolha por parte do Instituto dos Registos e do Notariado, I. P¹¹.

Ou seja, apesar de estarmos, em parte, perante um interesse de índole privatística – principalmente no que toca aos destinatários das informações tratadas -, não podemos olvidar que no momento que os dados são recolhidos pelo Instituto dos Registos e do Notariado, I. P, esta entidade fá-lo nas suas vestes de entidade administrativa que prossegue um interesse público - como é o de salvaguardar o comércio jurídico e sua a segurança jurídica -, bem como no interesse de prestar os serviços prosseguidos por esta às pessoas singulares e coletivas.

Com base neste interesse público, é possível a restrição parcial do direito fundamental à privacidade – right to privacy¹² – legitimando-se certas entidades a tratar os dados pessoais mesmo sem o consentimento do seu titular, configurando-se, assim, como verdadeiras intrusões na esfera privada do sujeito, licitamente conseguidas em virtude do superior interesse da coletividade.

Por último, não podemos também olvidar que outro dos fundamentos que poderemos encontrar na legitimação do tratamento dos dados pessoais para efeitos de registo é o cumprimento de uma obrigação legal, nos termos e fundamentos da alínea c) do n.º1 do art. 6.º do RGPD.

No entanto, surge aqui uma questão que merece reparo no que toca à legitimação do tratamento dos dados pessoais com base em determinada norma jurídica, nomeadamente: o que significa ter uma base legal para o tratamento e porquê é importante identificá-la para realizar este tratamento?

Atendendo à ratio e à sistematização de todo o RGPD, a resposta a esta questão não pode deixar de estar ligada ao princípio da licitude e da finalidade no tratamento dos dados pessoais pois a identificação da norma jurídica permite, e

11 Neste sentido refere o Tribunal da Relação de Coimbra no seu aresto de 02-03-2010, processo n.º 593/09.7TBAVR.C1, que a “Pluralidade que envolve um feixe alargado de interesses centrados no interesse público do conhecimento do facto registado como requisito de eficácia, mas também os interesses privatísticos dos sujeitos beneficiários do facto registado”; Também o Tribunal Constitucional já teve oportunidade de se debruçar sobre esta questão afirmando que “[o] registo predial é um serviço público destinado a garantir um interesse público, que é a segurança do comércio jurídico e o interesse privado dos proprietários de bens sujeitos a registo em definir, com segurança, os limites dos seus direitos sobre esses bens.”. Cfr. Acórdão n.º 273/2004 do Tribunal Constitucional, Processo n.º 506/2003.

12 Cfr. LOPES, Joaquim Seabra, “Publicidade registal e proteção de dados pessoais”... op. cit. p.132.

legítima, o tratamento dos dados pessoais por parte do responsável pelo tratamento, legitimando-o a fazê-lo em todo o procedimento relativo ao tratamento. Deste modo, a identificação da norma jurídica legitima o tratamento dos dados pessoais sem o consentimento do seu titular, desde que necessário às finalidades visadas, cumprindo-se assim com o princípio da licitude consagrado normativamente na alínea a) do n.º1 do art. 5.º do RGPD.

No entanto, resta saber o que significa ter uma base legal para o tratamento. A resposta a esta questão encontramos-na nos considerandos 39 e 40 do RGPD, na medida em que a norma jurídica que legitima o tratamento dos dados pessoais deve ser uma permissão legal, oriunda dos órgãos competentes da União Europeia ou de determinado Estado-Membro, na qual determinada entidade se encontra legitimada a tratar os dados pessoais de pessoas singulares determinadas tendo como desiderato determinado objetivo prosseguido e explanado na norma jurídica que legitima tal tratamento. Assim, ter uma base legal que legitima determinada entidade a tratar os dados pessoais, mesmo sem o consentimento do seu titular, significa que o legislador, fazendo jus ao seu poder de atribuir normas permissivas e atributivas, atribui por instrumento legal a permissão suficiente que legitima determinada entidade a recolher e tratar os dados pessoais que considere oportunos para a concretização das finalidades prosseguidas por esta.

No âmbito do Direito Registral, e como explicitamente o legislador ordinário já o referiu ao longo de vários diplomas que regulam as bases de dados registrais¹³¹⁴, encontramos que a entidade responsável pelo tratamento dos dados pessoais é o Instituto dos Registos e do Notariado, I. P.¹⁵, cujas missões se enumeradas no Decreto-Lei n.º 148/2012 de 12 de julho, a qual aprovou a orgânica do Instituto dos Registos e do Notariado, I. P.

Para o estudo do tema que nos ocupa é de nosso particular interesse o disposto no n.º1 e na alínea a) do n.º2 do art. 3.º do citado preceito legal na medida em que compete ao Instituto dos Registos e do Notariado, I. P. executar e acompanhar as políticas relativas aos serviços de registo, assegurando a prestação de serviços aos cidadãos e às empresas no âmbito da identificação civil e do registo civil, de nacionalidade, predial, comercial, de bens móveis sujeitos a registo e de pessoas coletivas, apoiando as políticas e formulações que tenham como desiderato cumprir esta missão.

Tendo em consideração o disposto nas normas indicadas, é competência

13 Veja-se a título de exemplo o disposto no art. 30.º do Decreto-Lei n.º 129/98, de 13 de Maio, que aprovou o Regime Jurídico do Registo Nacional de Pessoas Coletivas, onde se diz que “O presidente do IRN, I. P., é a entidade responsável pela base de dados, nos termos e para os efeitos definidos na alínea d) do art. 3.º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro”; também o art. 220.º-B do Decreto-Lei n.º 131/95 de 6 de junho, que aprovou o Código de Registo Civil expõe que “O presidente do IRN, I. P., é o responsável pelo tratamento da base de dados, nos termos e para os efeitos definidos na alínea d) do art. 3.º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, sem prejuízo da responsabilidade que, nos termos da lei, é atribuída aos conservadores”.

14 “No cabe duda, pues, que con arreglo al Derecho español los registros públicos son bases de datos que contienen datos personales, cuyo uso registral está sujeto al derecho fundamental a la protección de datos de la persona y al régimen legal que ha desarrollado este derecho fundamental”. Cfr. VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, “Datos personales y registros de la propiedad mercantil”, in *L'administració i la informació = La administración y la información*, Madrid: Marcial Pons, p.56, 2009.

15 Cfr. MASSENO, Manuel David, “Dos Registos na Sociedade em Rede: Apontamentos Iniciais Referentes à Proteção de Dados Pessoais e Segurança da Informação... op. cit.

e missão do Instituto dos Registos e do Notariado, I. P., praticar todos os atos e executar as políticas que considere necessários a fim de assegurar aos cidadãos e pessoas coletivas as informações que sejam necessárias à salvaguarda do comércio jurídico, os quais, nos termos do disposto no RGPD, são considerados, quase na sua totalidade, como atos de tratamento de dados pessoais.

Neste sentido, veja-se a título de exemplo o disposto nos art. 1.º e 220.º-A do Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de junho, que aprovou o Código de Registo Civil, o qual dispõe que o registo civil é obrigatório e tem por objeto informações como o casamento, o qual é composto por informações tais como nome do cônjuge e regime de casamento¹⁶, ou mesmo informações acerca do nascimento com o nome do sujeito titular dessa informação bem como os nomes dos progenitores, configurando-se estes como dados pessoais na esteira do art. 4.º n.º1 do RGPD.

Também o Decreto-Lei n.º 224/84, de 06 de julho, que aprovou o Código do Registo Predial, dispõe no art. 1.º que o registo predial destina-se essencialmente a dar publicidade à situação jurídica dos prédios, estando sujeito a registo os factos elencados taxativamente no art. 2.º do mencionado diploma legal. Tomando como exemplo o disposto na alínea a) do n.º1 do referido art. 2.º, vemos que se encontram sujeito a registo os atos que envolvam a aquisição de direitos de propriedade sobre bens imóveis. No entanto, para que os serviços de registo concretizem este desiderato necessitam de informações que, na classificação imposta pelo art. 4.º n.º1 do RGPD, configuram-se como dados pessoais, sendo assim necessário recolher informações como nomes, números de identificação civil e fiscal, moradas, regimes de casamento, possíveis contratos acessórios celebrados, etc. (cf. art. 108.º do CRPredial).

Ou seja, deste modo verifica-se que o Instituto dos Registos e do Notariado, I. P., na prossecução dos seus desideratos legais, encontra-se legitimado a tratar todos os dados pessoais que sejam estritamente necessários à prossecução das suas missões legalmente estipuladas assegurando aos cidadãos todas as informações que sejam necessárias à salvaguarda do comércio jurídico nas mais variadas áreas tratadas por esta entidade.

O tratamento dos dados pessoais com base em determinada norma jurídica e na prossecução de um interesse público, previstos respetivamente nas alíneas c) e e) do n.º1 do art. 6.º do RGPD, tem como principal escopo que o tratamento dos dados pessoais seja feito de forma totalmente lícita, mesmo sem o consentimento do seu titular, já que os interesses da coletividade devem aqui sobrepor-se aos do seu titular, já que, configurando-se estes como necessários para determinada finalidade de interesse público, deve ser afastada a necessidade de consentimento do seu titular¹⁷.

¹⁶ Poderíamos dizer que estas informações integram a categoria de dados sensíveis para efeitos do disposto no art. 9.º do RGPD na medida em que através do tratamento destas informações poderemos obter informações sobre orientações sexuais ou mesmo informações médicas sobre possíveis alterações de sexo que o seu titular tenha realizado.

¹⁷ Apesar de num domínio de Direito diferente, mas aplicável *mutatis mutandis* para o caso que nos ocupa, refere JUAN MANUEL HERRERO DE EGAÑA ESPINOSA DE LOS MONTEROS que caso a “Administración Tributaria, por ejemplo, no pudiera obtener, almacenar y tratar los datos sin el consentimiento de los interesados (...) quedaría gravemente comprometida la viabilidad de un sistema público de ingresos que estuviera basado en la voluntariedad de los obligados tributarios”. Aplicando o referido para o caso sub judice, in casu o Instituto dos Registos e do Notariado, I. P., se fosse estritamente necessário o consentimento do titular dos dados para o tratamento destes no âmbito registal, poderia ficar a missão desta entidade gravemente comprometida caso o titular dos dados pessoais não prestasse o seu consentimento no tratamento destes, inviabilizando por com-

Estando, assim, em conflito dois direitos legalmente tutelados, o Legislador ordinário procurou assegurar a salvaguarda pelos interesses da coletividade em detrimento dos interesses individuais de cada sujeito singular¹⁸, permitindo às entidades que prossigam finalidades de interesse público tratar os dados pessoais sem carecer do consentimento do seu titular, sempre e quando estes sejam tratados para concretização das finalidades de interesse da coletividade.

No entanto, esta permissão de tratamento por parte das entidades de Registo não se deve (nem pode) entender-se como uma prerrogativa discricionária e ilimitada pois os dados que são recolhidos devem obedecer aos princípios norteadores a todo o procedimento de proteção de dados pessoais como são, designadamente, os Princípios da Finalidade¹⁹ e da Proporcionalidade, na medida em que o Instituto dos Registos e do Notariado, I. P. apenas pode recolher e tratar os dados que sejam estritamente necessários às finalidades prosseguidas, não podendo ir para além do necessário, bem como não poderá tratar os dados para finalidades diversas das inicialmente recolhidas, salvo indicação legal em contrário ou permissão legal para o efeito.

Em suma, e tendo em consideração tudo o referido, vemos que o Instituto dos Registos e do Notariado, I. P., como entidade responsável pelo tratamento dos dados pessoais e estando sujeita aos ditames legais em matéria de proteção de dados (como não podia deixar de ser num Estado de Direito Democrático), está legitimada, à luz das mais variadas normas existentes no âmbito do Direito Registral, a tratar os dados pessoais que sejam necessários aos desideratos prosseguidos por aquela, uma vez que, estes são imprescindíveis ao interesse da coletividade e público a fim de garantir a tão desejada segurança do comércio jurídico.

2 – A protecção de dados na lei registal

A matéria da proteção de dados pessoais apenas foi objeto da sua primeira regulamentação na lei registal por força das alterações que o Decreto-Lei n.º 533/99, de 11 de Dezembro, operou no Código do Registo Predial (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 224/84, de 06 de julho – adiante, CRPred.). O referido ato legislativo, que surgiu na sequência da entrada em vigor da Lei da Proteção De Dados Pessoais²⁰ (aprovada pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro – adiante, LPDP), teve como principal escopo regulamentar as bases de dados do registo predial de acordo com os princípios vigentes em matéria de proteção de dados pessoais, situando a sede da

pleto o sistema de registo e os seus objectivos pretendidos. Cfr. ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Juan Manuel Herrero de Egaña, Intimidad, tributos y protección de datos personales, Barcelona, 2007, p.15.

18 Outra das medidas que o legislador ordinário consagrou no RGPD no sentido de suprimir alguns dos direitos do titular dos dados, sempre e quando estejam em causa o tratamento dos dados pessoais para fins de interesse público, encontra-se previsto no n.º3 do art. 17.º na medida em que o titular dos dados pessoais não goza do direito ao apagamento destes quando os mesmos sejam tratados para interesses da coletividade.

19 Veja-se a título de exemplo o disposto no art. 106.º do CRPredial o qual dispõe que “As bases de dados do registo predial têm por finalidade organizar e manter atualizada a informação respeitante à situação jurídica dos prédios, com vista à segurança do comércio jurídico, nos termos e para os efeitos previstos na lei, não podendo ser utilizada para qualquer outra finalidade com aquela incompatível”.

20 Transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

referida matéria nos arts. 106.º a 109.º-F do CRPred. Através desta regulamentação, o Legislador determinou quem é o responsável pelo tratamento das mesmas, quais os dados pessoais que são recolhidos, o modo da sua recolha, bem como as normas relativas à comunicação e acesso aos dados que nelas constem, estabelecendo os principais vetores nas citadas matérias, os quais iriam ser consagrados em termos análogos nos restantes diplomas dedicados às várias áreas dos registos.

A seguinte incursão na matéria da proteção de dados pessoais noutra área dos registos apenas ocorreu volvidos quase quatro anos sobre a data da entrada em vigor da LPDP, e não se verificou onde, dada a natureza dos dados que neles são tratados, a sua necessidade era mais premente (falamos do registo civil e do registo comercial). O Decreto-Lei n.º 182/2002, de 20 de Agosto, veio alterar o Código do Registo Automóvel (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 54/72, de 12 de Fevereiro – adiante, CRAut.), introduzindo vários artigos formulados em termos similares aos gizados no CRPred., somente inovando ao estipular expressamente um prazo máximo de conservação dos dados após o cancelamento do registo a que se reportavam.

A proteção de dados pessoais no âmbito do registo comercial recebeu tratamento legislativo através do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março. Não obstante ter operado profundas transformações no direito societário e, conseqüentemente, no sistema registal comercial, o referido decreto-lei limitou-se a reutilizar, nos arts. 78.º-B a 78.º-F do Código do Registo Comercial (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 403/86, de 3 de Dezembro – adiante, CRCCom.), no que à proteção de dados diz respeito, preceitos que, no seu âmbito, são praticamente reproduzidos dos da lei registal predial.

Embora merecedora de reforçadas cautelas nas regras - e no modo - de publicitação de alguns factos e situações jurídicas, as alterações impostas à lei registal civil no âmbito da matéria ora tratada não se distanciaram da matriz observada nas precedentes. No entanto, o Código do Registo Civil (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de junho – adiante, CRCiv.) já apresentava, no que à proteção de dados pessoais concerne, particularidades que - embora insuficientes - propugnamos, pelos motivos que adiante aduziremos, deverem estender-se às demais áreas e diplomas atinentes aos registos. A reforma da lei registal civil no domínio da proteção de dados surgiu por ação do Decreto-Lei n.º 324/2007, de 28 de setembro, que aditou ao referido código os seus arts. 220.º-A a 220.º-F, os quais, desde então, têm mantido a sua redação originária.

Assim, impõe-se uma análise mais detalhada dos mencionados normativos.

Como anteriormente mencionado, a primeira referência legal a uma base de dados do registo surge na codificação do registo predial, nomeadamente, no art. 106.º do CRPred. (na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 533/99, de 11 de Dezembro), sob a epígrafe de “finalidades das bases de dados”. Reza o referido artigo que “as bases de dados do registo predial têm por finalidade organizar e manter atualizada a informação respeitante à situação jurídica dos prédios, com vista à segurança do comércio jurídico, nos termos e para os efeitos previstos na lei, não podendo ser utilizada para qualquer outra finalidade com aquela incompatível.”

A base de dados do registo predial constitui, deste modo, um instrumento implementado com vista a dar publicidade à situação jurídica dos prédios, a dar a

conhecer quais são os direitos, ónus e encargos que incidem sobre tais bens, bem como os respetivos sujeitos ativos e passivos, de modo a garantir a segurança do comércio jurídico imobiliário²¹. Ao tornar cognoscíveis e oponíveis a terceiros os factos que nele ingressem, o registo predial funciona como uma garantia do direito de propriedade sobre imóveis, do crédito e, inclusivamente, da eficácia das decisões dos tribunais sobre tais bens - o registo predial, enquanto registo público, existe para ser conhecido, e as bases de dados para dar a conhecê-lo. Para tanto, e não obstante se tratar de um registo de base real - em que o registo tem por base o prédio, que primeiramente se descreve para que depois se possam inscrever os factos a si relativos, partindo-se do prédio para determinar os seus proprietários -, será necessário proceder à recolha de dados pessoais dos titulares de situações jurídicas sobre os mesmos²². Com efeito, a organização e atualização das bases de dados do registo predial - fundamentais para a eficácia do mesmo e para a prossecução do valor “segurança do comércio imobiliário” - não pode prescindir do tratamento, ou seja, da recolha, registo, organização, conservação, recuperação, consulta ou utilização de dados pessoais dos seus titulares, constantes dos títulos e demais documentos dados às tábuas, bem como dos registos já lavrados.

Não obstante se tratar de um registo público, podendo o seu conteúdo ser acessado por qualquer pessoa - contanto que consiga identificar o prédio pelos seus elementos descritivos -, as bases de dados do registo predial, segundo estipula o referido art. 106.º do CRPred., em consonância com o então art. 5.º da LPDP, não podem ser utilizadas para fins incompatíveis com a segurança do comércio jurídico²³. Assim, todos os dados pessoais que são tratados de modo a determinar a concreta situação jurídica do prédio apenas podem ser objeto de publicidade com o objetivo de salvaguardar a segurança do comércio jurídico imobiliário, devendo o acesso à informação que em si se contém ser impedido quando não tenha tal fito.

21 “Según lo dicho, puede considerarse, dada la voluntariedad en el caso del registro de la propiedad, que la persona cuyos datos se inscriben ha consentido que así sea en el momento de proceder a dicha inscripción o de autorizar a su representante a que así lo haga (en el bien entendido de que los datos que se aportan y se exigen por el registro son los de la persona que procede a la inscripción, sea el adquirente o el transmitente; pero sin que se le pueda exigir que revele los de la otra parte en el negocio jurídico, salvo que medio consentimiento de esa parte para hacerlo). Alguna dificultad presenta, por el contrario, el caso de los datos personales del cónyuge y de los ausentes, incapaces y menores de edad no emancipados”. Cfr. VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “Publicidad registral y datos personales. Una especial mención al caso de los registros civil, de la propiedad y mercantil”, in AAVV. (A. Troncoso Reigada, Org.), *Transparencia administrativa y protección de datos personales: V Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales*, Madrid: Civitas, p.267.

22 “Sucede, que al tiempo que el registro cumple con esa primordial función, su publicidad, esto es, su accesibilidad, produce efectos colaterales nada desdeñables y que, desde luego, deben tenerse muy en cuenta. El conocimiento que se alcanza con aquella publicidad registral conlleva inevitablemente la puesta a disposición de un tercero de datos de personas. Con ello, el registro, además, pone a disposición de quien accede a él datos de personas que pueden ser objeto de usos y destinos muy diversos. El acceso al registro permite identificar y también evaluar a una persona a través de los datos que obran en sus asientos, por lo que, y precisamente por ello, esos datos deben estar sujetos a un régimen jurídico peculiar y específico”. Cfr. VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “Publicidad registral y datos personales. Una especial mención al caso de los registros civil, de la propiedad y mercantil”, in AAVV. (A. Troncoso Reigada, Org.), *Transparencia administrativa y protección de datos personales: V Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales*, Madrid: Civitas, p.264; Cfr. también Idem, “Datos personales y registros de la propiedad mercantil”, in *L’administració i la informació = La administración y la información*, Madrid: Marcial Pons, p.55, 2009.

23 “[Y], por otro lado, que la publicidad formal ha de expresar fielmente los datos contenidos en los asientos registrales, pero sin extenderse a más de lo que sea necesario para satisfacer el interés legítimo del solicitante”. Cfr. MANRIQUE PLAZA, 2010, “El conflicto entre la publicidad registral y la protección de datos personales”, in *El Notario*, n.º 33.

No entanto, o carácter público do registo, anunciado no art. 1.º do CRPred., tem como corolário e é confirmado pelo facto de qualquer pessoa poder “pedir certidões dos atos de registo e dos documentos arquivados, bem como obter informações verbais ou escritas sobre o conteúdo de uns e de outros” (art. 104.º do CRPred.). No mesmo sentido, dispõem os arts. 109.º, n.º 1, e 109.º-A, n.º 1 do CRPred., que “os dados referentes à situação jurídica de qualquer prédio constantes das bases de dados podem ser comunicados a qualquer pessoa que o solicite...”, devendo, porém, a comunicação de tais dados “... obedecer às disposições gerais de proteção de dados pessoais constantes da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, designadamente respeitar as finalidades para as quais foi autorizada a consulta, limitando o acesso ao estritamente necessário e não utilizando a informação para outros fins.”

Deste modo, qualquer pessoa poderá aceder aos dados que compõem a situação jurídica do prédio – constantes dos atos de registo e dos documentos que lhe serviram de base -, independentemente da alegação de um interesse²⁴, motivo ou finalidade para tal (da qual, aliás, a lei prescinde), impendido que a entidade à qual a informação é solicitada indague sobre a adequação de uma eventual difusão dos dados constantes da base de dados à finalidade pela qual a mesma é mantida, votando, assim, à inanidade todas as referências legais a limitações de acesso aos referidos dados em razão das finalidades para os quais são tratados e da possível utilização que deles possa ser feita.

O legislador tentou, no entanto, restringir a quantidade de informação objeto de tratamento automatizado, enunciando nos arts. 108.º e 109.º do CRPred., quais os dados relativos aos sujeitos do registo que poderão ser objeto de tratamento automatizado, sendo os mesmos recolhidos do pedido de registo, sendo que dos modelos destinados ao mesmo devem constar as informações previstas na LPDP, e atualmente no RGPD²⁵. No entanto, encontra-se prevista, no art. 109.º, n.º 2 do CRPred., a possibilidade de acesso direto a tal ficheiro pessoal a organismos e serviços do Estado e demais pessoas coletivas de direito público para prossecução das respetivas atribuições legais e estatutárias, aos magistrados judiciais e do Ministério Público, no âmbito das suas atribuições, e às demais entidades referidas nas alíneas b) e c) do n.º 1 do art. 109.º-C do CRPred. Assim, a título exemplificativo, tal ficheiro pessoal poderá ser acedido não só pelos tribunais, pelos magistrados judiciais e pelo Ministério Público, mas também pelo agente de execução, de modo

24 “En consecuencia, el interesado en acceder a los asientos registrales no sólo debe acreditar su condición manifestando ante el registrador el “interés conocido” de su petición en el caso del registro de la propiedad, sino que, además, deberá expresar en todo caso el fin de su pretensión, que debe ser similar a los que justifican la existencia de la institución registral y la recogida de datos personales en sus asientos. Interés y fin son los criterios a seguir para medir la calidad del dato; estos es lo adecuado, pertinente y proporcionado de su conocimiento y uso por un tercero (art. 4.1 LOPD)”. Cfr. VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “Datos personales y registros de la propiedad mercantil”, in *L’administració i la informació = La administración y la información*, Madrid, Marcial Pons, p.62, 2009.

25 Segundo os n.ºs 1 e 2 do art.10.º da LPDP, os documentos que sirvam de base à recolha de dados pessoais devem conter as seguintes informações: identidade do responsável pelo tratamento e, se for caso disso, do seu representante; finalidades do tratamento; outras informações, tais como os destinatários ou categorias de destinatários dos dados, o carácter obrigatório ou facultativo da resposta, bem como as possíveis consequências se não responder, e a existência e as condições do direito de acesso e de retificação, desde que sejam necessárias, tendo em conta as circunstâncias específicas da recolha dos dados, para garantir ao seu titular um tratamento leal dos mesmos.

a que possa identificar e localizar os bens com aquisição ou mera posse inscritas a favor do executado (em que este surja como proprietário ou titular de outro direito real) – neste sentido dispõe inclusivamente o art. 749.º, n.º 1 do Código de Processo Civil.

As alterações no âmbito do registo predial passaram, ainda, no esteio do art. 3.º, alínea d) da LPDP, pela designação de uma entidade responsável pelo tratamento dos dados pessoais. Nos termos do art. 107.º do CRPred., “o presidente do Instituto dos Registos e do Notariado, I. P. (anteriormente, o diretor-geral dos Registos e do Notariado) “... é o responsável pelo tratamento das bases de dados, nos termos e para os efeitos definidos na Lei de Proteção de Dados Pessoais, sem prejuízo da responsabilidade que, nos termos da lei, é atribuída aos conservadores.”, cabendo-lhe “... assegurar o direito de informação e de acesso aos dados pelos respetivos titulares, bem como velar pela legalidade da consulta ou comunicação da informação.”

Em tal qualidade, cabe ao Presidente do IRN, I.P. celebrar protocolos relativos à consulta da informação constantes das bases de dados do registo predial, definir os limites de tal consulta tendo em conta as atribuições legais e estatutárias das entidades interessadas, bem como as condições de acesso direto pelas entidades referidas no art. 109.º-C do CRPred., e, ainda, conjuntamente com as entidades referidas no n.º 2 do art. 109.º-A do CRPred., adotar as medidas de segurança referidas no n.º 1 do art. 15.º da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro²⁶ – neste sentido dispõem os arts. 109.º-A, n.ºs 3 e 4, e 109.º-C, n.º 2 do CRPred. Encontra-se, por isso, adstrito a um princípio de segurança do tratamento da informação, devendo promover as diligências necessárias para assegurar a integridade da base de dados, ou seja, de modo a “... impedir a consulta, a modificação, a supressão, o acrescentamento ou a comunicação de dados por quem não esteja legalmente habilitado.” – neste sentido dispõe o art. 109.º-E do CRPred.

O Legislador impôs ainda expressamente um dever de sigilo sobre quem tem contato direto com os dados pessoais constantes das aludidas bases, nos termos do qual “os funcionários dos registos e do notariado, bem como as pessoas que, no exercício das suas funções, tenham conhecimento dos dados pessoais registados nas bases de dados do registo predial, ficam obrigados a sigilo profissional, nos termos do n.º 1 do artigo 17.º da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro”, dever, este, que, face à remissão que é feita para a LPDP, se mantém mesmo após o termo das respetivas funções.

Por último, e à semelhança do implementado no art. 10.º da LPDP, encontra-se previsto no art. 109.º-D do CRPred., um direito de informação a favor do titular dos dados pessoais integrantes das bases do registo predial, pelo qual “qualquer pessoa tem o direito de ser informada sobre os dados pessoais que lhe respeitem e a

26 Impendem, deste modo, sobre as referidas entidades deveres de controlo: de entrada nas instalações; dos suportes de dados (de modo a impedir que os dados sejam lidos, copiados, alterados ou retirados por pessoa não autorizada); da inserção (impedir a introdução não autorizada, bem como a tomada de conhecimento, a alteração ou a eliminação não autorizadas de dados pessoais inseridos); da utilização; de acesso; da transmissão; da introdução (de modo a que se possa saber quem inseriu os dados pessoais nas respetivas bases e quando o fez); e do transporte (de maneira a impedir que, na transmissão de dados pessoais, bem como no transporte do seu suporte, os dados possam ser lidos, copiados, alterados ou eliminados de forma não autorizada).

respetiva finalidade, bem como sobre a identidade e o endereço do responsável pela base de dados”. Ainda nos termos do referido normativo, a atualização e a correção de eventuais inexatidões realiza-se nos termos e pela forma previstos no CRPred., devendo, no entanto, assegurar ao titular dos dados o direito de obter do responsável pelo tratamento, livremente e sem restrições, com periodicidade razoável e sem demoras ou custos excessivos, a retificação, o apagamento ou o bloqueio dos dados cujo tratamento não cumpra o disposto na LPDP, nomeadamente, devido ao carácter incompleto ou inexato desses dados – neste sentido dispõe o art.109.º-D, n.º 2 do CRPred, c/jg. alínea d) do n.º 1 do art. 11.º da LPDP. Assim, e atenta o interesse público inerente ao seu tratamento, o direito à autodeterminação informativa não apresenta uma amplitude tal que permita ao seu titular opor-se ao seu tratamento ou exigir a retificação, apagamento ou bloqueio dos seus dados pessoais fora do indicado circunstancialismo^{27 28 29}.

Tais normas e princípios vieram, por força do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março, a ser meramente reproduzidas – com pequenas adaptações - no corpo do CRCCom.

Por sua vez, a lei registal automóvel não apresenta inovações dignas de nota. Mantendo as finalidades das bases de dados (embora com as necessárias adaptações decorrentes da natureza dos bens que motivam a sua organização), a responsabilidade pelo tratamento dos dados pessoais nelas constantes e a ampla legitimidade para certidões ou cópias não certificadas dos atos de registo e dos documentos arquivados – sem que para tanto seja necessário alegar qualquer interesse legítimo, motivo ou finalidade³⁰ -, as principais inovações residem na comunicação dos dados bem como na previsão de um prazo máximo para conservação de dados relativos a registos já cancelados.

Quanto ao primeiro aspeto, prevê-se agora que “a informação constante do registo automóvel, desde que respeite exclusivamente às características dos veículos e sem referência, neste caso, aos respetivos titulares, pode ser comunicada a quaisquer entidades, públicas ou privadas” (art. 27.º-D, n.º 1 do CRAut.)³¹. Mais uma vez, tal acesso independe da alegação de um qualquer interesse legítimo, pelo que, ao se permitir fornecer informação sobre as características dos veículos – e já não sobre os dados pessoais do seu titular - que nela se encontrem registados, pode uma base de dados financiada e mantida pelo Estado ser colocada ao serviço de interesses comerciais.

Neste âmbito, o legislador estendeu a possibilidade de acesso às bases de

27 Cfr. RALLO LOMBARTE, Artemi, *La Administración electrónica y el derecho a la protección de datos personales*. 2010, p.68

28 Cfr. MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Murillo, “La construcción del derecho a la autodeterminación informativa”, in *Revista de estudios Políticos*, N.º 104, 1999, pp.38 e 39.

29 Cfr. HERRÁN ORTIZ, Ana, “El Derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información”, in *Cuadernos Desto De Derechos Humanos*, N.º26, Universidad de Bilbao, 2002, p.13, disponível em <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho26.pdf>.

30 Art.53.º do Regulamento do Registo Automóvel, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 55/75, de 12 de Fevereiro.

31 “Apesar de prevista a possibilidade de informar sobre as características dos veículos sem referências aos respectivos titulares, não foi criado, ainda, pela aplicação informática em uso no registo de veículos, modelo que existem para os demais documentos emitidos (nomeadamente as informações e certidões de registo.”, Cfr. SILVA, Maria José Magalhães da, *Registo da Propriedade de Veículos*, 2.ª Edição, *Quid Juris*, Lisboa, p.80.

dados do registo automóvel não só aos organismos e serviços do Estado e demais pessoas coletivas de direito público (para prossecução das respetivas atribuições legais e estatutárias), às entidades judiciárias e policiais (para efeitos de investigação ou de instrução dos processos judiciais a seu cargo, desde que a informação não possa ou não deva ser obtida das pessoas a quem respeita), e também às entidades a quem incumba a fiscalização do cumprimento das disposições do Código da Estrada e legislação complementar (para prossecução das respetivas atribuições) – assim dispõe o art.27.º-D, n.º 2 do CRAut.. Têm, ainda, acesso à informação constante do registo de automóveis, através de linha de transmissão de dados – e mediante protocolo com o IRN, I.P., “as entidades judiciárias, os órgãos de polícia criminal, bem como a Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo, a Direcção-Geral de Viação e a Direcção-Geral dos Impostos” (art.27.º-E do CRAut.).

No entanto, segundo o art.27.º-G do CRAut., existe um limite temporal à conservação dos dados pessoais nas bases de dados do registo automóvel. De acordo com o aludido artigo, “os dados pessoais podem ser conservados na base de dados durante cinco anos a contar da data do cancelamento do registo”, e em ficheiro histórico “... durante 10 anos a contar da data da eliminação do registo da base de dados” - trata-se da primeira alusão a uma eliminação de dados pessoais constantes de registos que já não se encontram em vigor.

Porém, no que diz respeito ao registo civil, que trata da publicidade da situação jurídica das pessoas singulares, verificam-se algumas particularidades que passamos a analisar.

Se, à semelhança dos demais códigos, as finalidades das bases de dados de registo civil foram estipuladas em termos idênticos aos previstos para as bases de dados do registo predial, do registo comercial e do registo automóvel, foi prevista a possibilidade de os dados nela constantes poderem “ser interconectados com os constantes da base de dados da identificação civil, por forma que, da atualização, retificação ou completamento dos dados constantes da primeira das referidas bases de dados, decorra automaticamente a atualização, retificação ou completamento dos dados homólogos constantes da segunda” – neste sentido dispõe o art.220.º-A, n.º 2 do CRCiv.

Segundo o supramencionado diploma, o tratamento da base de dados de registo civil é, também, da responsabilidade do presidente do IRN, I.P., sem prejuízo da responsabilidade que, nos termos da lei, é atribuída aos conservadores (art.220.º-B, n.º 1 do CRCiv), sendo recolhidos para tratamento automatizado os dados pessoais referentes às partes e outros intervenientes, nomeadamente, os que integrem o conteúdo dos registos, processos, documentos e declarações que lhes servem de base (art.220.º-C do CRCiv).

As especificidades do princípio da publicidade fazem-se notar mais no âmbito do registo civil, uma vez que é este que sofre as maiores limitações nessa matéria³².

32 “La nota que cualifica al Registro Civil es que justamente su objeto son datos personales. En él han de inscribirse la identidad de la persona (nombre y apellidos), los relativos a su nacimiento y filiación, emancipación y habilitación de edad, modificaciones judiciales de la capacidad o las relativas a las declaraciones de concurso, quiebra o suspensión de pagos, ausencia y fallecimiento, nacionalidad y vecindad, patria potestad, tutela y demás representaciones legales, matrimonio y defunción (art. 1 Ley del registro Civil)”. Cfr. VILLAVARDE ME-

Segundo o art.211.º do CRCiv, “os factos sujeitos a registo e o estado civil das pessoas provam-se pelo acesso à base de dados do registo civil ou por meio de certidão”, sendo que, nos termos do art.214.º, n.º1 do CRCiv, “qualquer pessoa tem legitimidade para requerer certidão dos registos”, salvo as exceções previstas nos demais números deste artigo. A preocupação em proteger dados pessoais sensíveis (relativos à filiação adotiva, aos assentos de perfilhação, a menções discriminatórias de filiação e, por exemplo, à causa da morte de determinada pessoa) precede a própria LPDP, uma vez que sempre se entendeu que a divulgação dos mesmos pudesse causar conflitar com os valores da dignidade das pessoas e da reserva da vida íntima privada ou familiar.

Assim, a regra de que qualquer pessoa tem legitimidade para requerer certidão dos registos sofreu várias restrições, das quais destacamos as seguintes: dos assentos de filhos adotivos só podem ser passadas certidões de cópia integral ou fotocópias a pedido das pessoas a quem o registo respeita, descendentes ou herdeiros e ascendentes, sem prejuízo, quanto a estes, do disposto no art. 1985.º do Código Civil; na pendência do processo de adoção, após a sua decretação ou, em qualquer caso, desde que recebida na conservatória a comunicação relativa à confiança judicial ou administrativa do menor, as certidões do assento de nascimento que a este respeitem devem ser passadas em conformidade com o disposto no art. 1985.º do Código Civil e com a decisão proferida, em processo próprio, sobre o segredo de identidade; dos assentos de perfilhação que devam considerar-se secretos só pode ser passada certidão para efeito de instrução do processo preliminar de casamento ou de ação de alimentos, nas condições previstas na lei civil – neste sentido dispõem os n.ºs 2, 4 e 5 do art.214.º do CRCiv. A Lei n.º 7/2011, de 15 de março, veio, ainda, dispor que, “dos assentos a que se mostre efetuado qualquer averbamento de mudança de sexo e conseqüente alteração de nome próprio, só podem ser passadas certidões de cópia integral ou fotocópias a requerimento do próprio, dos seus herdeiros e das autoridades judiciais ou policiais para efeitos de investigação ou instrução criminal” (n.º 3 do art.214.º do CRCiv)³³.

O referido código mantém, no entanto, uma disposição especial para os documentos que servem de base ao registo, estipulando no seu art.217.º, n.º 1, que “podem ser extraídas certidões de documentos arquivados na conservatória, salvo se respeitarem a assento que deva considerar-se secreto”, sendo que “do certificado médico de óbito só podem ser passadas certidões a quem comprove interesse

NÉNDEZ, Ignacio, “Publicidad registral y datos personales. Una especial mención al caso de los registros civil, de la propiedad y mercantil”, in AAVV. (A. Troncoso Reigada, Org.), Transparencia administrativa y protección de datos personales: V Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales, Madrid: Civitas, p.277.

33 O estabelecimento da filiação, a alteração de nome conseqüente, a mudança de sexo e a conseqüente alteração de nome próprio, o nome dos avós, a adoção plena e o casamento dos pais podem ser integrados no texto do assento de nascimento ao qual tenham sido averbados, a requerimento verbal dos interessados ou dos seus representantes legais, mediante a realização de novo assento de nascimento (art.123.º, n.º 1 do CRCiv).

legítimo e fundado no respetivo pedido”^{34 35} (n.º 2).

Numa norma que não encontra correspondência na demais legislação relativa a registos, o CRCiv prevê, no n.º 3 do art.217.º do CRCiv, que “a requerimento escrito e fundamentado do interessado, pode o conservador autorizar a emissão de certidão de um registo cancelado.” – trata-se de uma norma que entendemos, pelos motivos adiante referidos, dever ser objeto de consagração na legislação relativa ao registo predial, comercial e automóvel relativamente aos registos cancelados e caducados (e respetivos documentos).

3 - A legitimidade para pedir certidões de documentos arquivados e de obter informações verbais ou escritas sobre o conteúdo dos mesmos

Como já referido, qualquer pessoa pode pedir certidões quer dos atos de registo, quer dos documentos arquivados, bem como obter informações verbais ou escritas sobre o conteúdo de uns e de outros. Trata-se de uma decorrência fundamental do princípio da publicidade que informa todos os registos, permitindo assim o acesso a uma multiplicidade de dados para além daqueles que serviram de base à feitura do registo³⁶.

As regras de legística adotadas nas codificações registais determinam que todos os atos de registo – sejam as descrições prediais ou as inscrições prediais, respetivos averbamentos e anotações, ou as matrículas das entidades sujeitas a registo comercial, bem como as inscrições, averbamentos e anotações de factos a elas respeitantes e os depósitos – tenham determinados requisitos gerais e, por vezes, também especiais (sendo que estes variam em função do facto registando). Assim, a título de exemplo, a constituição de uma sociedade comercial é levada às tábuas através da feitura de uma inscrição e da abertura da matrícula, sendo que

34 O pedido de emissão de certidão do certificado médico de óbito “... deve ser formalizado em requerimento escrito, no qual se indique o fim a que aquela se destina, por forma a prevenir eventuais desvios na sua utilização, e instruído, sempre que necessário, com documento comprovativo do interesse invocado” – Despacho n.º 9/96, de 13.02.1996, do (então) Diretor-Geral dos Registos e do Notariado.

35 A Comissão Nacional de Proteção de Dados, em respeito “pelo princípio da finalidade e da minimização dos dados”, veio determinar “que os campos dos certificados de óbito e dos certificados de óbito fetal e neonatal que contenham dados de saúde do falecido deixassem de ser transmitidos ao IRN, IP, passando o SICO a transmitir-lhe eletronicamente apenas os dados pessoais estritamente necessários à elaboração do assento de óbito ou da declaração de morte fetal, aqueles a que se reportam os artigos 201, n.º 1 e 209º, n.º 3” – Parecer do IRN, proferido no processo n.º CC 22/2014 STJSR.

36 “Sucede, que al tiempo que el registro cumple con esa primordial función, su publicidad, esto es, su accesibilidad a cualquier persona que desee alcanzar el conocimiento aludido, produce efectos colaterales nada desdeñables y que, desde luego, deben tenerse en cuenta. El conocimiento que se alcanza con aquella publicidad registral conlleva inevitablemente la puesta a disposición de un tercero de datos de personas”. Cfr. VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, “Datos personales y registros de la propiedad mercantil”, in *L’administració i la informació = La administración y la información*, Madrid: Marcial Pons, p.55, 2009.

estes atos de registo têm requisitos gerais e especiais previstos na lei registal^{37 38}.

Cumprir tais requisitos exige que, nos registos lavrados por transcrição, sejam extraídos dos títulos os dados necessários à feitura do registo, dados, estes, que o legislador considerou suficientes e aptos a dar uma publicidade exata do conteúdo do ato e da situação jurídica decorrente do mesmo, pelo que o acesso aos documentos que lhes serviram de base se torna, amiúde, despidiendo.

Acresce que os documentos que servem de base aos atos de registos contém muitos dados que se reportam à situação financeira dos titulares (tais como, a título de exemplo, o preço pago pelo imóvel, o modo de pagamento do mesmo, números de contas bancárias, o plano de pagamentos acordado no âmbito de um contrato de mútuo, quais as dívidas que motivaram a inscrição de determinada penhora, hipoteca ou outro direito real de garantia tipificado no CRPred.), à vida dos sujeitos dos factos neles contidos (pensemos nas ações judiciais que tenham por fim o reconhecimento de um direito sobre um imóvel e nas querelas que daí podem advir).

A situação estende-se às demais áreas do registo, nomeadamente, no registo comercial, em cujas bases de dados prolifera informação relativa à atividade, principalmente, das pessoas coletivas, sendo possível aceder, inclusivamente, aos documentos contábeis das mesmas³⁹.

37 O extrato da matrícula, segundo o art.8.º do Regulamento do Registo Comercial, aprovado pela Portaria 657-A/2006, de 29 de Junho, deve conter: a) O número de matrícula, que corresponde ao número de identificação de pessoa coletiva ou entidade equiparada (NIPC) da entidade sujeita a registo, e a conservatória detentora da pasta desta última; b) A natureza jurídica da entidade; c) O nome completo e a firma, se diferente daquele, do comerciante individual, o seu número fiscal e o estabelecimento principal ou o local do exercício da atividade principal, com indicação do código postal válido; d) A firma ou denominação, o número de identificação de pessoa coletiva e a sede da pessoa coletiva e do estabelecimento individual de responsabilidade limitada, com indicação do código postal válido, bem como o objeto, o capital e a data do encerramento do exercício, e ainda, quanto a sociedades comerciais, empresas públicas, agrupamentos complementares de empresas, agrupamentos europeus de interesse económico e cooperativas, a forma de obrigar, os titulares dos órgãos sociais e a duração dos respetivos mandatos; e) A firma da representação permanente de pessoa coletiva, bem como o número de identificação de pessoa coletiva e o local de representação, com indicação do código postal válido, o objeto, o capital afeto, quando exista, a data de encerramento de exercício e os representantes; f) Os fins, a forma g) O código CAE (compreendendo o CAE principal e até três CAE secundários); h) A menção do seu cancelamento, quando este se verifique; i) Outros elementos identificadores da entidade sujeita a registo cuja menção no extrato da matrícula seja determinada por despacho do presidente do Instituto dos Registos e do Notariado, I. P.

38 Segundo o art.9.º do Regulamento do Registo Comercial, do extrato de qualquer inscrição deve constar: a) O número de ordem correspondente e o número e a data da apresentação; b) Sendo a inscrição provisória, a menção de que o é, por natureza ou por dúvidas, com indicação, no primeiro caso, da disposição legal aplicável; c) O facto registado; d) O nome completo, a residência habitual ou domicílio profissional e o número de identificação fiscal (NIF) ou a firma, a sede e o número de identificação de pessoa coletiva (NIPC) dos sujeitos que figurem ativamente no facto, bem como o estado civil dos sócios e, sendo casados, o nome do cônjuge e o respetivo regime de bens. Tratando-se de uma inscrição de constituição de sociedade comercial, acrescem os seguintes requisitos especiais: a firma, a sede, o prazo de duração, quando determinado, o objeto, o capital e, não estando realizado, o montante em que ficou, as quotas ou partes sociais, ou o valor nominal e a natureza das ações, a data do encerramento do exercício social, a administração, a fiscalização e a forma de obrigar a sociedade e, tratando-se de constituição de sociedade anónima europeia, para além das menções anteriores, a modalidade de constituição – art.10.º, alínea b) do Regulamento do Registo Comercial.

39 Este tema motivou inclusivamente o (então) Diretor-Geral dos Registos e do Notariado a dirigir à Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPD) um pedido de parecer relativo ao tratamento de dados constantes do Registo Comercial, no qual foi alegado que «as conservatórias do registo comercial são frequentemente confrontadas com pedidos de emissão de certidões ou de fotocópias relativos a registos de prestação de contas de sociedades comerciais, designadamente do balanço e da demonstração de resultados». Tais pedidos são formulados quer genericamente, com referência a todas as sociedades registadas numa conservatória, caso em que se pretende a satisfação destes mesmos pedidos por forma contínua e oficiosa, quer casuisticamente, com identificação das sociedades visadas, ainda que por vezes se trate de pedidos que envolvem um número muito significativo - se não a totalidade - das entidades registadas.» A CNPD, em resposta o referido pedido,

A situação é, ainda, mais gravosa no âmbito do registo civil, onde os documentos arquivados apresentam dados sensíveis relativos à saúde (sendo possível aceder, por exemplo, à certidões de sentenças judiciais que tenham decretado a inabilitação ou a interdição ou que decretem o acompanhamento de maior de determinada pessoa e, por conseguinte, aos motivos que as determinaram), à vida familiar privada (sendo possível saber quais os motivos que motivaram a separação de facto ou mostrem a rutura definitiva do casamento, à perfilhação de determinada pessoa, aos factos e diligências em sede de ação de reconhecimento judicial ou de impugnação da paternidade ou da maternidade) ou a menores (sendo possível saber quais as razões que determinaram a inibição ou suspensão do exercício do poder paternal), pelo que defendemos que o acesso a tais documentos - e a emissão de certidão -, quando o conteúdo do mesmo não deva considerar-se secreto, deve ser restringido a quem alegue e prove um interesse legítimo especial e fundado no seu acesso.

Defendemos, ainda, que a mesma regra - da alegação de um interesse legítimo - deve aplicar-se ao acesso a atos de registo já cancelados ou caducados, bem como os respetivos documentos: trata-se de registos que já se encontram extintos (com base na extinção dos direitos, ónus ou encargos neles definidos, em execução de decisão administrativa, nos casos previstos na lei, ou de decisão judicial transitada em julgado, no caso do cancelamento, ou por força da lei ou pelo decurso do prazo de duração, no caso da caducidade), pelo que não influem na atual situação jurídica do prédio, do veículo, da pessoa singular ou da entidade sujeita a registo comercial. Deste modo, a consulta e emissão de certidão de tais registos e documentos deve depender da alegação e prova de um interesse legítimo especial e fundado no seu acesso.

4 - A legitimidade para pedir certidões dos atos de registo e de obter informações verbais ou escritas sobre o seu conteúdo.

concluiu, no seu Parecer n.º 10/2001 que “O Registo Comercial destina-se a dar publicidade à situação jurídica das entidades elencadas no art. 1.º do respectivo Código, tendo em vista a segurança do comércio jurídico. Não respeitando estes dados a pessoas singulares, deve a CNPD concluir que a esta concreta situação não é aplicável a Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro. (...) A CNPD tem, todavia, entendido que a Lei de Protecção de Dados é aplicável ao tratamento de dados sobre comerciantes em nome individual (ou, embora noutro contexto, a profissionais liberais). O consenso quanto ao gozo de direitos pelas pessoas colectivas, desde que compatíveis com a sua natureza, e a larga convergência quanto à importância de salvaguardar as pessoas colectivas de intromissões lesivas da sua esfera pessoal, aconselha a que se reflecta sobre uma possível ponderação da protecção das pessoas colectivas, em determinadas condições, nos tratamentos relativos aos seus dados pessoais.” No entanto, nas conclusões do parecer, refere-se o seguinte: “sendo certo que os dados pessoais constantes do Registo Comercial constituem dados públicos e, portanto, consultáveis e registáveis, não devendo verificar-se, dado o seu carácter público, restrições à sua consulta, já a sua utilização para finalidade diversa, bem como a sua comparação ou acoplamento a outros dados públicos, está sujeita a regras e condições, que resultam da Lei da Protecção de Dados Pessoais. Os dados pessoais constantes do Registo Comercial, embora consultáveis e registáveis tendo em vista a segurança do comércio jurídico, não podem ser objecto de uma indiscriminada utilização informática para os fins que cada qual pretenda, sem regras e sem salvaguarda dos direitos dos titulares. A sua utilização está sujeita à Lei da Protecção de Dados Pessoais e, nos casos aí previstos, depende de autorização desta CNPD, devendo o tratamento dessa informação ser visto em concreto e em função, designadamente, do tipo de dados a tratados, bem como das finalidades a que se destinam esses dados. Caberá à CNPD aferir, caso a caso, da possibilidade da realização desse tratamento por parte do «utilizador» do registo público, nos termos da Lei, bem como proceder à respectiva fiscalização.” Cfr. Parecer n.º 10/2001, da Comissão Nacional de Protecção de Dados, apud Acesso à Informação - Informação para Negócios ou Informações de Valor Acrescentado, in Boletim dos Registos e do Notariado (BRN) n.º 11/2001, I, pág.7.

A dispensa de alegação e prova de interesse legítimo para aceder ao conteúdo das bases de dados do registo impossibilita os funcionários dos serviços de registos averiguar sobre uma utilização dos dados pessoais que as compõem para a finalidade de assegurar a segurança do comércio jurídico através da publicitação de situações jurídicas. Não se exigindo a alegação – e fundamentação – de um interesse legítimo, o legislador abriu a porta a possíveis usos abusivos das bases de dados dos registos: todos conhecemos os casos de utilização da base de dados do registo automóvel – através da mera indicação dos caracteres da matrícula do veículo – somente para saber a identidade do seu proprietário, ou da comunicação social que publica em jornais e em páginas da internet o conteúdo de assentos do registo civil de figuras públicas, assim publicitando um casamento ou divórcio.

Embora reconheçamos a dificuldade que os funcionários das conservatórias teriam em aquilatar casuisticamente a (in)existência de interesse legítimo para conhecer o conteúdo dos registos – e os eventuais atrasos no expediente dos serviços que tal tarefa comportaria –, tal procedimento possibilitaria manter o fiel da balança entre a necessidade de proteção dos dados pessoais e os desígnios de publicidade, a qual é fundamental para a segurança do comércio jurídico e que motivou a organização das bases de dados de registo.

Atualmente, a maior proteção dos dados pessoais constantes das bases de registo predial resulta do facto de se tratar de um sistema de fólio real, em que será necessário identificar cabalmente o prédio⁴⁰ para que se possa saber quem é o seu titular (quando não seja este a pedir tal informação). No entanto, tal “proteção” não se estende ao registo automóvel (também de base real, onde apenas será necessário indicar os caracteres que compõem a matrícula do veículo), nem ao registo comercial (de base pessoal, onde, no entanto, apenas será preciso indicar o número de matrícula ou o número de identificação de pessoa coletiva da entidade) ou ao registo civil (depende apenas da indicação do nome completo e da naturalidade da pessoa a cujos dados pretendemos aceder).

5 - Crítica na responsabilidade pelo tratamento de dados

O responsável pelo tratamento dos dados pessoais, em matéria registal, é, como vimos supra, o presidente do Instituto dos Registos e do Notariado, I. P., como enforma o n.º1 do art. 107.º do CRPred. (também o art. 220.º-B n.º1 do CRCiv., entre outros). Como responsável pelo tratamento dos dados pessoais, cabe ao presidente do Instituto dos Registos e do Notariado, I. P. determinar as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais (art. 4.º n.º7 do RGPD), sendo este o máximo responsável, em matéria de proteção de dados pessoais, pelo cumprimento das normas vigentes nesta matéria (com o auxílio do Encarregado de Proteção de Dados

⁴⁰ A indicação do prédio será feita pelo número da descrição, a freguesia e o concelho dos prédios ou frações autónomas a que respeitem, ou, em alternativa, embora sejam mais falíveis, por elementos de base real do prédio constantes dos verbetes reais, nomeadamente, pela indicação das ruas e números de polícia ou artigos de matriz, no caso dos prédios urbanos, ou dos artigos de matriz precedidos das respetivas secções, sendo cadastrais, tratando-se de prédios rústicos - Parecer do IRN, proferido no Processo n.º R.P. 125 R.P.94 DSJ-CT.

Pessoais).

Não obstante, dispõem as partes finais dos citados artigos de Direito Registral que “o presidente do Instituto dos Registos e do Notariado, I. P., é o responsável pelo tratamento das bases de dados, nos termos e para os efeitos definidos na Lei de Proteção de Dados Pessoais, sem prejuízo da responsabilidade que, nos termos da lei, é atribuída aos conservadores”. Ora, sendo o responsável pelo tratamento dos dados a entidade que determina, à luz do disposto no já citado n.º7 do art. 4.º do RGPD, as finalidades, meios de tratamento e formas de segurança dos dados pessoais, não vemos como os Conservadores poderão aqui determinar as formas como as conservatórias que estão sob sua alçada profissional e administrativa podem ser responsáveis pelo tratamento dos dados pessoais, em sentido técnico.

Parece-nos que, aqui, o legislador não foi de todo feliz na redação do presente preceito legal pois se o responsável pelo tratamento dos dados pessoais é o presidente do Instituto dos Registos e do Notariado, I. P., não pode aqui qualquer lesado com o acesso ilegítimo aos dados pessoais que lhe digam respeito, responsabilizar o Conservador responsável na conservatória onde este ato ilícito ocorreu.

Com base neste preceito legal, devemos aqui destringir dois tipos de responsabilidade, nomeadamente, uma responsabilidade externa e uma responsabilidade interna, as quais dizem respeito à responsabilidade perante o titular dos dados pessoais.

A responsabilidade externa encontra-se subjacente à responsabilidade prevista no RGPD pela inobservância das normas relativas ao tratamento dos dados pessoais e que levou à lesão do titular dos dados pessoais, podendo este recorrer aos mecanismos previstos no art. 82.º do RGPD, contra o responsável pelo tratamento dos dados pessoais, pedindo a condenação deste e o pagamento de uma indemnização pelos prejuízos causados; já a responsabilidade interna, aqui na pessoa do Conservador, parece-nos dizer respeito apenas para efeitos internos do Instituto dos Registos e do Notariado, I.P., podendo aquele ser responsabilizado disciplinarmente pelos atos lesivos causados, em matéria de proteção de dados pessoais, na conservatória onde exercem funções e perante a qual são os máximos responsáveis hierarquicamente.

Não podemos aqui confundir o responsável pelo tratamento dos dados pessoais com o agentes e funcionários desta que tratam os dados pessoais na organização, sendo que é da competência das entidades gestoras e organizacionais a boa formação e a supervisão de todos os atos que são praticados pelos funcionários, não podendo, por isto, os ajudantes e escriturários que laborem nas conservatórias ser responsabilizados externamente por possíveis atos lesivos que pratiquem. Poderão este sim ser responsabilizados disciplinarmente, na pessoa do seu imediato superior hierárquico dessa conservatória, maxime o conservador, por possíveis atos lesivos em matéria de proteção de dados pessoais praticados pelos inferiores hierárquicos.

6 - Publicidade registral vs Proteção de dados pessoais: uma harmonização necessária?

O princípio da publicidade constitui um dos princípios mais importantes do ordenamento jurídico registal, constituindo uma decorrência do carácter público do mesmo. Com vista a satisfazer uma necessidade de dar a conhecer a situação jurídica de determinadas pessoas e coisas - fundamental no estabelecimento de relações jurídicas entre os vários entes jurídicos e à estabilidade económica e social -, o Estado organizou serviços e meios técnicos adequados à satisfação de tais interesses, isto é, de modo a tornar cognoscível tal informação. Assim “o registo público (...) não se destina a dar conhecimento efetivo (nem, de resto, tal seria possível no atual estágio de desenvolvimento tecnológico). Para efeitos juspublicitários, é suficiente o conhecimento potencial, a suscetibilidade de conhecimento, o conhecimento presumido.”⁴¹

Os registos apresentam-se, deste modo, “... como ferramentas não só concebidas, mas verdadeiramente aptas e idóneas para tornar públicos e salvaguardar os direitos, identificar as situações jurídicas e permitir que o público em geral tenha acesso à informação que deles consta, presumindo-se legalmente que ela é válida e verdadeira. A publicidade que os registos públicos conferem não é, pois, uma publicidade qualquer, apenas geradora da notícia da existência dos direitos ou também das “razões de ciência” que os baseiam. É sim uma publicidade que gera efeitos quanto à cognoscibilidade da existência desses direitos.”⁴²

O facto de serem organizados e mantidos pelo Estado, que procede ao controlo da legalidade dos factos neles inscritos, determina que os registos gozem de fé pública, de onde resulta que “por um lado, existe a presunção de que o registo é integral, isto é, de que nada existe para além dele; por outro lado, de que é exacto, isto é, conforme com a verdade extra-registral.”⁴³

Da referida fé pública resulta, ainda, a força probatória plena dos factos nele constantes: uma vez que os registos são objeto de qualificação por parte dos conservadores ou oficiais de registo (de acordo com as normas de competência), sendo apreciada a viabilidade do pedido em face das disposições legais aplicáveis, dos documentos apresentados e dos registos anteriores, os mesmos gozam de uma força probatória plena dos factos nele atestados pelo conservador ou oficial de registos, nos termos dos arts. 363.º e 369.º do Código Civil. Deste modo, o registo tem como efeito “fazer inverter o ónus da prova: quem tem a seu favor o registo, não precisa, portanto de provar que é o titular do direito correspondente, sem prejuízo (...) de a presunção poder ser ilidida mediante prova em contrário (art. 350.º CC).”⁴⁴

Tal como anteriormente referido, o registo não se destina apenas tornar cognoscível a situação jurídica de pessoas ou coisas perante terceiros (oponibilidade erga omnes), dele derivando verdadeiros efeitos jurídicos. Sendo, em regra, a sua eficácia meramente declarativa, de onde derivam os seus efeitos enunciativo (através do qual “nem a validade nem a eficácia do direito são afetadas pela existência ou

41 Cfr. GONZÁLEZ, José Alberto, *A Realidade Registral Predial para Terceiros*, Lisboa, Quid Juris, 2006, p.77.

42 Cfr. GUERREIRO, José Augusto Guimarães Mouteira, *Temas de Registos e de Notariado*, Coimbra, Almedina, 2010, p.6.

43 Cfr. ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Publicidade e Teoria dos Registos*, Coimbra, Almedina, 1966, p.304.

44 Cfr. LOPES, J. de Seabra, *Direito dos Registos e do Notariado*, 6.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2011, p.18.

inexistência do registo dos factos jurídicos”⁴⁵), consolidativo (os efeitos dos negócios jurídicos produzem-se por mero efeito do contrato, e não do registo dos factos nele contidos, sendo que a falta de registo de determinado facto a ele sujeito determina que, em regra, o mesmo só possa ser invocado entre as próprias partes ou seus herdeiros e não perante terceiros), situações existem em que o registo tem um efeito constitutivo - isto é, cria situações jurídicas novas (v.g, o registo de hipoteca, sem o qual a mesma não produz efeitos, mesmo em relação às partes; o registo de constituição da sociedade comercial, sem o qual não adquire personalidade jurídica) – ou aquisitivo (fenómeno conhecido por “aquisição tabular”, em que o registo protege a aquisição de um direito a non domino face à lei substantiva, ou seja, em que a lei faz prevalecer o direito de um terceiro).

Como acabámos de analisar, e tendo em conta a necessidade do registo - que mais não é que salvaguardar o comércio jurídico dos factos jurídicos considerados relevantes para o efeito - e a necessidade em tutelar as posições jurídicas das pessoas singulares em relação aos seus dados pessoais, encontramos dois Princípios que entram em colisão: o da Publicidade Registral frente ao da Reserva da Vida Privada ⁴⁶.

Como vimos também, um dos principais princípios jurídicos que modelam todo o ordenamento jurídico-registral é o princípio da publicidade, pelo qual qualquer cidadão poderá aceder às informações constantes no registo. Por outro lado, o princípio jurídico da finalidade e da proibição de acesso por terceiros, em matéria de proteção de dados pessoais, tem aqui uma importância acrescida na medida em que proíbe ao responsável pelo tratamento dos dados, in casu o IRN, ceder livremente, a qualquer pessoa, os dados pessoais que tenham em sua posse sem consentimento expresso do seu titular, sem que fique a constar nas bases de dados a identificação do consulente, data da consulta e informações solicitadas (o que se verifica, especialmente, nas consultas feitas diretamente nas conservatórias) e sem que o titular seja notificado de qualquer acesso aos seus dados pessoais.

Assim, e tendo em conta tudo o supra mencionado e em consideração que nas bases de dados registrais se encontram dados de natureza pessoal sujeitos a tutela pelo RGPD, e também directamente pela CRP, vemos que existe aqui uma clara colisão entre a publicidade registral, expressamente consagrada no ordenamento jurídico português, e a proteção dos dados pessoais ali existentes. Mais acentuada torna-se esta colisão quando encontramos, ao longo dos vários diplomas do ordenamento jusregistral, que a regra é do acesso a estes dados por qualquer pessoa, mesmo que não demonstre qualquer interesse legítimo, sendo-lhe assim facultadas as informações que pretendam.

Sendo o Princípio da Reserva da Vida Privada,, como o RGPD visa tutelar e

45 Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira, apud JUSTO, A. Santos, Direitos Reais, 3.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora Wolters Kluwer, 2011, p.65

46 Cfr. POLLICINO, Oresto, DE GREGORIO, Giovanni, Privacy or Transparency? A New Balancing of Interests for the ‘Right to Be Forgotten’ of Personal Data Published in Public Registers, Italian Law Journal 3, 2017, disponível em

<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEw-j2k4nZuLvdAhWkLsAKHcKrDNgQFjACegQICBAC&url=http%3A%2F%2Ftheitalianlawjournal.it%2Fdata%2Fuploads%2F3-italj-2-2017%2Fpdf-singoli%2F647-pollicino-de-gregorio.pdf&usq=AOvVaw3k7j8f51ff89n7Dx-qsIBFm>

a própria CRP por aplicação directa procura proteger, de aplicação directa também à actividade registal, fácil seria concluir que o acesso aos dados pessoais que se encontrem nas bases registais apenas deveria ser concedido quando o interessado demonstra-se um interesse legítimo para o seu acesso. No entanto, isto não se verifica, uma vez que, como supra referimos, a regra é de livre acesso por qualquer cidadão.

Como conciliar e harmonizar, assim, estes direitos que entram em colisão?

Em síntese, consideramos que o legislador foi incoerente na manutenção de várias normas registais, bem como nos aditamentos feitos ao longo de todos os diplomas vigentes na área do Direito Registral, pois não consagrou a possibilidade de conciliar ambos os direitos; pelo contrário, suprimiu (e manteve posteriormente) o direito de reserva da vida íntima e da protecção dos dados pessoais existentes quando faculta a qualquer pessoa o acesso livre e desejado às informações existentes nas bases de dados registais. Deste modo, à partida e numa conclusão simplista, diríamos que a solução ideal passaria pelo acesso condicionado dos cidadãos, onde apenas poderiam aceder a estes dados pessoais que se encontram nas bases registais todos aqueles que demonstrassem um interesse legítimo no acesso e sempre que a finalidade dos dados tratados fosse de acordo com esse mesmo interesse⁴⁷. No entanto, ficaria aqui gravemente prejudicado o Princípio da Publicidade, que é transversal a todo o ordenamento jurídico português.

Em nossa opinião, a solução ideal passaria por duas vias de alteração: a primeira por uma reforma da actual legislação registal no sentido de limitar o acesso aos ficheiros onde constem dados de natureza pessoal, apenas permitindo-se o acesso a estes quando houvesse um fundamento legítimo do terceiro interessado, restringindo-se, fora destas situações, o acesso a estes ficheiros⁴⁸; a segunda, esta mais difícil e sinuosa, passaria por uma reforma dos modelos de informação apresentados pelos serviços registais, devendo estes limitar a informação disponibilizada, ocultando a informação considerada pessoal e desnecessária para o interesse prosseguido pela entidade responsável, e publicitando a informação livremente cognoscível e/ou não considerada pessoal nos termos da actual legislação em matéria de protecção de

47 “En los casos en que la publicidad registral suponga la cesión de datos de carácter personal deberemos realizar una ponderación de intereses entre el derecho de acceso a la información en relación con la finalidad del Registro y derecho de los interesados a preservar el secreto sobre sus datos de carácter personal.”, cfr. SANTIAGO MARTINEZ, Maite, “Estudio sobre Publicidad Registral y Protección de datos de carácter personal en el Registros DE Cooperativas”, in Estudio sobre Publicidad registral y Protección de datos de Carácter, Revista Vasca de Economía Social n.º4, 2008, p.72, disponível em

<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwj-gY6JuLvdAhWKz-qQKHZjOC00QFjAAegQIAhAC&url=http%3A%2F%2Fwww.ehu.eus%2Ffojs%2Findex.php%2Fgezki%2Farticle%2Fdownload%2F2786%2F2402&usg=AOvVaw00a06Wk-qDGUkRLdpZ-sSe>

48 “En tanto ‘base de datos’, el registro puede contener – además de otros – datos ‘personales’ o ‘no personales’, los que a su vez pueden ser ‘sensibles’ (cuya publicidad puede afectar el derecho a la intimidad) o ‘no sensibles’. Creemos que tratándose de ‘datos sensibles’, no deberá brindarse publicidad a menos que exista autorización expresa o lo disponga el poder judicial, en cambio, tratándose de ‘datos no sensibles’, a fin de fomentar el tráfico jurídico debiera existir plena publicidad registral; sin embargo, en cuanto a este último punto, podría optarse por una posición mas moderada y establecer que, aun en este caso debiera exigirse ‘legitimación’ para conocer tales datos, como ocurre con algunas legislaciones.”, CALDERÓN NAVARRO, Nelly, ALIAGA HUARIPATA, Luis Alberto, la publicidad registral y el derecho a la intimidad, disponível em <https://iurisperu.wordpress.com/2008/04/25/la-publicidad-registral-y-el-derecho-a-la-intimidad/>.

dados pessoais⁴⁹.

Através destas duas vias conseguiríamos conciliar o Princípio da Publicidade com a Reserva da Vida Privada subjacente à tutela dos dados pessoais, apenas sendo publicitada a terceiros que invoquem um justo interesse.

Conclusão

Como vimos, os dados pessoais configuram-se como uma parte importante da parcela da vida íntima e privada dos seus titulares mostrando informações que, por vezes, demonstram certas parcelas da área mais resguardada e secreta deste.

No entanto, e em prol dos interesses da coletividade, algumas destas informações mais privadas e íntimas devem ser publicitadas sempre e quando se demonstre um interesse vital para a manutenção e salvaguarda e qualquer bem jurídico de interesse igual ou superior.

De modo a cumprir tal propósito, são permitidos o tratamento dos dados pessoais mesmo sem o consentimento do seu titular, sempre e quando estejam em causa para a salvaguarda de um interesse público ou o cumprimento de uma obrigação legal, como ocorre no caso da salvaguarda do comércio jurídico prosseguida pelo Instituto dos Registos e do Notariado, I.P.. Foi na esteira da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, e, posteriormente, do novo Regulamento Geral de Proteção de Dados que o legislador nacional implementou um conjunto de instrumentos legais que visam a regulamentação das bases de dados registais, bem como procuram regular o tratamento dos dados pessoais por parte do Instituto dos Registos e do Notariado, I.P., introduzindo medidas técnicas e específicas que atribuem uma maior proteção aos sujeitos alvo de tratamento dos seus dados pessoais por parte daquela entidade.

No entanto, esta regulamentação surge aqui como algo contraditória já que, ao pretender tutelar os dados e informações mais reservados do seu titular, descuida, por completo, um dos princípios basilares em material de Direito Registral como é o Princípio da Publicidade, tornando este, bem como as normas existentes no ordenamento jusregistral que o concretizam ao referir que os dados são acessíveis e públicos livremente e sem necessidade de qualquer interesse e finalidade, completamente ineficazes.

Nesta senda é necessário ponderar a legislação que se encontra em vigor de modo a adaptar o seu conteúdo às novas vicissitudes existentes e à necessidade de proteção dos dados pessoais, criando mecanismos que permitam, por um lado, a tutela destes e, por outro, manter a publicidade dos ficheiros existentes nas bases registais.

Bibliografia

49 “En el caso en que se requiera la información de carácter personal contenida en el expediente, ha de respetarse el derecho a la protección de datos a los titulares de los mismos. En este caso el registrador deberá denegar el acceso a los mismos, en los casos en que el solicitante no presente un interés legítimo y directo y que no se ajuste a la finalidad del Registro”. Cfr. SANTIAGO MARTINEZ, Maite, “Estudio sobre Publicidad Registral y Protección de datos de carácter personal en el Registros de Cooperativas” ... op. cit. p.90.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, Publicidade e Teoria dos Registos, Coimbra, Almedina, 1966.

CALDERÓN NAVARRO, Nelly, ALIAGA HUARIPATA, Luis Alberto, la publicidad registral y el derecho a la intimidad, disponível em <https://iurisperu.wordpress.com/2008/04/25/la-publicidad-registral-y-el-derecho-a-la-intimidad/>

CASTRO, Catarina Sarmento e,

----- “O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de Setembro”, in Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa, Vol. II, Coimbra Editora, 2005.

Direito da Informática, Privacidade e Danos Pessoais, Coimbra, Almedina, 2005;

ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Juan Manuel Herrero de Egaña, Intimidad, tributos y protección de datos personales, Barcelona, 2007;

GONZÁLEZ, José Alberto, A Realidade Registral Predial para Terceiros, Lisboa, Quid Juris, 2006.

GUERREIRO, José Augusto Guimarães Mouteira, Temas de Registos e de Notariado, Coimbra, Almedina, 2010.

HERRÁN ORTIZ, Ana, “El Derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información”, in Cuadernos Desto De Derechos Humanos, N.º26, Universidad de Bilbao, 2002, disponível em <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho26.pdf>.

JARDIM, Mónica, “Registo Imobiliário Constitutivo ou Registo Imobiliário Declarativo/ Consolidativo? Qual Deles Oferece Maior Segurança aos Terceiros?” in Escritos de Direito Notarial e Direito Registral, Coimbra, Almedina, 2015, pp.69-89.

JUSTO, A. Santos, Direitos Reais, 3.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora Wolters Kluwer, 2011.

LOPES, J. de Seabra, Direito dos Registos e do Notariado, 6.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2011.

LOPES, Joaquim Seabra

----- “Publicidade registral e proteção de dados pessoais”, in Jurismat - Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes, N.º6, Portimão, 2015;

----- “Nos Registos Públicos - Um Equilíbrio Delicado”, in Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria, Coimbra Editora, 2003;

MANRIQUE PLAZA, 2010, “El conflicto entre la publicidad registral y la protección de datos personales”, in El Notario, n.º 33.

MARQUES, Garcia, LOURENÇO, Martins, Direito da Informática, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2006.

MASSENO, Manuel David, “Dos Registos na Sociedade em Rede: Apontamentos Iniciais Referentes à Proteção de Dados Pessoais e Segurança da Informação”, in Direito & TI – Porto Alegre / RS, Porto Alegre, 2015, disponível em <http://direitoeti.com>.

br/artigos/dos-registros-na-sociedade-em-rede-apontamentos-iniciais-referentes-a-protecao-de-dados-pessoais-e-seguranca-da-informacao/;

MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Murillo, “La construcción del derecho a la autodeterminación informativa”, in Revista de estudios Políticos, N.º 104, 1999.

POLLICINO, Oresto, DE GREGORIO, Giovanni, Privacy or Transparency? A New Balancing of Interests for the ‘Right to Be Forgotten’ of Personal Data Published in Public Registers, Italian Law Journal 3, 2017, disponível em <https://www.google.com/>

Recebido em: 18.03.2021
Aprovado em: 19.05.2021

Universidade de Lisboa
Portugal

Volume 2, Número 1,
Ano 2
2021

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt

A Aceleração da Tecnologia e Implicações Jurídicas

The Acceleration of Technology and Legal Implications

Vicência Sarkis¹

Sumário: Resumo; Introdução; 1. O Direito e a Tecnologia; 2. As Sentenças e os Emojis; 3. Twitter - #BlackLivesMatter; 4. A Covid-19; 5. Conclusão; Bibliografia.

Resumo: O direito é fruto da vida social. Sendo esta norteadada pelo uso de meios tecnológicos em quase todas as áreas do dia-a-dia, necessita então o direito andar de mãos dadas com a tecnologia. A metodologia seguida resulta da análise dos impactos da tecnologia sobre o direito, com base no levantamento bibliográfico de livros, artigos científicos e sítios de notícias, alcançando também o campo da ciência política. O texto está dividido em quatro partes sendo a primeira, uma abordagem do direito com a tecnologia; na segunda as sentenças e os emojis; a terceira parte, sobre o Twitter e #BlackLivesMatter e por último sobre a Covid-19, todos com ligação e implicações com o direito. No entanto, tem-se como objetivo fazer uma análise dos meios tecnológicos na doutrina do direito, o que tem valor matricial para facilitar a compreensão das principais questões sobre o tema proposto. Pretende-se conhecer a atual evolução do direito relacionado com a evolução da tecnologia, associados à formação legislativa atual, particularmente os objetivos que a lei se propõe tutelar e a agilidade necessária. Procurar-se-á também analisar os meios que foram utilizados para o combate à Pandemia Covid-19 relativo ao teletrabalho e as implicações jurídicas. Segundo a amplitude e dignidade do assunto, abordar-se-ão as vantagens e as vulnerabilidades do ciberespaço para o teletrabalho face à Covid.19, representando tal um desafio jurídico.

Palavras-Chave: Direito, tecnologia, emojis, teletrabalho e Covid-19

Abstract: The law is the fruit of social life. Since this is guided by the use of technological means in almost all areas of daily life, then the law needs to go hand in hand with technology. The method followed results from the analysis of the impacts of technology on law, based on the bibliographic survey of books, scientific articles and news sites, also reaching the field of political science. The text is divided into four parts, the first being an approach to law with technology; in the second, sentences and emojis; the third part, on Twitter and #BlackLivesMatter and finally on Covid-19, all with links and implications with the law. However, the goal is to make an analysis of technological means in the doctrine of law, which has a matrix value to ease the understanding of the main issues on the proposed theme. It is intended to know the current evolution of law related to the evolution of technology, associated with the current legislative formation, particularly the aims that the law proposes to protect and the necessary agility. It will also seek to analyze the means that were used to combat Pandemic Covid-19 related to telework and the legal implications. Depending on the breadth and dignity of the subject, the advantages and vulnerabilities of cyberspace for teleworking against Covid.19 will be addressed, representing such a legal challenge.

¹ Advogada, Mestre em Direito da Empresa pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, mestranda em História do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, contacto vicencia.sarkis@gmail.com

Keywords: Law, technology, emojis, telework and Covid-1

Introdução

Atualmente a vida é formada pela interação entre as pessoas e a tecnologia. Entre estas pessoas, encontram-se com os hackers e os utilizadores, que desejam viver num ambiente de tecnologia aberta e livre, normalmente assente nas redes sociais as quais tentam reinventar a sociedade².

Sempre que a tecnologia, principalmente a Inteligência Artificial, é destinada a beneficiar a humanidade, constata-se ter muitas vantagens que permitem ganhos nunca alcançados. A mesma tecnologia possui também um outro lado em que pode ter um efeito negativo, seja na convivência humana, seja na manipulação da informação que pode representar o ruir na democracia e da civilidade jurídica³.

Inúmeras são as tecnologias já existentes na sociedade como a inteligência artificial (IA)⁴, o blockchain⁵, a realidade virtual e aumentada⁶, os automóveis de condução autónoma, os

2 Cfr. CASTELLS, Manuel, *A galáxia internet – Reflexões sobre internet, negócios e sociedade*, 2ª Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 83.

3 Cfr. PINTO, Eduardo Vera-Cruz, *Filosofia para um Direito em espera. O Jurídico em tempos de Covid-19*. (texto aberto em curso), 2020, p. 11.

4 É um campo de conhecimento relacionado com a linguagem, a inteligência, ao raciocínio, à aprendizagem, e a resolução de problemas. A Inteligência artificial favorece uma simbiose entre o ser humano e a máquina quando adapta sistemas inteligentes ao homem. Ver KAUFMAN, Dora, *A Inteligência artificial irá suplantar a Inteligência Humana?* São Paulo: Estação das Letras e Cores, 2018, p. 11.

5 A moeda Bitcoin foi protagonista de uma verdadeira revolução digital, que deu origem a um sistema de registo que ficou conhecido como blockchain. Ver CONG, Lin William e HE, Zhiguo, *Blockchain Disruption and Smart Contracts*, [Em linha]. [2019]. [Consult. 12 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://academic.oup.com/rfs/article/32/5/1754/5427778>.

6 São tecnologias distintas, a realidade aumentada (RA) é a integração de informações virtuais no mundo real, seria a projeção de imagens em um ângulo maior do que de costume, causando um efeito multiplicador de uma realidade aumentada, como exemplo mais conhecido tem-se o game Pokémon Go, este permite que se observe e possa tirar fotos das famosas criaturas do desenho animado e várias partes da cidade. Outro exemplo muito conhecido pela nova geração, são as fotos que utilizam os filtros do Snapchat e do Instagram Stories, que utilizam sobreposições de animações à visualização real da câmara do telemóvel. Em relação a realidade virtual (RV) é outra tecnologia de interface, que possui a capacidade de ludibriar os sentidos de um utilizador, por meio de um ambiente criado virtualmente, sendo originado por computadores, permitindo o envolvimento completo do utilizador no ambiente que foi criado. Como exemplo de realidade virtual tem-se: as simulações de práticas de desportos radicais, mais comum a montanha-russa, automobilismo e várias outras experiências ligadas as vendas de imóveis e etc. Ver SILVA, Tatiana da, *A Realidade Virtual e Aumentada e o Ensino de Ciências*, [Em linha]. [2019]. [Consult. 12 jun. 2020]. Disponível em DOI: <https://doi.org/10.31417/educitec.v5i10.414>, WWW:<URL: <https://sistemascmc.ifam.edu.br/educitec/index.php/educitec/article/view/414>>.

videojogos, a gamification⁷, o big data⁸, que se desenvolvem rapidamente. A cada dia mais pessoas utilizam-nas de forma a facilitar as suas vidas ou mesmo só para distração, mas, ao sublinharem-se estas tecnologias perdem-se de vista as ruturas que podem surgir na sociedade ficando o direito, baseado nas suas leis gerais e abstratas, com o desafio de as solucionar, fruto da positividade que foi cultuada com o passar do tempo.

1. O Direito e a Tecnologia

Como aspetos propedêuticos sobre a legislação europeia no que toca a matéria em evolução, seguindo o pensamento do que se considera ser o sistema jurídico atual, tem-se como referência o artigo 225º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)⁹, que permite à Comissão Europeia, através de solicitação do Parlamento Europeu, a possibilidade de redigir uma proposta legislativa. Como exemplo, temos o que ocorreu no dia 16 de fevereiro de 2017, onde foi proposta uma recomendação (Diretiva)¹⁰ sobre “Direito Civil e Robótica”. Neste diploma foi reconhecido, dentre outras matérias, que deverão ser direcionados recursos na procura de soluções para os problemas sociais, éticos, jurídicos e económicos que sejam oriundos do desenvolvimento tecnológico no campo da robótica.

A transformação social que a tecnologia favorece acarreta um alto número de utilizadores com o decorrer do tempo. Em 2019 existia na Europa a maior percentagem de telemóveis conectados à Internet, 85% dos mesmos, seguindo-se a América do Norte com 83%, a Comunidade dos Estados Independentes 80%, a América Latina 67%, a Ásia e Pacífico 66%, o Oriente Médio e Norte da África 64% e a África Subsaariana 45%. Sobre os avanços do homem, a implantação do 5G será marcante para a economia, possuindo um investimento de 2,2 mil milhões de dólares na economia mundial nos próximos 15 anos, sendo prevista para 2025 a adoção do

7 Gamification também pode ser chamado de gamificação, é a possibilidade da aplicação de mecânicas que são utilizadas em jogos com a finalidade de para estimular e engajar pessoas. Dado que o objetivo dessa forma estratégica é facilitar a realização de tarefas ou objetivos por meio da motivação, com o auxílio da produtividade e a jornada de compra do cliente. Ver BATISTA, Aron Rodrigo de Carvalho, A Gamificação como Recurso Estratégico de Marketing de Conteúdo: Estudo de caso do Fantasy Game Cartola FC, Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Tocantins, 2018, p. 11, [Em linha]. [2018]. [Consult. 29 ago. 2020]. Disponível em WWW:<URL:

<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjX4MqJ58DrAhXBDGM-BHUcDCfgQFjAGegQIBxAB&url=http%3A%2F%2Frepositorio.uft.edu.br%2Fbitstream%2F11612%2F1011%2F1%2FAron%2520Rodrigo%2520de%2520Carvalho%2520Batista%2520-%2520Disserta%25C3%25A7%-25C3%25A3o.pdf&usg=AOvVaw21Dcy1HbKfcbYhEde2tx> >.

8 São dados estruturados e não estruturados, sendo o acúmulo destes dados, que é fruto do uso das novas tecnologias. Estes metadados ou metainformação são utilizados para auxiliar nas tomadas de decisões por vários setores da economia. Existe uma previsão pela Seagate que até 2025 o volume acumulado de dados chegue a 175 zettabytes. Ver WANG, C. Jason, Big Data Analytics, New Technology, and Proactive Testing, [Em linha]. [2020]. [Consult. 12 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:<https://jamanetwork.com/journals/jama/article-abstract/2762689>>.

9 É o Tratado que organiza o funcionamento da União e determina os domínios, a delimitação e as regras de exercício das suas competências. Ver artigo 1º do TFUE.

10 Diretiva é um ato legislativo que tem como objetivo geral disciplinar matéria, na medida em que todos os países da UE devem alcançar o mesmo resultado. Cabendo a cada país elaborar a sua própria legislação interna. Ver União Europeia, Regulations, Directives and other acts, [Em linha]. [sem ano]. [Consult. 18 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL: https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_en >.

5G por praticamente todo o mundo¹¹.

Não se constata em nenhum momento na história da humanidade nenhuma alteração na sociedade como a que se está a viver neste momento. No âmbito do direito este possui o papel fundamental para tutelar bens jurídicos sólidos frente a vida fluante do ciberespaço.

Como exemplo de adaptação jurídica, tem-se na União Europeia a criação do Observatório Europeu para o 5G, que tem como objetivo acompanhar a comercialização da tecnologia móvel de quinta geração, mais conhecida por 5G.

Também alguns Estados-Membros têm investido na tecnologia blockchain, pois assim conseguem eliminar os intermediários económicos, realizando todas as transações comerciais diretas, ou também conhecidas peer to peer, eliminando os funcionários nos casos de contratação pública, desburocratizando os atos públicos¹².

Se avulta, neste momento, afirmar que as constituições estão a perder forças, na medida em que a era digital se desenvolve, e como é de conhecimento comum, este desenvolvimento é realizado de forma ágil e sem precedentes, sendo a União Europeia exemplo de regulamentação nesta matéria, mesmo sabendo que as leis possivelmente não conseguem e nem conseguirão acompanhar o desenvolvimento tecnológico.

O juiz, sempre que é necessário a aplicação rigorosa da lei, observa que existem, tendencialmente, mais casos difíceis e inéditos de serem solucionados e que já algumas vezes não se podem valer exclusivamente das leis para as soluções dos mesmos, o que vai de encontro com o entendimento dos positivistas¹³. Encontram-se alguns casos que podem se enquadrar nesta situação, porque não existe lei específica para o efeito ou por não acompanhar o desenvolvimento da sociedade, incluindo o desenvolvimento tecnológico. É o caso do reconhecimento facial¹⁴ e a ausência atual da sua regulamentação.

2. As Sentenças e os Emojis

Os Emojis são modos semióticos, sendo um recurso de criação que possui sentido de uso cultural e social, representando diferentes significados, dependendo

11 Revista Veja, 5,1 bilhão de pessoas têm celular no planeta, sendo 204 milhões no Brasil, [Em linha]. [2019]. [Consult. 12 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL: <https://veja.abril.com.br/economia/51-bilhao-de-pessoas-tem-celular-no-planeta-sendo-204-milhoes-no-brasil/> >.

12 Cfr. PINTO, Eduardo Vera-Cruz, Filosofia para um Direito em espera. O Jurídico em tempos de Covid-19. (texto aberto em curso), 2020, p. 12.

13 ALEXY, Robert, Teoria da argumentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 19.

14 É uma tecnologia que se utiliza de um sistema de análise de imagens que consegue reconhecer uma pessoa, analisando o padrão das características da face. Como exemplo, a empresa de tecnologia Clearview AI – realiza o reconhecimento de qualquer pessoa a partir de uma foto, o que levou a algumas polícias do mundo e empresas privadas se utilizarem desta ferramenta tecnológica para encontrar pessoas. A Clearview AI, possui um banco de dados de milhares de milhões de fotos, um jornalista espanhol, se valendo da lei de proteção dos dados, requisitou as suas imagens para ter noção da dimensão da empresa em questão, recebeu 22 imagens dele que foram capturadas a partir do YouTube, LinkedIn e Flickr, algumas imagens do jornalista eram desconhecidas por ele próprio. Ver BARRETO, Diogo, Eles descobrem fotografias suas que nunca viu - e dão-nas à polícia, [Em linha]. [2020]. [Consult. 22 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:<https://www.sabado.pt/mundo/detalhe/eles-descobrem-fotografias-suas-que-nunca-viu---e-dao-nas-a-policia?fbclid=IwAR1BlcxMcaOI5hgOsTDZ4xWJftfpENjoR-Gs9C0MCbJXlkBFs7FcMcs0Cu8> >.

de como são utilizados na atual comunicação. A fala, a escrita, os gestos e as imagens são exemplos de modos semióticos, sendo as características construídas e reconstruídas na vida social, existindo uma tendência para a variação conforme o desenvolvimento social e a cultural¹⁵.

Os emojis são de fácil acesso, sendo criados pelas empresas, utilizados e partilhados pelos utilizadores normalmente através das redes sociais, proporcionando a colaboração, conexão e interação ativa e constante de tudo que é compartilhado em rede¹⁶.

No contexto de hiperconexão que a tecnologia favorece, é inevitável que os emojis cheguem aos tribunais criando inúmeras situações que não estejam previstas na lei, onde os juízes necessitam julgar conforme seja mais coerente o caminho até à justiça do caso. Como exemplo destes casos, observa-se os emojis¹⁷ que são usados para expressar conceitos e ideias, considerando-se possuírem conteúdo emocional. O Instagram, em 2015¹⁸, informou que quase a metade das comunicações realizadas nesta plataforma foram exclusivamente de emojis, este facto é o resultado do protagonismo das redes sociais. Exemplo de questões judiciais envolvendo emojis, temos casos em Israel, EUA, França e Portugal.

Em Israel, um casal depois de visitar uma casa que estava para arrendar e negociar sobre as condições para a realização contratual, saindo satisfeito do local, trocou no dia seguinte emojis com o corretor de imóveis, sendo eles uma cara de felicidade, o sinal da sorte, uma garrafa de champagne, entre outros. Assim, o corretor, teve o entendimento que tinha fechado negócio e retirou o anúncio do jornal. O casal deixou de enviar mensagens, não concretizando o negócio. O proprietário do imóvel acabou por entrar com uma ação no Tribunal, usou os emojis festivos como prova da intenção do casal e a boa-fé que apresentaram, alegando que segundo as últimas mensagens, se tinha realizado o negócio. O juiz condenou o casal a pagar uma indemnização de US\$ 2.200 ao proprietário do imóvel. A sua fundamentação para esta decisão foi a de que os seis emojis enviados transmitiam uma imagem de otimismo, mesmo sabendo que a mensagem não poderia vincular ou caracterizar um contrato entre as partes¹⁹.

A comunicação está a evoluir com a tecnologia. Os emojis formam uma parte desta comunicação, sendo a tendência voltada para a prova em tribunal com base de que existe alguma intenção por detrás dos ícones, não podendo ser descaracterizada a sua importância.

O costume é o génio inconsciente do povo que acha em si mesmo a revelação

15 Cfr. JEWITT, C.; BARRY B. (org.) *The SAGE, handbook of digital technology research*, Los Angeles: SAGE Publications Ltd., 2013, p. 250-265.

16 McCAY-PEET, L. e QUAN-HAASE, A., *What is social media and what questions can social media research help us answer*. In SLOAN, L. e QUAN-HAASE, A. (org.), *The SAGE handbook of social media research methods*, Los Angeles: SAGE, 2017, p. 13-26.

17 Cfr. NOVAK, Petra Kralj, SMAILOVIĆ, Jasmina, SLUBAN, Borut e MOZETIČ, Igor, *Sentiment of Emojis*, [Em linha]. [2015]. [Consult. 18 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL: <https://journals.plos.org/plosone/article%3Fid%3D10.1371/journal.pone.0144296>>.

18 Idem, ibidem.

19 Cfr. PEREIRA, Leonardo, *Emojis são usados como prova em tribunal*, [Em linha]. [2017]. [Consult. 12 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:<https://olhardigital.com.br/noticia/emojis-sao-usados-como-prova-em-tribunal/68426>>.

do direito²⁰. Assim, existe uma necessidade de adaptação do direito aos costumes, não somente adaptação legislativa, mas a adaptação de mentalidades dos operadores do direito.

Nos EUA por outro lado, o número de casos em tribunal com este tipo de mensagens foi de 33 em 2017, 53 em 2018 e 50 casos em 2019²¹. O entendimento do tribunal sobre o que significavam os emojis nestes casos, foi o de serem utilizados para disfarçar ameaças, sendo o argumento principal dos advogados de defesa que, “o meu cliente estava apenas a brincar”.

Dependendo da cultura e do país, as interpretações dos emojis também podem variar, não podendo existir leis rígidas para analisar este tipo de questões. Em países de grande dimensão poderão existir inúmeros significados de um mesmo ícone dentro do mesmo país.

No direito penal e contratual, são mais habituais as questões das imagens levadas ao tribunal que possam representar uma ameaça ou não. Por exemplo, sobre um emoji de uma pistola, a Apple em 2016 trocou esta por uma pistola de água²². Outras empresas mantiveram a figura da pistola, sendo de entendimento o sentido de ameaça, até que estas resolveram aderir à iniciativa da Apple²³. Não é de se estranhar que os emojis tenham invadido os tribunais, dado que o seu uso se tornou habitual, com 92% da população on-line a usarem-nos. Desde 2016 foram criadas 2,3 mil milhões de novas mensagens móveis com emojis²⁴. Como os hábitos de comunicação estão a ser alterados, existe uma tendência a serem usados como prova em litígios nos tribunais, mas não somente como acusação, sendo também usadas para inocentar pessoas.

Existe então uma tendência dominante na evolução das relações sociais, que tem como uma característica o auge do individualismo, e que acaba por resultar na publicação dos sentimentos online, como por exemplo num outro caso que ocorreu em Nova York em 2018²⁵, em que um polícia se sentiu ameaçado por um adolescente de 17 anos na medida em que este postou no Facebook alguns emojis de pistolas apontadas a uma figura de polícia. Sendo instaurado um processo em tribunal, a acusação alegou que os ícones representavam uma ameaça para os polícias, causando intimidação a estes. Como defesa o advogado do adolescente alegou que

20 Cfr. CRUET, Jean, *A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis*, 2ª Ed., Lisboa: Antigas Livrarias Aillaud e Bertrand, S/ano, p. 169.

21 Revista Galileu, *Emojis estão confundindo juizes sobre intenções dos réus nos EUA*, [Em linha]. [2019]. [Consult. 12 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL: <https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2019/07/emojis-estao-confundindo-juizes-sobre-intencoes-dos-reus-nos-eua.html>>.

22 Cfr. HARRISON, Stephen, *How Emojis Have Invaded the Courtroom*, [Em linha]. [2019]. [Consult. 12 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL: <https://slate.com/technology/2019/11/emoji-court-cases-crime-free-speech-contract-law.html>>.

23 Cfr. LEE, Dami, *Emoji are showing up in court cases exponentially, and courts aren't prepared*, [Em linha]. [2019]. [Consult. 12 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL: <https://www.theverge.com/2019/2/18/18225231/emoji-emoticon-court-case-reference>>.

24 Cfr. Revista Galileu, *Emojis estão confundindo juizes sobre intenções dos réus nos EUA*, [Em linha]. [2019]. [Consult. 12 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL: <https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2019/07/emojis-estao-confundindo-juizes-sobre-intencoes-dos-reus-nos-eua.html>>.

25 Cfr. FLORES, Héctor Ivar Hidalgo, *Los emojis ante los tribunales*, [Em linha]. [2019]. [Consult. 22 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL: https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=9555#.Xuu_aKWvNdk.whatsapp>.

não existia uma ameaça de facto, uma vez que o adolescente se sentia triste devido a uma experiência, não existindo uma ameaça de verdade. O resultado do julgamento foi que o júri optou por inocentá-lo, não ficando claramente explicada as intenções do adolescente.

A tecnologia possui também como característica um potencial para ser desagregadora, o limite da realidade e da ficção está no centro das relações oriundas de conflitos online. Quem não tem o verdadeiro entendimento das relações no ciberespaço, não sabe que este pode tornar as pessoas solitárias e violentas, perdendo força a condição humana²⁶.

Em França o primeiro processo em que foi usado os emojis como centro do litígio foi no ano de 2016²⁷, quando um homem foi condenado a três meses de prisão por ter enviado alguns emojis de pistola ao seu ex-companheiro. Casos similares têm acontecido pelo resto do mundo.

Na origem da utilização de emojis estes eram apenas um simples ornamento nas conversas cibernéticas, tornando-se uma parte da forma de comunicar atualmente, não podendo ser desconsiderados, dado a importância que ganharam com o passar do tempo, passando a constar nos processos judiciais.

Em Portugal, no Tribunal de Sintra, foi julgado um processo que rezava sobre crimes de homicídio qualificado e de detenção de arma proibida, e que teve como uma das provas para o alcance da verdade, a visualização de mensagens através da aplicação WhatsApp, que possuía um teor descontraído e bem-disposto sobre o futuro, e sendo analisado em várias mensagens ‘emojis’ de ‘riso e gargalhada²⁸. Mais tarde foi verificado que estas mensagens não representavam a realidade da situação, sendo colocadas propositadamente para dar uma outra imagem dessa realidade. Exemplos como estes estão a cada dia mais presentes na realidade jurídica atual.

O ciberespaço está a converter-se então num terreno fértil de situações de utilização de emojis para acusação ou defesa em tribunal, caracterizando a vida em sociedade que está a migrar de certa forma para o ambiente virtual, não devendo atualmente existir a ideia de que o ciberespaço é um “mundo” sem justiça.

Também existe uma tendência mundial na utilização destes emojis para o cometimento de crimes de assédio sexual, injúria racial e ameaça de morte.

Existe o entendimento de um magistrado do Brasil que os emojis são “um pictograma ou ideograma que nada mais é do que uma imagem que transmite a ideia de uma palavra”²⁹. Sendo esta palavra usada para manifestar sentimentos humanos frente a variadíssimas situações, devendo, então, ser considerada importante para a descoberta da verdade. O direito deve adaptar-se à sociedade atual, pois, não há

26 Cfr. PINTO, Eduardo Vera-Cruz, Filosofia para um Direito em espera. O Jurídico em tempos de Covid-19. (texto aberto em curso), 2020, p. 14.

27 Cfr. ROSO, Vicente, Los emojis llegan a los tribunales como prueba (o no) en los juicios, [Em linha]. [2019]. [Consult. 22 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL: <https://www.larazon.es/tecnologia/los-emojis-llegan-a-los-tribunales-como-prueba-o-no-en-los-juicios-AF23401122/?outputType=amp> >.

28 Cfr. VISÃO, Militar acusado de matar outro com G-3 conhece hoje acórdão em Sintra, [Em linha]. [2020]. [Consult. 07 set. 2020]. Disponível em WWW:<URL: <https://visao.sapo.pt/atualidade/politica/2020-03-09-militar-acusado-de-matar-outro-com-g-3-conhece-hoje-acordao-em-sintra/> >.

29 Cfr. MAGENTA, Matheus, Usados como ofensas na crise do PSL, emojis já servem de provas em casos na Justiça, [Em linha]. [2019]. [Consult. 08 set. 2020]. Disponível em WWW:<URL: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-50145565>>.

perspetiva de retrocesso tecnológico.

Desta forma, a sociedade evolui e naturalmente o judiciário deve evoluir junto, sendo os operadores do direito as pessoas que não podem esquivar-se desta realidade, pois são estas pessoas que devem “lutar” pela concretização da justiça. Esta deverá ser um farol para que todos os que trabalham nela se possam inspirar e trabalhar adaptando à realidade. Desta forma a tecnologia deve integrar-se ao “mundo jurídico”. Nota-se que a realidade, ainda é muito diferente. A prova desta afirmação é simples, sem querer desdourar a magnitude do assunto, bastando verificar em qualquer livraria em Portugal sobre a existência de bibliografia sobre direito e tecnologia, dentro da área jurídica, assim como existe para outras matérias, esta não existe. Observa-se um reduzido número de obras gerais sobre o tema, bem como a ausência de livros específicos sobre tecnologia e direito.

Este fenómeno ininteligível é fruto da falta de interesse no tema, o que é difícil de compreender dado que a tecnologia está em todo lado e os conflitos que envolvem meios tecnológicos, sejam provas ou conflitos online, que são o início de lides em tribunal ou mesmo crimes cibernéticos, estão a aumentar.

O direito deve sim ser pensado com tecnologia, pois a inteligência não-humana, que se apresenta de difícil controlo pelas pessoas, poderá no futuro alterar a noção de privacidade e segurança. O direito da cibersegurança é então fortemente candidato para tornar uma exigência horizontal no exercício das profissões jurídicas³⁰.

As faculdades atualmente não ensinam aos universitários temas importantes, como criptomoedas, blockchain, legal design, visual law, soft skills, hard skills, direito para startups, e-commerce, compliance, marketing jurídico digital, inteligência artificial, noção de algoritmos, sendo a lista longa. No entanto o direito deve ser o reflexo da realidade da sociedade atual, pois é ele quem litiga em tribunal as questões do seu tempo.

Observa-se que se está num momento indiscutível de avanço do pensamento jurídico em relação à sociedade tecnológica, sendo, no entanto, o direito alicerçado numa sólida tradição jurídica, o que resulta nalguma dificuldade de adaptação.

3. Twitter - #BlackLivesMatter

A etiqueta computacional hashtag realiza o rastreamento de dados e o mapeamento de todo conteúdo marcado dependente do volume e de compartilhamentos. O hashtag que é mais utilizado é o que permite ser visualizado local ou globalmente por um curto período, dando origem aos Trending Topics (TT)³¹.

Como mais um exemplo de como existe uma adaptação rápida às facilidades dos meios tecnológicos para diferentes finalidades, tem-se o Twitter.

30 Cfr. PINTO, Eduardo Vera-Cruz, Filosofia para um Direito em espera. O Jurídico em tempos de Covid-19. (texto aberto em curso), 2020, p. 13.

31 Cfr. ZAPPAVIGNA, M., Discourse of Twitter and social media: how we use language to create affiliation on the web, London: Continuum International Publishing Group, 2012, p. 12.

No caso da morte de George Floyd³² foi criado o hashtag ³³#BlackLivesMatter, que foi uma forma de protesto em relação as mortes de pessoas negras americanas pela polícia. Foi revelado através do estudo do Pew Research Center³⁴, que este hashtag foi utilizado 47,8 milhões de vezes no Twitter no período analisado, com uma média de 3,7 milhões de vezes por dia, compreendido entre o dia 26 de maio a 7 de junho de 2020. No dia a seguir à morte de George Floyd, existiram cerca de 218.000 tweets contendo o hashtag #BlackLivesMatter, e que passou para 1 milhão o uso diário em 27 de maio. No dia 28 foram registados quase 8,8 milhões de tweets possuindo o referido hashtag, resultando no maior número de tweets para esta causa num único dia. Após esta data, a média foi de 2 milhões diários até o dia 7 de junho de 2020³⁵.

O ambiente digital oferece grandes oportunidades de debates, conseguindo dar voz a todas as pessoas nos mais variados assuntos, como no caso dos movimentos sociais contra o racismo que possuem como principal e importante aliado o meio online, que se apresenta muito eficiente na divulgação de situações de injustiça social.

4. A Covid-19

Foi marcante a pandemia Covid-19 que paralisou e alterou a forma de como o mundo funciona, obrigado a mudar hábitos e conceitos estabelecidos.

Muito a humanidade se preocupou com as guerras³⁶ e os meios para combatê-las, criando tecnologia especial para esta finalidade. Mas não são somente as guerras que representam o perigo de extinção da humanidade, neste momento observa-se

32 No dia 25 de maio de 2020, em Minneapolis, foi morto um homem negro desarmado, por um polícia americano enquanto estavam sob custódia deste.

33 Hashtags são palavras-chave de determinado assunto que é antecedida pelo símbolo cerquilha (#). A finalidade das hashtags são criar hiperlinks dentro da internet. Dado que são indexáveis pelos motores de buscas, facilitando o acesso na rede a todas as pessoas. Por exemplo, no Twitter os hashtags mais utilizadas são agrupadas no menu Trending Topics, encontrado na barra lateral da página. MOURA, Fernanda Costa, Proliferação das #hashtags: lógica da ciência, discurso e movimentos sociais contemporâneos, [Em linha]. [2014]. [Consult. 19 ago. 2020]. Disponível em WWW:<URL: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1516-14982014000300012&script=sci_arttext&lng=pt >.

34 O Pew Research Center é uma organização sem fins lucrativos, apartidários e não-promotores, que possui como finalidade a pesquisa relacionada com os problemas, as atitudes e as tendências contemporânea. Se ocupa em realizar pesquisas sobre opinião pública, demográfica, de ciências sociais, entre outras. Ver Pew Research Center, About Pew Research Center, [Em linha]. [2020]. [Consult. 22 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL: <https://www.pewresearch.org/about/> >.

35 Cfr. ANDERSON, Monica, BARTHEL, Michael, PERRING, Andrew e VOGELS, Emily A., #BlackLivesMatter surges on Twitter after George Floyd's death, [Em linha]. [2020]. [Consult. 22 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL: <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2020/06/10/blacklivesmatter-surges-on-twitter-after-george-floyds-death/> >.

36 Somente como exemplo, que remota há muito tempo em que vários foram os autores que escreveram sobre as guerras, no âmbito português tem-se como exemplo D. Caetano de Lencastre, no ano de 1877, com o livro Considerações sobre alguns pontos do Direito Internacional; Vicente Almeida D'êça, no ano de 1885, com a monografia Questões de Direito Internacional. Do exercício da Pesca Marítima; Albertino da Veiga Preto Pacheco, em 1898, publicou o livro A Guerra e o Direito Internacional Moderno que foi fruto de uma conferência nas noites de 25 de fevereiro e 9 de abril de 1898. Constatou-se que no início do século XX, com preocupação os acontecimentos nos finais do século XIX, publicou A. Cruz da Rocha Peixoto uma obra com o nome de Os Conflitos Internacionais ao Princípio do Século XX, em que fez uma análise de várias situações conflituosas nos vários continentes. Já autores mais modernos são inúmeros, devido a preocupação com a extinção da humanidade e o alcance da paz. Ver FREITAS, Pedro Caridade de, Portugal e a Comunidade Internacional – na segunda metade do século XIX, Lisboa: Quid Jus, 2012, p, 161.

que de facto possa existir um coronavírus que tenha esse poder.

Com a Covid-19 as pessoas perceberam que o mundo depende da colaboração entre todos, onde não existe mais lugar para preocupações individualistas, onde o outro é tão importante como o eu, desde a atenção ao uso de máscaras ao distanciamento social, dos cientistas que estão a desenvolver a vacina, às pessoas que trabalham nos serviços essenciais que permitiram a milhares de milhões de pessoas ficarem nas suas casas em teletrabalho, o que resultou numa “obra coletiva humana” que dependeu da colaboração de todas as pessoas que passou a ser estabelecida do futuro.

As redes sociais permitiram também que as pessoas pudessem opinar sobre todas as questões atuais relacionadas com a Covid-19, com maior confrontação entre opiniões diferentes. No entanto muitas vezes nas redes sociais existe apenas um pequeno grupo de pessoas ativas, com a maioria das pessoas a “irem atrás”. Defende-se, e com expressão, bem eloquente, que existe o perigo de divulgação de informações falsas o que pode representar consequências devastadoras na sociedade, sendo um verdadeiro retrocesso do pensamento humano. Um exemplo preeminente sobre o controlo do conteúdo de sites de saúde tem-se a Suíça. Este Estado possui um site regulador com rígidas regras de adequação no que toca a avaliação da qualidade de páginas de saúde. É uma proposta do Health On the Net (HON) Foundation, uma organização de carácter não governamental. Esta Fundação concede um certificado de qualidade para páginas que conseguem cumprir com o padrão de qualidade estabelecido³⁷.

Observa-se que a Covid-19 obrigou à necessidade de uma força conjunta em todos os aspetos como a cidadania, a cooperação mútua, além das medidas adotadas pelos Estados para que se alcance a saúde pública antes estabelecida.

A união entre os povos é marcada entre todas as pessoas que já sabem quais medidas devem ser tomadas, mas também pelos órgãos de soberanias estatais, o Governo unido com a Presidência da República unida com o Parlamento, porque unir todos neste momento é muito mais importante do que qualquer outro motivo que separe as pessoas em diferentes grupos³⁸. A união aludida é referente a todas os cidadãos e principalmente o Estado português e todos os que fazem parte deste.

Com a Covid-19 muitas foram as questões em que o direito foi desafiado, sendo uma delas a questão do teletrabalho.

O teletrabalho apresentou-se como uma solução, que de exceção passou a ser regra, desafiando não só o direito como a cibersegurança na medida em que os empregadores encaminharam os seus empregados para realizarem as suas funções a partir das suas casas. Estes passaram a utilizar as redes domésticas, que são menos seguras, para realizarem atividades profissionais, o que resultou na necessidade de adaptação e manutenção pelas empresas de um sistema remoto.

Verificou-se a necessidade de investimento na informação sobre as fragilidades

37 Cfr. Health On the Net (HON) Foundation, [Em linha]. [2020]. [Consult. 11 fev. 2021]. Disponível em WW:<URL: <https://www.hon.ch/en/>>.

38 Agradecimento do Presidente de Portugal Marcelo Rebelo de Sousa ao referir-se sobre a união que Portugal adotou para enfrentar a Covid-19, Vieira do Minho TV, COVID-19: Mensagem do Presidente da República, [Em linha]. [2020]. [Consult. 20 jul. 2020]. Disponível em WW:<URL:<https://youtu.be/VcOfNfER17A>>.

das redes fruto da pandemia da Covid-19 e o aumento do nível da defesa quanto às ameaças cibernéticas nesse período pandêmico³⁹.

Na pandemia Covid-19 foi constatado o aumento de ataques cibernéticos, fruto da fragilidade das pessoas, falta de segurança das redes domésticas, aliado à falta de informação tanto das pessoas que não estão em teletrabalho como das que estão.

Como exemplo destes ataques tem-se algumas entidades criminosas que se apresentaram como balcão de atendimento de sítios falsos de informação da COVID-19, com a intenção de enganar e beneficiar da fragilidade das pessoas para o cometimento de crimes⁴⁰. São assim criadas muitas formas de aproveitamento da situação de fragilidade da saúde e dos sistemas para obter vantagens ilícitas.

Outra alteração marcante na sociedade com a Covid-19 foi a alteração dos hábitos das pessoas em relação ao consumo. No Brasil por exemplo, passou-se a realizar compras online através do WhatsApp. O aumento durante o início da Covid-19 destas compras foi de 31%, tendo como objetivo inicial a compra de itens frescos, principalmente as carnes com um aumento de 18%, com frutas e verduras com aumento 23%⁴¹. Ainda não se sabe se este hábito permanecerá após a pandemia, representando, porém, uma mudança de paradigma no setor do comércio, com todas as implicações jurídicas de tal situação.

Conclusões

O direito e a tecnologia são indissociáveis, na medida em que os dois são fenômenos sociais. Porém, há a necessidade de ser facultada maior importância no campo jurídico, dado que, se os advogados, os juízes, os professores das faculdades de direito e os profissionais da justiça, trabalham com processos digitais, assinaturas digitais, etc., como já é comum, sendo no entanto importante ter-se a consciência de que é necessário não se renderem à desumanização ou à dependência destes meios, também devem existir precauções quanto aos crimes que utilizam recursos tecnológicos e a que todos estão suscetíveis.

As leis, com os seus ritos próprios, não têm conseguido acompanhar o desenvolvimento da tecnologia, mas nos casos em que elas possuem juridicidade e conseguem legislar para o futuro, seriam a mais segura das formas de se garantir segurança jurídica.

A tecnologia apresenta-se, no entanto, como uma potencial ferramenta para a influência de pensamento e reestruturação da sociedade, que tende a ser uma sociedade de controlo, seja pelas grandes empresas, seja pelo Estado. Cabe aos

39 Cfr. MIKKELSEN, Daniel, SOLLER, Henning, e STRANDELL-JANSSON, Malin, Privacy, security, and public health in a pandemic year, [Em linha]. [2020]. [Consult. 18 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://www.mckinsey.com/business-functions/risk/our-insights/privacy-security-and-public-health-in-a-pandemic-year?cid=other-eml-alt-mip-mck&hlkid=7f851c51db664579a8d4cc1fcee20100&hctky=1390159&hdpid=8f5152-c4-ef48-4bb0-ad6f-8d44e4dd36fa#>.

40 Idem, ibidem.

41 CHENG, Diana, Um terço dos brasileiros já faz compras via WhatsApp, revela pesquisa, [Em linha]. [2020]. [Consult. 08 set. 2020]. Disponível em WWW:<URL: https://www.moneytimes.com.br/um-terco-dos-brasileiros-ja-faz-compras-via-whatsapp-revela-pesquisa/?fbclid=IwAR2pgzxx6HpeKUPcfb8DU8cinscL97ennmlcQMwanxrtDMSQnDsBLDmOTtc >.

profissionais do direito adaptarem os meios necessários para garantir uma vida em sociedade em que a justiça seja a finalidade a ser alcançada.

A pandemia Covid-19 acelerou a sociedade à adaptação aos meios tecnológicos, mostrando que a vida deve ser em colaboração de todos e não no individualismo que muitas pessoas vivem. Também veio mostrar que muitas leis vigentes não conseguem tutelar situações emergenciais, que não legislam para o futuro e sim para o imediatismo. Como exemplo tem-se o fluxo legislativo da Covid-19 em Portugal⁴², observando-se que foram produzidos mais de 88 documentos com finalidade de estabelecer como devem ser as relações laborais no âmbito da pandemia e do teletrabalho, com a proliferação de decretos-lei, leis, recomendações, resoluções do Conselho de Ministros, portarias, despachos, declarações de retificação, e decretos presidenciais, que demonstraram uma grande situação de incerteza tanto pela parte dos empregadores quanto dos empregados.

O confinamento causou uma maior procura pelos meios tecnológicos para a obtenção de informação, com a Covid-19 as redes sociais passaram a ser uma opção para a comunicação de políticos, celebridades, autoridades entre outros. O Twitter foi o líder⁴³ das redes sociais, sendo a mais utilizada pelas entidades oficiais dos diversos países para transmitir informação atual em tempo real no âmbito da situação de pandemia.

Com a pandemia observou-se então a aceleração de uma tendência que já estava presente na sociedade, que era a migração do desempenho de atividades para o online, muitas já comuns como por exemplo a comunicação entre pessoas nas

42 A legislação produzidas entre o dia 2 de março até 15 de agosto de 2020 foram estas: Despacho n.º 2836-A/2020, Despacho n.º 2875-A/2020, Decreto-Lei n.º 10-A/2020 – Diário da República n.º 52/2020, Resolução do Conselho de Ministros n.º 10-A/2020, Despacho n.º 3299/2020, Portaria n.º 71-A/2020, Portaria n.º 71/2020, Declaração de Retificação n.º 11-A/2020, Despacho n.º 3301-A/2020, Despacho n.º 3301-C/2020, Resolução do Conselho de Ministros n.º 10-B/2020, Declaração de Retificação n.º 11-B/2020, Declaração de Retificação n.º 11-C/2020, Resolução do Conselho de Ministros n.º 10-C/2020, Portaria n.º 73-A/2020, Despacho n.º 3372-B/2020, Despacho n.º 3372-C/2020, Despacho n.º 3427-A/2020, Despacho n.º 3427-B/2020, Portaria n.º 76-B/2020, Portaria n.º 71-A/2020, Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, Resolução da Assembleia da República n.º 15-A/2020, Resolução do Conselho de Ministros n.º 10-D/2020, Despacho n.º 3485-C/2020, Lei n.º 1-A/2020, Decreto n.º 2-A/2020, Despacho n.º 3614-D/2020, Decreto-Lei n.º 10-G/2020, Decreto-Lei n.º 10-J/2020, Decreto-Lei n.º 10-K/2020, Decreto-Lei n.º 10-F/2020, Despacho n.º 3863-B/2020, Declaração de Retificação n.º 14/2020, Portaria n.º 82/2020, Portaria n.º 82-C/2020, Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020, Resolução da Assembleia da República n.º 22-A/2020, Decreto n.º 2-B/2020, Resolução do Conselho de Ministros n.º 18-B/2020, Portaria n.º 85-A/2020, Lei n.º 4-A/2020, Lei n.º 4-B/2020, Lei n.º 4-C/2020, Decreto-Lei n.º 12-A/2020, Portaria n.º 88-D/2020, Portaria n.º 88-E/2020, Lei n.º 5/2020, Lei n.º 6/2020, Lei n.º 7/2020, Lei n.º 8/2020, Lei n.º 9/2020, Despacho n.º 4395/2020, Despacho n.º 4396/2020, Decreto-Lei n.º 14-D/2020, Despacho n.º 4460-A/2020, Decreto-Lei n.º 14-F/2020, Portaria n.º 94-A/2020, Decreto do Presidente da República n.º 20-A/2020, Resolução da Assembleia da República n.º 23-A/2020, Decreto n.º 2-C/2020, Portaria n.º 97/2020, Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-A/2020, Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-C/2020, Decreto-Lei n.º 20/2020, Declaração de Retificação n.º 18-C/2020, Decreto-Lei n.º 20-C/2020, Decreto-Lei n.º 20-G/2020, Decreto-Lei n.º 20-H/2020, Resolução do Conselho de Ministros n.º 38/2020, Despacho n.º 5897-B/2020, Despacho n.º 5897-A/2020, Lei n.º 18/2020, Lei n.º 16/2020, Resolução do Conselho de Ministros n.º 40-A/2020, Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2020 – DRE, Resolução do Conselho de Ministros n.º 43-B/2020, Decreto-Lei n.º 27-B/2020, Portaria n.º 160/2020, Resolução do Conselho de Ministros n.º 51-A/2020, Portaria n.º 170-A/2020, Resolução do Conselho de Ministros n.º 53-A/2020, Decreto-Lei n.º 37/2020, Despacho n.º 7254-A/2020, Decreto-Lei n.º 46-A/2020, Resolução do Conselho de Ministros n.º 55-A/2020, Lei n.º 29/2020 e Lei n.º 31/2020 de 11 de agosto. Ver DGERT – Direção – Geral de Emprego e das Relações de Trabalho, Legislação relacionada com a COVID-19, [Em linha]. [2020]. [Consult. 20 ago. 2020]. Disponível em WWW:<URL: <https://www.dgert.gov.pt/covid-19/legislacao-relacionada-com-a-covid-19>>.

43 TOMÉ, João, Twitter. Pode uma rede social ser fulcral em tempos de pandemia (Covid-19), [Em linha]. [2020]. [Consult. 08 set. 2020]. Disponível em WWW:<URL: <https://www.dinheirovivo.pt/geral/twitter-pode-uma-rede-social-ser-fulcral-para-a-pandemia-covid-19/>>.

redes sociais, outras não tanto comuns, como o teletrabalho por exemplo.

Existe a necessidade, ainda mais agora e no mundo pós-pandemia, que o direito se apresente como um meio eficaz para amparar direitos que podem ser violados pelos utilizadores no ciberespaço, sejam estes privados, sejam públicos.

Bibliografia

ALEXY, Robert, Teoria da argumentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ANDERSON, Monica, BARTHEL, Michael, PERRING, Andrew e VOGELS, Emily A., #BlackLivesMatter surges on Twitter after George Floyd's death, [Em linha]. [2020]. [Consult. 22 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL: <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2020/06/10/blacklivesmatter-surges-on-twitter-after-george-floyds-death/>>.

BARRETO, Diogo, Eles descobrem fotografias suas que nunca viu - e dão-nas à polícia, [Em linha]. [2020]. [Consult. 22 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL: <https://www.sabado.pt/mundo/detalhe/eles-descobrem-fotografias-suas-que-nunca-viu---e-dao-nas-a-olicia?fbclid=IwAR1BlcxMcaOI5hgOsTDZ4xWJtftpENjoR-Gs9C0MCbJXLkBFs7FcMcs0Cu8>>.

BATISTA, Aron Rodrigo de Carvalho, A Gamificação como Recurso Estratégico de Marketing de Conteúdo: Estudo de caso do Fantasy Game Cartola FC, Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Tocantins, 2018, p. 11, [Em linha]. [2018]. [Consult. 29 ago. 2020]. Disponível em WWW:<URL:

<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjX4MqJ58DrAhXBDGMBHUcDCfgQFjAGegQIBxAB&url=https://www.repositorio.uft.edu.br/bitstream/2F11612/2F1011/2F1%2FAron%2520Rodrigo%2520de%2520Carvalho%2520Batista%2520-%2520Disserta%25C3%25A7%25C3%25A3o.pdf&usq=AOvVaw21Dcy1HBKfcbYhEDEle2tx>>.

CASTELLS, Manuel, A galáxia internet – Reflexões sobre internet, negócios e sociedade, 2ª Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

CHENG, Diana, Um terço dos brasileiros já faz compras via WhatsApp, revela pesquisa, [Em linha]. [2020]. [Consult. 08 set. 2020]. Disponível em WWW:<URL: <https://www.moneytimes.com.br/um-terco-dos-brasileiros-ja-faz-compras-via-whatsapp-revela-pesquisa/?fbclid=IwAR2pgzxx6HpeKUPcfb8DU8cinscL97ennmlcQMwanxrtDMSQnDsBLDmOTtc>>.

CONG, Lin William e HE, Zhiguo, Blockchain Disruption and Smart Contracts, [Em linha]. [2019]. [Consult. 12 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL: <https://academic.oup.com/rfs/article/32/5/1754/5427778>>.

CRUET, Jean, A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis, 2ª Ed., Lisboa: Antigas Livrarias Aillaud e Bertrand, S/ano.

DGERT – Direção – Geral de Emprego e das Relações de Trabalho, Legislação

relacionada com a COVID-19, [Em linha]. [2020]. [Consult. 20 ago. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://www.dgert.gov.pt/covid-19/legislacao-relacionada-com-a-covid-19>.

FLORES, Héctor Ivar Hidalgo, Los emojis ante los tribunales, [Em linha]. [2019]. [Consult. 22 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL: https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=9555#.Xuu_aKWvNdk.whatsapp>.

FREITAS, Pedro Caridade de, Portugal e a Comunidade Internacional – na segunda metade do século XIX, Lisboa: Quid Jus, 2012, p, 161.

GALILEU, Emojis estão confundindo juízes sobre intenções dos réus nos EUA, [Em linha]. [2019]. [Consult. 12 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL: https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2019/07/emojis-estao-confundindo-juizes-sobre-intencoes-dos-reus-nos-eua.html>.

HARRISON, Stephen, How Emojis Have Invaded the Courtroom, [Em linha]. [2019]. [Consult. 12 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL: https://slate.com/technology/2019/11/emoji-court-cases-crime-free-speech-contract-law.html >.

Health On the Net (HON) Foundation, [Em linha]. [2020]. [Consult. 11 fev. 2021]. Disponível em WW:<URL: https://www.hon.ch/en/>.

JEWITT, C.; BARRY B. (org.) The SAGE handbook of digital technology research. Los Angeles: SAGE Publications Ltd., 2013.

KAUFMAN, Dora, A Inteligência artificial irá suplantar a Inteligência Humana? São Paulo: Estação das Letras e Cores, 2018.

LEE, Dami, Emoji are showing up in court cases exponentially, and courts aren't prepared, [Em linha]. [2019]. [Consult. 12 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL: https://www.theverge.com/2019/2/18/18225231/emoji-emoji-court-case-reference >.

MAGENTA, Matheus, Usados como ofensas na crise do PSL, emojis já servem de provas em casos na Justiça, [Em linha]. [2019]. [Consult. 08 set. 2020]. Disponível em WWW:<URL: https://www.bbc.com/portuguese/geral-50145565>.

McCAY-PEET, L. e QUAN-HAASE, A., What is social media and what questions can social media research help us answer. In SLOAN, L. e QUAN-HAASE, A. (org.), The SAGE handbook of social media research methods, Los Angeles: SAGE, 2017.

MOURA, Fernanda Costa, Proliferação das #hashtags: lógica da ciência, discurso e movimentos sociais contemporâneos, [Em linha]. [2014]. [Consult. 19 ago. 2020]. Disponível em WW:<URL: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1516-14982014000300012&script=sci_arttext&tlng=pt >.

MINHO TV, COVID-19: Mensagem do Presidente da República, [Em linha]. [2020]. [Consult. 20 jul. 2020]. Disponível em WW:<URL:https://youtu.be/VcOfnFERI7A>.

MIKKELSEN, Daniel, SOLLER, Henning, e STRANDELL-JANSSON, Malin, Privacy, security, and public health in a pandemic year , [Em linha]. [2020]. [Consult. 18 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://www.mckinsey.com/business-functions/risk/our-insights/privacy-security-and-public-health-in-a-pandemic-year?cid=other-eml-alt-mip-mck&hlkid=7f851c51db664579a8d4cc1fcee20100&hctky=1390159&hd

pid=8f5152c4-ef48-4bb0-ad6f-8d44e4dd36fa#>.

NOVAK, Petra Kralj, SMAILOVIĆ, Jasmina, SLUBAN, Borut e MOZETIČ, Igor, Sentiment of Emojis, [Em linha]. [2015]. [Consult. 18 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://journals.plos.org/plosone/article%3Fid%3D10.1371/journal.pone.0144296 >.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz, Filosofia para um Direito em espera. O Jurídico em tempos de Covid-19. (texto aberto em curso), 2020.

Pew Research Center, About Pew Research Center, [Em linha]. [2020]. [Consult. 22 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL: https://www.pewresearch.org/about/ >.

PEREIRA, Leonardo, Emojis são usados como prova em tribunal, [Em linha]. [2017]. [Consult. 12 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://olhardigital.com.br/noticia/emojis-sao-usados-como-prova-em-tribunal/68426>.

ROSO, Vicente, Los emojis llegan a los tribunales como prueba (o no) en los juicios, [Em linha]. [2019]. [Consult. 22 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL: https://www.larazon.es/tecnologia/los-emojis-llegan-a-los-tribunales-como-prueba-o-no-en-los-juicios-AF23401122/?outputType=amp >.

SILVA, Tatiana da, A Realidade Virtual e Aumentada e o Ensino de Ciências, [Em linha]. [2019]. [Consult. 12 jun. 2020]. Disponível em DOI: https://doi.org/10.31417/educitec.v5i10.414, WWW:<URL: https://sistemascmc.ifam.edu.br/educitec/index.php/educitec/article/view/414>.

TOMÉ, João, Twitter. Pode uma rede social ser fulcral em tempos de pandemia (Covid-19), [Em linha]. [2020]. [Consult. 08 set. 2020]. Disponível em WWW:<URL: https://www.dinheirovivo.pt/geral/twitter-pode-uma-rede-social-ser-fulcral-para-a-pandemia-covid-19/ >.

UNIÃO EUROPEIA, Regulations, Directives and other acts, [Em linha]. [sem ano]. [Consult. 18 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL: https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_en >.

VISÃO, Militar acusado de matar outro com G-3 conhece hoje acórdão em Sintra, [Em linha]. [2020]. [Consult. 07 set. 2020]. Disponível em WWW:<URL: https://visao.sapo.pt/atualidade/politica/2020-03-09-militar-acusado-de-matar-outro-com-g-3-conhece-hoje-acordao-em-sintra/ >.

VEJA, 5,1 bilhão de pessoas têm celular no planeta, sendo 204 milhões no Brasil, [Em linha]. [2019]. [Consult. 12 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL: https://veja.abril.com.br/economia/51-bilhao-de-pessoas-tem-celular-no-planeta-sendo-204-milhoes-no-brasil/ >.

WANG, C. Jason, Big Data Analytics, New Technology, and Proactive Testing, [Em linha]. [2020]. [Consult. 12 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://jamanetwork.com/journals/jama/article-abstract/2762689>.

ZAPPAVIGNA, M., Discourse of Twitter and social media: how we use language to create affiliation on the web, London: Continuum International Publishing Group, 2012.

Recebido em: 20.04.2021
Aprovado em: 27.06.2021

Universidade Católica de Santos
Brasil

Volume 2, Número 1,
Ano 2
2021

ISSN 2184-7487
Registrado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt

A Evolução da Imprensa Feminina Brasileira: A inserção do Movimento Feminista na escrita e na Mídia Digital

*The evolution of Brazilian Female Press: The insert of
Feminist Movement in writing and Digital Media*

Mayara Lopes da Costa¹

Mateus Catalani Pirani²

Sumário: Introdução; 1. Contexto histórico da origem da imprensa colonial no Brasil; 2. Origem e evolução da imprensa feminina brasileira; 2.1. Imprensa feminina na década de 1900 aos anos 2000; 2.2. Ciberfeminismo: A entrada do Feminismo na Mídia Digital; 3. A questão midiática do Século XXI; 3.1. A liberdade de expressão nas redes sociais; Considerações Finais; Referências.

Resumo: Este trabalho busca trazer, através de uma metodologia dedutiva, dados bibliográficos e históricos acerca do contexto político e social da origem da imprensa no Brasil. A imprensa, a princípio dominada pelos homens, tinha a escrita sobretudo voltada para as mulheres, traçando o rol de expectativas em relação ao seu comportamento e beleza. Oportunamente, a pesquisa irá expor a trajetória da imprensa feminina brasileira: logicamente, o surgimento da imprensa feminina refletia as transformações pelas quais passava a sociedade, e gradativamente foi conquistando espaço e influenciando em uma nova maneira de ser esperado e pensado o comportamento feminino, diversamente de tudo que era pregado anteriormente. As mulheres foram deixando os bastidores e passando a ocupar o protagonismo. Nesse sentido, a pesquisa também buscará expor a reação da sociedade ao que foi considerado uma “afronta” com o surgimento do posicionamento feminino, sobretudo no contexto político da década de 60, ainda ocorrente atualmente. Tudo isso objetivando efetivar a garantia das mulheres ao acesso à leitura, à escrita e ao jornalismo, no período que inclui 1900 até os anos 2000, à medida em que ocorria o surgimento da mídia digital. Essas foram etapas percorridas pelas mulheres, não sem esforços e embates, almejando a defesa dos seus direitos de liberdade de expressão, informação e cidadania, almejando também demarcar no campo da escrita a constituição de uma imprensa propriamente feminista, a partir do final do século XIX e início do século XX. No século XXI, com a chegada da mídia e seus consequentes meios de comunicação social, essa expressividade e capacidade de articulação de suas pautas perpassaram as redes e dialogaram com o mundo todo.

Palavras-chave: Imprensa feminina; Feminismo; Mídia Digital; Ciberfeminismo.

Abstract: This paper brings, through a deductive methodology, bibliographic and historical data on the political and social context of

1 Graduada em Direito pela Universidade Católica de Santos (2020). E-mail: mayaralcosta@outlook.com

2 Graduado em Direito pela Universidade Católica de Santos; Especialista em Direito Digital; Especialista em Direito Processual Civil; Mestre em Direito Internacional Público e Privado; Doutorando em Direito Ambiental Internacional (2018); todos pela Universidade Católica de Santos; onde também docente desde 2016. Ainda na mesma Universidade, participa ativamente como Membro do Comitê de Ética. Atua como Presidente da Comissão de Informática Jurídica, Direito Eletrônico e Educação Digital da OAB/Santos - SP. E-mail: mateus.pirani@unisantos.br

the origin of Brazilian's press. The press, a principle dominated by men, had a writing mainly aimed at women, outlining the list of expectations regarding their behavior and beauty. In due course, the research will expose the trajectory of the Brazilian female press: of course, the emergence of the female press reflected the transformations that society was going through, and gradually it was conquering space and influencing in a new way to be expected and thought about female behavior, differently of everything that was preached previously. The women left the backstage and started to take center stage. In this sense, the research will also seek to expose the reaction of society to what was considered an "affront" with the emergence of the feminine position, especially in the political context of the 1960s, which still occurs today. All this aiming to effect the guarantee of women to access to reading, writing and journalism, in the period that includes 1900 until the 2000s, when digital media appeared. These were steps taken by women, not without effort and struggle, aiming to defend the rights of freedom of expression, information, and citizenship, also aiming at demarcating in the field of writing a constitution of a properly feminist press, between 19th and 20th century. In the 21st century, with the arrival of the media and its consequent means of social communication, this expressiveness and ability to articulate their agendas permeated the networks and dialogued with the whole world.

Keywords: Women's press; Feminism; Digital Media; Cyberfeminism.

Introdução

Originariamente, a expressão "imprensa" nasceu com a descoberta da máquina de imprimir ("prensa"), destinada ao escrito em tinta de tipos ou caracteres metálicos sobre o papel em branco.

Com o passar do tempo, a "imprensa" deixou de ser causa e passou a designar o efeito, ou seja, tornou-se o papel impresso ou a arte gráfica posta em circulação no mercado e ao conhecimento da sociedade.

Inicialmente, a imprensa brasileira fora liberada em 1808, com a vinda do D. João VI. Bem mais tarde, foi possível encontrar duas direções bem definidas da imprensa feminina: a tradicional, que não permitia liberdade de ação fora do lar e que engrandecia as virtudes domésticas e as qualidades "femininas"; e a progressista, que defendia os direitos das mulheres, dando grande ênfase à educação. Mas, por muito tempo, o objetivo máximo das mulheres restringiu-se a buscar o "amor verdadeiro".

Assim, o marco inicial que indica o surgimento da mídia alternativa feita por mulheres acontece ainda no século XIX, com a publicação de jornais que discutiam principalmente a participação política das mulheres e as mudanças de costumes. Isso quer dizer, as experiências de produção de veículos acompanharam as lutas das mulheres por direitos, inclusive o direito à escrita. E lançaram as bases do que seria, décadas mais tarde, uma imprensa assumidamente feminista, marcada pela ousadia feminina.

A justificativa do trabalho pauta-se no avanço da expressão feminina que foi consequência exclusiva de revoluções propostas por mulheres ao longo da história da imprensa.

A pesquisa objetiva-se a abordar a evolução da imprensa feminina até os dias atuais, após ser introduzida na mídia. Ainda que a fundação de um jornal de mulheres tenha acontecido em 1850, antes já havia mulheres que colaboravam com os bastidores das publicações, assim abrindo espaço gradativamente na escrita

feminina, mesmo que sob pseudônimos masculinos.³

A natureza do trabalho exige que se siga uma metodologia hipotético-dedutivo, consiste no levantamento e na leitura de textos teóricos e científicos, bem como na análise referentes ao objeto de pesquisa; a pesquisa bibliográfica refere-se a livros, publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, pesquisas, monografias, teses e outros. A pesquisa legislativa refere-se às fontes internacionais, tais como tratados, convenções, soft law e outros.

Procurou-se expor como se deu essa política de imprensa alternativa e feminista, antes mesmo que fosse amplamente conhecido o sentido da expressão “feminista”, isto é, mulheres que agiram de acordo com o movimento mesmo sem reconhecerem a si próprias como mulheres feministas. E a ênfase que a introdução na mídia trouxe para o movimento.

O trabalho busca responder, sem a pretensão de esgotar o tema, qual teria sido o impacto da inserção das mulheres, consideradas como o segundo sexo, em uma imprensa que fora criada inicialmente para satisfazer as vontades e desejos dos homens, quando afirmavam interesse em “tal tipo de mulher”. Só que não se percorria o caminho inverso: jamais o texto indagava o que as mulheres esperavam dos homens (além de amor): A personagem perguntava “o que eles queriam dela?”, mas não se questionava: “o que ela queria deles?”

1. Contexto histórico da origem da imprensa colonial no Brasil

Sob uma breve perspectiva histórica, no Brasil Colonial, não havia universidades. Era também um dos únicos países, excetuados pela Ásia e África, que não produzia palavra impressa. Até 1808, data da chegada de D. João VI, as palavras impressas eram proibidas no país. As poucas tentativas de aderirem às tipografias foram esbarradas com a intransigência das autoridades portuguesas. Temiam os portugueses deixar entrar essas novidades no país e verem escapar-lhes das mãos a “galinha dos ovos de ouro” que era para eles o Brasil.⁴

Contudo, a vinda de D. João VI, PR, realizou grandes modificações, principalmente no que tange ao cenário político e social. Com a abertura dos portos às nações amigas, quebrou-se o monopólio com Portugal e o país vira florescer o comércio. Com o isolamento português na presença francesa em seu território europeu, foi gerado investimento na criação de fábricas de ferro, pólvora e vidro na colônia americana. Também tornou-se necessário fazer imprimir os atos do governo e de divulgar notícias interessantes à Coroa. Daí fora implantado no Brasil, com a chegada do rei, a imprensa.⁵

Essa mudança radical seria seguida, quatorze anos depois, pela Independência. No entanto, entre a chegada do rei e o Sete de Setembro de 1822, uma série de acontecimentos locais e internacionais acarretariam a Independência do Brasil, período no qual houve desaparecimento do primeiro jornal brasileiro. O elemento

3 WOITOWICZ, Karina Janz. Marcos históricos da inserção das mulheres na imprensa: A conquista da escrita feminina. Porto Alegre: Jornal Alcar UFRGS, 2012.

4 SODRÉ, Nelson Werneck. História da imprensa no Brasil. 4 ed. Rio de Janeiro: Mauad, 1999.

5 Ibidem.

essencial para esse processo fora mesmo a mudança do centro de poder português de Lisboa para o Rio de Janeiro, com todas as suas consequências. Entre elas, as mais decisivas foram a revolução.⁶

Durante os quatorze anos, a partir de 1º de junho de 1808, Hipólito José da Costa Furtado, o primeiro jornalista brasileiro que nascera no Uruguai, se formara em Portugal, conhecera os Estados Unidos antes e melhor que qualquer outro de seu tempo e que viveria a maior parte de sua vida na Inglaterra se dedicou a publicar um jornal para o Brasil: o “Correio Braziliense”. Através de seu olhar, fora conhecido o lugar da mulher, do negro e do índio na sociedade naquela sociedade, e diversas comparações entre os regimes de Estados Unidos e o Brasil.⁷

O jornal fora intitulado “Correio Braziliense”, porque naquele começo de século XIX, chamava-se brasileiros aos comerciantes que negociavam com o Brasil e brasileiros aos índios. Brazilienses eram os portugueses nascidos ou estabelecidos no Brasil e que se sentiam vinculados ao Brasil como à sua verdadeira pátria.⁸

Daí, então, origina-se a imprensa no contexto brasileiro, surgindo a imprensa feminina somente no final do século XIX e primeiros anos do século XX.⁹

A existência da corte passou a influir na vida da mulher do Rio de Janeiro, exigindo-lhe mais participação. O Rio estava abandonando seu caráter provinciano para ser uma capital em contato com o mundo. Nesse contexto, as tendências europeias eram copiadas e aí entra o fator imprensa, primeiro com a importação de figurinos vindos de fora e depois com a publicação de jornais e revistas que reproduzissem gravuras de moda. As primeiras publicações dirigidas às mulheres, por essa razão, traziam moda. O jornalismo feminino, nessa época significava, basicamente, moda e literatura.¹⁰

Assim, o mais provável é que o primeiro periódico feminino brasileiro tenha sido o carioca “O Espelho Diamantino”, publicado em 1827. O fato é que a imprensa brasileira começava a nascer por volta de 1820 (junto com a efervescência política da independência, constituinte, etc.), cujos contornos serão melhor analisados a seguir.

11

2. Origem e evolução da imprensa feminina brasileira

houve um momento em que apareceu, na civilização ocidental, um tipo de veículo impresso dirigido às mulheres. Provavelmente o surgimento de jornais ou revistas femininos estaria relacionado com a ampliação dos papéis femininos tradicionais, limitados até então ao lar ou ao convento. E também com a evolução do capitalismo. Contudo, de qualquer modo, entre a literatura e as chamadas artes domésticas, o jornalismo feminino já nasceu complementar, revestido de um caráter secundário,

6 Ibidem.

7 Ibidem.

8 Ibidem.

9 BUITONI, Ducília Schroeder. Mulher de papel, a representação da mulher pela imprensa feminina brasileira. 2ª ed. São Paulo: Summus, 2009. p. 29-49.

10 Ibidem.

11 Ibidem.

tendo como função o entretenimento e, no máximo, um utilitarismo prático ou didático.¹²

Na década de 1840, iniciava-se o governo de D. Pedro II, e a imprensa começa a se estabilizar, principalmente em relação aos jornais maiores. Em 1860, mais a frente, estava chegando a hora da imagem surgir no jornalismo brasileiro, com o lançamento da “Semana Ilustrada”, de Henrique Fleiuss e, justamente essa arte crítica passou a ser fruto de uma sensibilidade que filtrava humoristicamente a sociedade de seu tempo.¹³

Dentre os principais nomes de publicações femininas, do Rio de Janeiro, a partir de 1850, encontram-se: “Novellista Brasileiro ou Armazem de Novellos Escolhidos”; “Jornal das Senhoras” (1852-1855); “Recreio de Bello Sexo” (1856); “O Espelho” (1859-1860); “A Primavera” (1861); “Bello-sexo” (1862); “A Bella Fluminense” (1863-1864); “O Jornal das Famílias” (1863-1878); “O Domingo” (1873-1875); “O Sexo Feminino” (semanário dedicado aos interesses e direitos das mulheres, por Francisca Senhorinha da Mota Diniz, em 1875-1877); “Jornal das Moças” (1876) e “O Recreio das Moças” (1876-1877); “O Echo das Damas” (1879-1880); “A Estação” (1879-1904); “A Mãe de Família” (1879-1888); “República das Moças” (1879); “Primavera” (1880); “O Beijo” (1881); “Echos das Damas” (1885-1888); “O Sexo Feminino” (reaparecimento do primeiro jornal a defender com bom senso os direitos das mulheres, requerendo igualdade em relação aos dos homens, em 1887-1889)/ “A Família” (fundado por Josephina Alvares de Azevedo, defendia a emancipação das mulheres, em 1889-1897); “O Quinze de Novembro do Sexo Feminino” (1890-1896); “O Mimo” (1896); “A Violeta” (1848); “A Camélia” (1854); “O Lírio” (1860); “A Crisália e a Borboleta” (1868); “O Leque” (1886); “A Violeta” (1887); “A Família” (1888-1889); “A Pérola” (1889); “Jornal das Damas” (1890); “A Camélia” (1890); “Revista das Modas” (1892); “A Mensageira” (revista fundada por Presciliana Duarte de Almeida, sendo a primeira mulher a entrar na Academia Paulista de Letras, 1897-1900); “O Ramilhete” (1898); “A Borboleta” (1898); “Álbum das Meninas” (1898); “O Beija-Flor” (1899).¹⁴

2.1. Imprensa feminina na década de 1900 aos anos 2000

No contexto da década de 1900, foi assistido ao crescimento e à popularidade das revistas ilustradas. A imprensa brasileira dos grandes centros já havia ingressado na era capitalista, e os jornais já eram considerados empresas industriais e comerciais. Continuaram a surgir pequenos jornais femininos, todos de curta existência. Sobreviviam apenas as formas do século passado, ligados a uma imprensa artesanal, muitas vezes criadas por uma ou duas pessoas. Contudo, havia perspectivas mais sérias em relação às mulheres, só que na imprensa em geral, não especificamente feminina.¹⁵

O início da década de 1910 seria marcado pela campanha civilista, em que

12 Ibidem.

13 Ibidem.

14 Ibidem.

15 Ibidem, p. 51-54.

Rui Barbosa defrontava-se com Hermes da Fonseca pela presidência. A imprensa dividiu-se entre os dois candidatos. Surgia ainda em São Paulo um veículo “mais completo”, dirigido especialmente às mulheres: a “Revista Feminina”, fundada por Virgilina de Souza Salles, sendo publicada no período de 1914 até 1935. Apresentava as seções tradicionalmente femininas e incluía uma filosofia editorial que defendia os direitos das mulheres (por exemplo, o voto feminino). Portanto, não era um produto meramente comercial. Não esquecendo que os jornais e revistas femininos do século XIX não ultrapassavam 10 ou 16 páginas.¹⁶

Na esfera política, a campanha sufragista ia se firmando, com algumas mulheres tomando atitudes concretas. A advogada Myrthes de Campos, por exemplo, primeira mulher a ser aceita na Ordem dos Advogados, havia requerido seu alistamento eleitoral por volta de 1905, sem sucesso. As mulheres se movimentavam e a imprensa noticiava e comentava esses eventos, que também se refletiram em revistas femininas. Bertha Lutz, bióloga e advogada, tratava da condição feminina e afirmava que a emancipação estava na educação da mulher e do homem, na “Revista da Semana”, de 1918.¹⁷

A influência da arte europeia, somada a fervores nativistas e à fermentação cultural urbana, explodiria na Semana da Arte Moderna, em 1920. No que tange ao uso de imagem desenhada, a imprensa brasileira continuava bastante criativa. Também, a imprensa ia se distanciando do opinativo e a reportagem começava a tomar espaço. Assim, as fotos deixavam, algumas vezes, de ter um caráter meramente ilustrativo para envolverem algum componente de informação. A Revista Feminina, de São Paulo, continuava sua carreira firme. O artigo sobre feminismo “A mulher e os seus direitos no futuro”, de Ana de Castro Osorio, trouxe reflexões lúcidas, como a questão feminista, para ela, resumir-se na reivindicação de direitos legais e sociais para as mulheres. Embora tentando fazer conexão da mulher ao mundo material, tratando de sua educação, de sua saúde, de seus direitos, do trabalho feminino, de sua conscientização, de sua informação, do contato com o mundo proletário, ainda existia a mulher etérea, cultivadora de valores morais e religiosos, fomentando o culto à beleza e à perfeição, enfim, o modelo proposto.¹⁸

Finalmente as mulheres brasileiras chegavam ao direito de voto, em 1932, por decreto do presidente Getúlio Vargas. A Revolução constitucionalista, a Constituição de 1934 seria o caminho democrático. Foi essa a Constituição a incorporar definitivamente o voto feminino. Em 1937 houve interrupção pelo Estado Novo. Com ele, o Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP), que cercearia a cultura brasileira. A crítica política arrefecia.¹⁹

Sob o título “Arte de conversar...”, da seção feminina “Dona na Sociedade”, era possível notar que o autor se esforçava para imprimir uma visão “feminina” aos assuntos tratados, embora dentro do estereótipo de superficialidade que se esperava da conversa entre as mulheres. Em São Paulo, já fazendo parte do sentimento “paulista” das mulheres deste estado, surgia o jornal “A Reacção”, em 1931, que se

16 Ibidem, p. 51-64

17 Ibidem.

18 Ibidem, p. 64-77.

19 Ibidem, p. 77 – 86.

no primeiro número enfatizava o sofrimento da classe média, no n. 30 defendia a mãe solteira. Havia revistas, como *A Cigarra* e *Alterosa*, que não eram revistas femininas, mas se preocupavam com a figura da mulher e continham vários colaboradores.²⁰

O jornalismo feminino ainda não havia encontrado formas mais “jornalísticas” de tratar a realidade. A imprensa feminina se limitava aos assuntos tradicionais: moda, beleza, crianças, etc. No mais, havia textos literários ou pseudoliterários, beletristas ou no máximo artigos a respeito de algum problema da época. Reportagens e entrevistas quase não apareciam. Por essa razão, a relação da imprensa feminina com o fato da atualidade era (e ainda é) pouco frequente. Uma das únicas maneiras do “real” entrar na imprensa feminina seria como assunto de um artigo ou editorial.²¹

Na década de 1940, o jornalismo americano expandiu-se. As agências mandavam material que era traduzido e raramente adaptado. Hollywood difundia o otimismo como padrão, mesmo em tempos de guerra. O padrão era a artista estrangeira norte-americana. Havia um teste chamado “Que mulher é você?”, que demonstrava o interesse pela psicologia colocando o problema fundamental dos tipos de personalidade. Era ilustrado com fotografias de artistas norte-americanas que representavam cada um dos “tipos”. O padrão de beleza apresentado portava as seguintes características: mulher branca, de “pele fina”, bem-proporcionada e com cabelos e olhos bonitos. Faz-se notar, também, que a aparência física muito era interligada ao temperamento. Assim, se a mulher tivesse determinado porte físico, teria determinado comportamento.²²

O teste mencionado procurava relatar qual o “potencial de encanto” que a leitora tinha e como deveria explorá-lo para “agradar e triunfar na vida”. Sete rótulos eram propostos: a amorosa; a esposa; a inteligente; a camarada; a mulher-criança; a deslumbrante; a material. São sete estereótipos apresentados por meio da descrição de algumas características, sugerindo comportamentos que “ajudariam a mulher a ser mais feliz”.²³

Nesse sentido, a “amorosa”, caso casa-se, seria perfeita para seu marido e seus filhos. A “maternal” seria o “protótipo da paz e da maternidade feliz”. A “mulher-criança” seria uma “esposa gentil, sobretudo se desposar um homem relativamente mais velho do que ela e que se divirta com sua criancice”. No entanto, as duas categorias diferentes, a “inteligente” e a “camarada” eram colocadas com certas restrições, pois no fundo representariam ideias menores. Elas seriam as que saem do estereótipo feminino proposto, afinal, a mulher inteligente é lógica e lúcida, assimila ideias novas, tem memória assombrosa, é hábil nos negócios, e a “camarada” seria instável e não gostaria de obrigações. Para as duas, restava advertências por terem saído do “papel natural da mulher”.²⁴

A década de 1950, por sua vez, marcou o início de um desenvolvimento maior na industrialização da imprensa brasileira, que se refletiu com mais intensidade nas revistas, pela razão de estas estarem em fase de produção industrial, principalmente

20 Ibidem.

21 Ibidem.

22 Ibidem, p. 86-97.

23 Ibidem.

24 Ibidem.

as femininas e as chamadas ilustradas.²⁵

Os jornais ainda custavam a se modernizar em relação à forma e conteúdo. A maioria do jornalismo norte-americano dava a fisionomia de todos eles. No tocante às seções femininas, os jornais sempre estavam atrasados em relações às revistas. Suas seções eram pobres, sem imaginação, com diagramação e ilustração pouco detalhadas. Eram colchas de retalhos, que juntavam receitas de tricô e crochê, uma crônica ou poesia, culinária, moda, conselhos de beleza, frases de amor, etc. Boa parte do material publicado fazia parte de tradução de textos enviados por agências estrangeiras. A mulher, como público, não era muito considerada, além de surgir a impressão de que o jornal editava a página feminina mais para não poder ser dito, depois, que não o fez.²⁶

O Estado de S. Paulo publicava às sextas-feiras uma página feminina, nesses moldes, desde 1940. Na década de 1950, transformar a seção feminina em suplemento fora uma necessidade criada pela urbanização crescente e também pela concorrência. Em 1953, saíria o primeiro número do “Suplemento Feminino” de O Estado de S. Paulo, que continuaria em edições semanais.²⁷

As revistas foram adquirindo, então, contornos mais industrializados, obedecendo a metas empresariais. A primeira revista de fotonovela, no Brasil, é de 1951: Encanto, da Artes Gráficas do Brasil, de São Paulo. Um ano depois, em 1952, aconteceu o lançamento de Capricho, da nascente Editora Abril, que até então editava basicamente quadrinhos de Walt Disney. Foi iniciada uma nova fase no mercado editorial feminino brasileiro. A tiragem crescente ilustrou a potencialidade do público que começava a ser conquistado com outros recursos além da qualidade ou não do produto. Paralelamente ao aparecimento de revistas ilustradas e femininas mais modernas, ia se formando uma galeria numerosa de ídolos nacionais, favorecidos pela difusão por meio do rádio e da tevê, que iniciava sua progressiva aparição. Apesar de ter continuado em 1950, a mitologia estrangeira começou a abrir alguns espaços para os ídolos nativos.²⁸

Em 1960, a mulher já havia sido introduzida na sociedade de consumo. As revistas femininas traziam cada vez mais anúncios, mais páginas a cores, mais “reportagens” de moda, matérias ensinando a comprar melhor eletrodomésticos, etc. O projeto editorial de cada veículo dirigido às mulheres tinha em vista o consumo, em primeiro lugar. O conteúdo, portanto, era instrumental, de forma que servia a objetivos empresariais bem delimitados. Na grande imprensa, houve a reforma do Jornal do Brasil, que começou a utilizar mais a pesquisa na elaboração de matérias, resultando em padrões jornalísticos mais modernos, com quantidade maior de informações. A revista Claudia representava o espírito da década em relação à mulher.²⁹

Apresentava como jornalista e escritora, Carmen da Silva, com artigos fundamentados em psicologia, veio a adquirir bastante reputação entre as leitoras, tornando-se a pensadora feminina com mais influência. A autora insistia que a mulher

25 Ibidem, p. 97-104.

26 Ibidem.

27 Ibidem.

28 Ibidem.

29 Ibidem, p. 104 –114.

deveria protagonizar a própria vida, e que deveria deixar de ser “vivida pela vida”, pedindo a elas um comportamento mais ativo. Dezesseis anos depois, em 1979, ao fazer uma análise de seu trabalho em “A arte de ser mulher”, Carmen da Silva disse que essa primeira fase fora a fase do despertador, pois a ideia dominante era: “Acorda, Bela Adormecida, levanta-te e anda”, para sacudir as mulheres “que ainda viviam mergulhadas numa espécie de sonho vegetal”. Segundo ela, seguiu-se da fase em que a mulher passou a interrogar-se, a fase de denúncia das injustiças e discriminações e, finalmente, a fase de descoberta de que a mulher “é uma criatura maravilhosa”.³⁰

Já na década de 1970, foi quando aconteceu o auge do consumo nas revistas brasileiras. Cada revista nova a ser lançada era precedida de pesquisas que determinavam certos assuntos, linguagem, capa, etc. As revistas já existentes também foram pesquisadas e redimensionadas de acordo com as expectativas do público. As revistas femininas de classe média, como *Claudia* e *Desfile* foram verdadeiros catálogos de mercadorias, entremeados de uma ou outra matéria realmente jornalística. A enorme quantidade de páginas coloridas refletia o espírito da época. Mas o produto mais veiculado nas revistas gerais, e nas femininas ou masculinas, fora o sexo.³¹

Tiveram tímidas tentativas artesanais de jornais e publicações que visavam à promoção da mulher como ser humano, buscando identificação com as classes populares. *Nós Mulheres* foi um tabloide que surgiu em 1976, continuando, com interrupções, até 1978, fruto de um grupo de mulheres, jornalistas ou não, que se reuniam e editavam matérias sobre problemas femininos, mesmo com os entraves financeiros, dependendo das doações e boa vontade das colaboradoras.³²

Nessa mesma época, nas periferias de São Paulo e de outras capitais, estavam surgindo boletins, jornaizinhos, dezenas de publicações, todas fora do processo industrial, usando xerox, mimeógrafo e outros meios baratos de impressão. Um exemplo dessa pequena imprensa fora *Mulher, Uma Luta Rumo à Libertação*, folheto editado pelo Centro de Direitos Humanos de São Miguel (SP), com muitas ilustrações e quadrinhos explicativos acerca da participação da mulher na vida da comunidade, trazendo informações sobre o que seria clube das mães, direitos trabalhistas, entre outros, em linguagem simples e didática. Como esse, existiam vários outros folhetos que representavam o nascer de uma imprensa popular, destinada talvez a curta vida.

³³

Por conseguinte, na década de 1980 as fotonovelas chegaram ao fim, com ganho de força da segmentação e direcionamento da beleza para a estética do corpo. As adolescentes atingiram o status de importante nicho no mercado de revistas. Nesse ano começou-se a notar alguns resultados das lutas dos anos anteriores. No entanto, esta década foi tempo de luta e conquista da democracia, com clima de libertação das amarras autoritárias. Em 1981, Franco Montoro, governador do Estado de São

30 Ibidem.

31 Ibidem, p. 114-127.

32 Ibidem.

33 Ibidem.

Paulo, criou o primeiro Conselho Estadual da Condição Feminina, além da primeira Delegacia da Mulher ter começado a funcionar em São Paulo, em 1985.³⁴

No âmbito da Universidade de São Paulo, foi criado em 1985 um Núcleo de Estudos da Mulher e Relações Sociais de Gênero (NEMGE), reunindo pesquisadores de diversas áreas que trabalhavam sobre a questão da mulher. Grupos de pesquisadores organizavam-se em institutos e ONGs em defesa da mulher. A Ecos – Comunicação em Sexualidade foi fundada em 1989, na mesma região, com a finalidade de promover e transformar valores e comportamentos relacionados com sexualidade, saúde e direitos reprodutivos e consolidou-se enquanto ONG atuante na defesa de adolescentes.³⁵

Por sua vez, o mercado de trabalho estava se abrindo mais para a mão de obra feminina, as mulheres avançavam cada vez mais nos bancos universitários e aumentava pouco a pouco a participação das mulheres na política. Em 1970, as mulheres eram 20,9% da população economicamente ativa, e em 1990, eram 35,5% (fonte: IBGE, AEB 1980 e 1992).³⁶

No contexto da década de 1990, a maioria das revistas brasileiras de grande circulação se voltava para o consumo e o culto às celebridades, principalmente televisivas. Todo o direcionamento da imprensa feminina para o mercado, desde os seus primórdios, alcançou o auge no século XX. As revistas femininas foram peças fundamentais na concretização da sociedade de consumo. E nesse sentido, o corpo assumira o posto de elemento essencial na construção da imagem das pessoas.³⁷

Por volta de 1996, a palavra globalização já estava entronizada na mídia e nos meios cultos. A expansão das corporações, as trocas comerciais, a revolução tecnológica nos aparatos eletrônicos e nas comunicações produziam a reorganização política e cultural do mundo. A internet comercial havia sido lançada em 1994. Também, a produção de imagens crescera exponencialmente: vídeo, televisão, circuitos internos, câmeras de segurança, outdoors e indoors impressos e eletrônicos, imagens nas telas dos computadores etc.³⁸

2.2. Ciberfeminismo: A entrada do Feminismo na Mídia Digital

O termo “Ciberfeminismo” surgiu na década de 1990 junto com as primeiras redes de computadores. O movimento teve origens pontuais em diferentes partes do mundo, em especial, em alguns países da Europa, América do Norte, e principalmente na Austrália.³⁹ O ciberfeminismo surgiu apropriando-se das redes eletrônicas, fazendo-se intangível, à medida que transita pelos polos presenciais e virtuais do mundo todo, disseminando e potencializando a visibilidade de suas demandas. Com o espaço da internet, faz-se permissível aos movimentos sociais a continuidade das ações

34 Ibidem.

35 Ibidem, p. 128-141.

36 Ibidem.

37 Ibidem.

38 Ibidem.

39 LEMOS, Marina Gazire. Ciberfeminismo: Novos discursos do feminino em redes eletrônicas. 2009. 129 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação e Semiótica) – Programa de Pós Graduação em Comunicação, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC – SP), São Paulo, 2009.

coletivas para além das ruas, e conseqüentemente, proporcionando perenidade e amplitude das suas dialéticas transacionadas.⁴⁰

Desde o aparecimento do termo “Ciberfeminismo”, há duas décadas, são inúmeras as suas definições, sendo cunhado pela primeira vez no ano de 1991 pelo grupo australiano VNS Matrix. O grupo, que composto por mulheres, declarou-se como “ciberfeminista” a partir de um manifesto por ele composto (1991). O manifesto era uma homenagem a Donna Haraway, teórica responsável por, na década de 1980, por uma nova leitura dos movimentos feministas. A teórica nunca usou o termo “Ciberfeminismo” diretamente, mas, apesar disso, teve suas ideias eleitas por diferentes grupos como base teórica ao sugerir uma análise do feminismo sob a ótica das novas tecnologias, incluindo os meios de comunicação, ao passo que propõe a organização e apropriação das redes como instrumentos de ativismo político.⁴¹

A filósofa e bióloga Donna Haraway, autora do Manifesto Ciborgue (1984), é também conhecida como grande inspiradora do movimento Ciberfeminista. Em suma, Haraway propõe uma “revolução ciborgue” através das mulheres que, ao se apoiarem estrategicamente das tecnologias de informação, poderiam assim promover uma nova articulação dos espaços físicos e discursivos. Então, tomar consciência da natureza essencialmente ciborgue da cibercultura é um imperativo para as feministas atuantes após o que foi o movimento de 1960-1970. Haraway sugere que na medida em que as tecnologias são repreensivas e intimidadoras, são também libertadoras, pois a destinação da mídia depende tão somente de quem faz uso dela. Sendo assim, as mulheres deveriam abandonar as oposições binárias de natureza versus tecnologia, que demonizam a ciência e a tecnologia e deificam a natureza.⁴²

É certo, porém, que os processos de interação das redes via plataformas digitais também esbarram em oposições e divergências, até mesmo semelhantes aos processos de interação humana, permeados por diversas questões públicas e políticas.

3. A questão midiática no século XXI

Nos capítulos anteriores, percorremos a história, analisando a evolução da Imprensa no Brasil e a participação feminina, bem como a participação no cenário político e social. Desta forma, nos julgamos aptos a analisar a liberdade de expressão e o discurso do ódio nas redes sociais, objeto deste capítulo.

O uso do termo fake news, de acordo com um artigo publicado pelo dicionário Merriam-Webster, declarou que o uso do termo fake news já havia sido utilizado no final do século XIX para se referir a notícias falsas. Um jornal em Concinatti empregou o termo ao publicar a declaração do secretário do governo que alegava que “fake

40 Ibidem.

41 Ibidem.

42 HARAWAY, Donna J. Manifesto Ciborgue: ciência, tecnologia e feminismo-socialista no final do século XX. In: Antropologia do Ciborgue: As Vertigens do Pós-humano. SILVA, Tomaz Tadeu da (org.). Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

news” sobre o seu povo estavam sendo telegrafadas por todo o país.⁴³

Para corroborar com o acima o filósofo Nietzsche, no estudo *Genealogia da Moral* apresenta as construções dos sentimentos morais dos indivíduos baseados nas condições sociais em que ele está inserido e, simultaneamente, como estes valores se transformam quando sofrem interferência externa⁴⁴. Segundo o filósofo, tanto o ódio como a vingança são os impulsionadores para a transformação dos sentimentos morais que ocorrem a partir do ressentimento dos homens mais fracos diante dos mais fortes.⁴⁵

Surgem, desta forma, grupos unidos de ódio, geralmente extremistas, fundados em uma supremacia seja racial, religiosa, deficiência, orientação sexual, nacionalidade, de gênero, dentre outros. Entende-se, assim, que nem todo o ódio é fake news em razão desta movimentação dos grupos sociais que reforça o ódio. O discurso do ódio exprime uma ideia de desprezo e/ou intolerância contra determinados grupos com o objetivo de desqualificá-los, baseada em suas crenças, afastando a mentira. São utilizadas palavras, muitas vezes, pejorativas para intimidar o grupo de pessoas, incitando a violência.⁴⁶

Há, por outro lado, as fake news que causam violência por serem potencializadas pelo discurso de ódio. Nestas, as fontes têm seus nomes usados com afirmações falsas, ou seja, que não são suas. Comumente, estas fake news são por razões políticas e são espalhadas pelo mundo com interesses políticos e econômicos. É evidente que as fake news, sejam de discurso de ódio ou não, apresentaram uma mudança no arcabouço social. Além disto, através do uso da Internet e a expansão das redes sociais, se percebeu uma potencialização destas. Destarte, torna-se imprescindível analisar a importância para a coletividade que a liberdade de expressão seja mantida nas redes, objeto de estudo da próxima seção deste trabalho.

3.1. A liberdade de expressão nas redes sociais.

A liberdade de expressão é imprescindível para a manutenção da democracia.⁴⁷ A teoria da busca da verdade de Mill que defende a liberdade de expressão reforça um cenário nas redes sociais onde se permitiria opiniões verdadeiras, pois os benefícios à sociedade seriam mais vantajosos do que o ônus. A teoria também sinaliza a necessidade de se determinar um objetivo à liberdade de expressão, assim seria possível estabelecer quais discursos estariam protegidos⁴⁸. Mill, outrossim, defende que a longo prazo a sociedade se tornaria melhor porque o discurso, mesmo que

43 MERRIAM WEBSTER. The Real Story of Fake News. Disponível em: < <https://www.merriam-webster.com/words-at-play/the-real-story-of-fake-news>>. Acesso em: 05 mai. 2021.

44 NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A Genealogia da Moral*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Cia das Letras, 2009, p. 78

45 Ibidem.

46 BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso de ódio? Algumas observações sobre o Direito Alemão e o Americano. *Revista Direito Público*, v. 15, jan, fev, mar/2007, p. 117 a 136.

47 COSTA NETO, João. *Liberdade de expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 38

48 Ibidem, p. 204.

amoral, estaria tutelado⁴⁹.

Nada obstante, a teoria da abordagem funcional busca a proteção à liberdade de expressão desde que se objetive à formação de opiniões políticas ao Estado. Apesar da contribuição acadêmica da teoria, entendemos que a mesma não é aplicável aos dias atuais, principalmente no campo virtual, haja vista que as redes sociais ainda que permitam a discussão política não exercem nenhum tipo de influência jurídico-legal à política estatal. Ademais, é temerário a manutenção da liberdade de expressão para o governo porque, de certa forma, balizaria a liberdade de expressão contrária a política governante. Outro ponto que merece atenção são as demasiadas fake news que surgiram nas últimas campanhas políticas. Ainda que a teoria, quando escrita, tinha como intenção a formação de cidadãos livres, atualmente, somente reforçaria apenas um pensamento, banindo o pluralismo.

E, em relação à teoria do fomento à tolerância e pluralismo a qual busca a promoção se uma sociedade mais tolerante às ideias e pensamentos divergentes, refutamos. As evidências nas redes sociais mostraram que a sociedade não está pronta para a liberdade indiscriminada haja vista a necessidade da criação do Marco Civil da Internet.

A crítica que, também, fazemos a esta teoria pluralismo é falta de delimitação do que deve ser tolerado. Como a sociedade reagiria no enfrentamento às fake news nas redes sociais se permitisse a tolerância ilimitada de opiniões?

A teoria da autodeterminação, por sua vez, que representa as justificativas do tipo intrínseco ou deontológico, busca a não limitação da liberdade de expressão, por considerar que todos os indivíduos são iguais, não sendo possível determinar qual pensamento é mais importante que o outro. Concordamos que os homens são iguais, mas acreditamos que recairíamos na mesma problemática da teoria anterior. Se a liberdade de expressão é munida de discurso do ódio e afeta outro, como permiti-lo?

Finda esta análise é importante estudar quais seriam os efeitos à sociedade, caso as redes sociais impusessem limites à liberdade de expressão.

A liberdade de expressão, como direito fundamental garantido pela Constituição Federal Brasileira em seu artigo 5º, inciso IV, veda a censura. De qualquer forma, todo o obstáculo à manifestação de ideias e pensamentos configura um tipo de censura, entretanto, é preciso verificar o quanto se pode relativizar o direito à liberdade de expressão na tentativa de coibir o discurso do ódio.

A manifestação do pensamento livre, promovendo um debate de ideias refere-se ao valor instrumental da liberdade de expressão. Outrossim, a liberdade de expressão é elemento constitutivo para a democracia, permitindo que o indivíduo exerça sua participação política na sociedade⁵⁰.

Entendemos que a própria Constituição Federal, apesar de não mencionar nada específico às redes sociais (até mesmo por uma questão temporal) não prevê a liberdade de expressão como um direito absoluto porque impõe a responsabilidade por dano material, moral ou à imagem nos casos de inviolabilidade da honra, da

49 MILL, John Stuart. *On Liberty*. Batoche Books, Kitchner, 2001, p. 50

50 RAIS, Diogo (coordenador). *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 155.

imagem e da intimidade. O artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal prevê o direito de indenização pelos danos moral, material e de imagem àquele que sofreu prejuízos. Esta reparação jurídica pode se dar através de ressarcimento monetário ou ainda pelo direito de resposta⁵¹.

Neste diapasão, o Marco Civil da Internet procurou meios legais para a punição aos excessos cometidos na esfera da rede de computadores. Isso posto, é apropriado verificar meios adequados para assegurar proteção as vítimas das fake news voltadas ao discurso do ódio nas redes sociais, pois há algumas situações que evidenciam um conflito entre a liberdade de expressão e os excessos cometidos pela manifestação do pensamento. Diante desta conjuntura é preciso determinar medidas jurídicas para restringir as manifestações do pensamento, sejam fake news ou não, que configurem discurso de ódio.

O discurso do ódio, de maneira geral, atinge não somente o indivíduo, mas um grupo social quando é dirigido à discriminação por raça, gênero, religião etc. O discurso de ódio, nas redes sociais, traduz a divulgação de mensagens de cunho racistas, homofóbicos etc. que objetivam à exclusão ou, ainda a eliminação física dos atingidos⁵². Aliado a isto, usualmente, as mensagens de ódio se utilizam de argumentos emocionais com o intuito de aumentar a probabilidade de aceitação.⁵³

O discurso de ódio, seja fake news ou não, por definição, é a manifestação do pensamento com a finalidade de provocar violência. E este deve ser protegido pelo Estado. Todavia, a manifestação do pensamento, ainda que amoral, mas que não configure violência deve ser mantida para não cercear a liberdade de expressão⁵⁴. Com isto, a intervenção estatal deve agir somente, quando observadas manifestações nas redes sociais que estimulem o ódio, a violência e a segregação social dos indivíduos alvos de ataques⁵⁵. A manifestação antipática não configura discurso do ódio e sua censura colocaria em risco a liberdade de expressão garantida no ordenamento jurídico⁵⁶. Para estes casos, é pertinente analisar se o princípio da dignidade da pessoa humana não deveria prevalecer ao direito da liberdade de expressão⁵⁷. O discurso do ódio incita a violência e, em alguns casos, busca o extermínio, através da violência daquele que pensa ou age de maneira diferente, ferindo o Estado democrático de direito.

Ressaltamos, outrossim a dificuldade em distinguir a manifestação livre do pensamento das formas sutis de discurso de ódio que emergem como uma falsa cognição de liberdade de expressão. Afinal, nem sempre o discurso de ódio é realizado

51 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 mai. 2021.

52 SILVA, Rosane Leal e at all. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. Revista Direito GV. São Paulo. julho-dez 2011, p. 446

53 Ibidem, p. 148.

54 CARCARÁ, Thiago Anastácio. Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 69.

55 SCHAFFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton. Discurso de ódio. Da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515193/001049120.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 04 mai. 2021.

56 Idem.

57 ARAUJO, Natalia Ramos Nabuco. Liberdade e Expressão e o Discurso do Ódio. Curitiba: Juruá, 2018, p. 5

de forma explícita⁵⁸. Entende-se, destarte, que a linha de atuação do Estado deve ser tênue para que se evite uma violação de direitos individuais.⁵⁹

O Estado teria permissão para interferir na liberdade por meio de ações com a única finalidade de proteção à sociedade diante de iminente perigo. O controle estatal deve ser claro e aplicado, caso a caso, para que se evite a instauração de insegurança jurídica no Estado.⁶⁰ Ademais, o discurso de ódio precisa ser externalizado, caso contrário, configura somente o pensamento e, este não causa danos.

Stroppa e Rothenburg, no intuito de precisar a atuação estatal, propuseram seis critérios para a análise do discurso do ódio. O primeiro deles é a severidade que diz respeito a profundidade de ódio contida na mensagem. O segundo critério é a intenção, o agente deve agir como dolo, ou seja, precisa ter a intenção de incitar o ódio. O terceiro critério trata do conteúdo ou forma do discurso que levam em conta a natureza, forma e estilo dos argumentos utilizados na mensagem.⁶¹

A extensão do discurso, de acordo com os autores, também deve ser analisada, pois é imprescindível que a mensagem seja dirigida a um público em geral, isto é, um grupo de indivíduos em um espaço público. Para que seja considerado discurso de ódio, outrossim, a mensagem deve conter, no mínimo a probabilidade de dano. Não requer o dano de fato, mas que a mensagem contenha um risco de perigo iminente. Esta iminência configura o “o tempo entre o discurso e a ação (...) que não pode ser demasiado longo de forma que não seja razoável imputar ao emissor do discurso a responsabilidade pelo eventual resultado”. Por fim, a de se analisar o contexto da mensagem para que se possa analisar se a mensagem tem potencial de incitar o ódio⁶².

No que concerne a extensão do discurso, ressaltamos que atinge dois instrumentos: o insulto e a instigação. Aquele refere-se a vítima direta do discurso do ódio, ou seja, fere a dignidade de um determinado grupo de pessoas em razão de raça, gênero, religião, etc. Enquanto a instigação trata dos leitores da mensagem da manifestação do ódio, que apesar de não identificados como vítimas se sentem afetados com a mensagem. É o que recebeu a definição de vitimização difusa, pois o acesso à mensagem odiosa, também se sentem violadas. Neste sentido, vislumbramos que não é possível numerar quem são às vítimas do discurso de ódio nas redes sociais.⁶³

As redes sociais como Facebook e WhatsApp têm uma amplitude muito grande, pois são muitos os usuários. Com isto, quaisquer registros nestas mídias levam aos questionamentos de quem vai ler, se o receptor será atingindo, como o receptor se comportará diante de uma fake news voltada ao discurso de ódio e quem será o

58 POTIGUAR, Alex Lobato. Discurso do ódio no estado democrático de direito: o uso da liberdade de expressão como forma de violência. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2015.

59 Idem.

60 COSTA NETO, João. Liberdade de expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 204.

61 STROPPIA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. Revista Eletrônica do Curso de Direito (UFSM), v. 10, n. 2, 2015.

62 Idem.

63 SILVA, Rosane Leal e at all. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. Revista Direito GV. São Paulo. julho-dez 2011, p. 446

público alvo atingido.

Existem muitas maneiras de verificar se uma determinada informação que está circulando pelas redes sociais é verdadeira ou falsa. Assim se o indivíduo foi negligente deve sofrer a punição. Contudo, há pessoas que estão expressando suas crenças e opiniões por motivos de raça, gênero, religião que englobam o ódio, mas não são fake news, logo não tendem a checar a credibilidade da informação. Estudos recentes, comprovam que os indivíduos têm preferência as informações que corroborem com os seus ideais. Mesmo assim, por violar a dignidade da pessoa humana, a punição deve ser aplicada⁶⁴.

Considerações finais

Pelo exposto, foi possível analisar que o processo de evolução de conquista da expressão feminina foi lento, assim como a conquista de todos os demais direitos das mulheres, ficando em segundo plano. Primeiramente, sempre os homens. Foi possível verificar também, que se não fosse alguma mulher, em determinado dia, se levantando em prol da garantia de um direito feminino e por essa razão sofrendo retaliações da época, ainda no século XXI não haveria avanços. E até os dias atuais, de certa forma, essas retaliações ainda são vivenciadas em muitos lugares do mundo.

Permanece a seguinte dúvida: por que a mulher se dizia feliz, mas não o era? Foi descoberto e custa ainda para alguns aceitarem que a mulher não é uma soma de qualidades que lhe coloram como se fossem rótulos. A mulher é uma natureza bipolar como qualquer outro ser humano: morte e vida, adulto e criança, com todos os instintos presentes. Assim, a mulher que é apenas mãe e dona de casa vive em função de algo externo, sua vida se justifica em outras pessoas. Contudo, a verdadeira educação seria preparar alguém para realizar-se em plenitude.

Foi levantado questionamento sobre a inserção do feminina no ciberespaço, uma vez que também fazia parte dos privilégios masculinos. Percebeu-se, então, que o empoderamento feminino poderia ser conquistado via internet. Além do que, aliando um maior número de proporção e fomentando a desconstrução de ideários envoltos das mulheres, as interações versus rede se estabelecem como objeto de pesquisa das ciências e academias. A internet surge, então, como medida propulsora de fé e esperança na transformação de toda a sociedade, nas demais situações de indignação e injustiça.

Como característica fundamental da nova onda de mobilizações feministas, a popularização da internet possibilita maior democratização na construção e divulgação de ideias, na medida em que qualquer um pode criar textos e vídeos e compartilhá-los nas redes sociais digitais. Assim, ideias feministas antes restritas a pequenos grupos tomam grandes proporções. Isto porque o ciberfeminismo é capaz de transportar determinado movimento social local à nível global, inserindo-o no bojo de discussões regentes, atuais e relevantes, trazendo à tona a pertinência de sua visibilidade e a construção de novas teias de relacionamento, assim aprendendo e importando novas formas de articulação globais.

64

Ibidem, p. 3

Por exemplo, nas redes sociais digitais são recorrentes as campanhas que defendem a igualdade de direitos e oportunidades para as mulheres. Tais campanhas são criadas por indivíduos ou pequenos grupos e compartilhadas por muitas mulheres, possibilitando a construção de identidades feministas entre as usuárias das redes. E nesse sentido, a rede digital possibilita a massificação do que é o feminismo (ainda que não a massificação das feministas).

Referências

ARAUJO, Natalia Ramos Nabuco. *Liberdade e Expressão e o Discurso do Ódio*. Curitiba: Juruá, 2018.

BITTONI, Ducília Schroeder. *Mulher de papel, a representação da mulher pela imprensa feminina brasileira*. 2ª ed. São Paulo: Summus, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 mai. 2021.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso de ódio? Algumas observações sobre o Direito Alemão e o Americano. *Revista Direito Público*, v. 15, jan, fev, mar/2007.

CARCARÁ, Thiago Anastácio. *Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

COSTA NETO, João. *Liberdade de expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

HARAWAY, Donna J. *Manifesto Ciborgue: ciência, tecnologia e feminismo-socialista no final do século XX*. In: *Antropologia do Ciborgue: As Vertigens do Pós-humano*. SILVA, Tomaz Tadeu da (org.). Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

LEMONS, Marina Gazire. *Ciberfeminismo: Novos discursos do feminino em redes eletrônicas*. 2009. 129 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação e Semiótica) – Programa de Pós Graduação em Comunicação, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC – SP), São Paulo, 2009.

MERRIAM WEBSTER. *The Real Story of Fake News*. Disponível em: < <https://www.merriam-webster.com/words-at-play/the-real-story-of-fake-news>>. Acesso em: 05 mai. 2021.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. Batoche Books, Kitchner, 2001.

NIETZCHE, Friedrich Wilhelm. *A Genealogia da Moral*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Cia das Letras, 2009.

POTIGUAR, Alex Lobato. *Discurso do ódio no estado democrático de direito: o uso da liberdade de expressão como forma de violência*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2015.

RAIS, Diogo (coordenador). *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

ROCHA, Fernanda de Brito Mota. A quarta onda do movimento feminista: o fenômeno do ativismo digital. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2017.

SCHAFFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton. Discurso de ódio. Da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515193/001049120.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 04 mai. 2021.

SILVA, Rosane Leal e at all. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. Revista Direito GV. São Paulo. julho-dez 2011.

SODRÉ, Nelson Werneck. História da imprensa no Brasil. 4 ed. Rio de Janeiro: Mauad, 1999.

STROPPA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. Revista Eletrônica do Curso de Direito (UFMS), v. 10, n. 2, 2015.

WOITOWICZ, Karina Janz. Marcos históricos da inserção das mulheres na imprensa: A conquista da escrita feminina. Porto Alegre: Jornal Alcar UFRGS, 2012.



REVISTA IBÉRICA DO DIREITO



IBEROJUR

INSTITUTO IBEROAMERICANO
DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 2, Número 1,
Ano 2
2021

ISSN 2184-7487
Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal

www.revistaibericadodireito.pt