

REVISTA IBÉRICA DO DIREITO

Volume 3, Número 1,
Ano 3
2022

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. 3 | Número 1 | Jan/Jun | 2022



BASES DE DADOS E INDEXADORES



PKP|INDEX



Revista Ibérica do Direito - RID

Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos - IBEROJUR

Vol. 3 | Número 1 | Jan/Jun | 2022

Porto, Portugal

Editor-Chefe: Fábio da Silva Veiga

Editor-Adjunto: 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

EDITOR-ADJUNTO

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 Martn Rodriguez, 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 Patricia 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. 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

Universo digital, fake news e política: que democracia está sendo construída no meio virtual?	03
<i>Antonio Celso Baeta Minhoto</i>	
El acuerdo interinstitucional en la práctica peruana de derecho internacional: Reexamen de “The Concept of Treaty in International Law” de Klabbers	26
<i>Pablo César Rosales Zamora</i>	
A Função Social do Compliance: Restauração do Pertencimento Social	52
<i>Ms. Ygor Pierry Piemonte Ditão</i> <i>Ms. Miguel Carlos Cristiano</i>	
A Propriedade Imobiliária Privada e os Desafios dos Países Lusófonos, especialmente Portugal, Brasil, Cabo-Verde, Angola e Moçambique, Aspectos Legais e Sociais na Aplicabilidade das Normas Constitucionais ao Direito da Propriedade	75
<i>Romulo Sérgio de Carvalho Guerra</i>	
Sandbox regulatório e novos modelos de serviços jurídicos: os impactos da liberalização no Brasil	95
<i>Bernardo de Azevedo e Souza</i> <i>Wilson Engelmann</i>	
Uma nova marca de democracia? O caso chinês	107
<i>Maria João Pereira de Melo</i>	
A responsabilidade penal do administrador e os programas de Compliance: aportes dogmáticos acerca da possibilidade de isenção ou mitigação da pena	127
<i>Francis Rafael Beck</i> <i>Fabrizio Bon Vecchio</i>	
Reabilitação Profissional no Brasil na contramão do direito ao trabalho	144
<i>Joana D’Arc Nicolau De Melo</i>	

A Revista Ibérica do Direito (RID) se consolidou como instrumento de divulgação científica de investigadores Ibero-americanos, permitindo que a comunidade jurídica internacional tenha conhecimento e acesso a produção científica atualizada em línguas portuguesa e espanhola.

A presente edição da RID percorre essa missão da RID, apresentando ao público, no seu terceiro número, um conjunto de artigos que expõem a pesquisa de investigadores e instituições comprometidas com a resposta jurídica a problemas concretos, cujo objetivo a ciência jurídica tem respostas mais ou menos acertadas, e que no todo, vai se corrigindo no processo de construção do debate jurídico, ora mais técnico do ponto de vista da formalidade, ora mais filosófico, sociológico e político social, sob o prisma da formação do pensamento jurídico. O operador do direito lida diuturnamente com a própria dinâmica de interpretação de factos e de aplicação das normas, e deve estar, ao mesmo tempo, ao lado do conhecimento, da razão e da sensibilidade da justiça.

Boa leitura!

Fábio da Silva Veiga
Editor-chefe da RID

Universo digital, fake news e política: que democracia está sendo construída no meio virtual?

*DIGITAL UNIVERSE, FAKE NEWS AND POLICY:
WHAT DEMOCRACY IS BEING BUILT IN THE VIRTUAL MEDIUM?*

Antonio Celso Baeta Minhoto¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Universo digital: onde aportamos o nosso barco contemporâneo? 3. Universo digital – 2ª parte: quem é, afinal, lido, visto, ouvido, seguido e considerado? A sedução dos discursos e teorias simplistas e/ou conspiratórias; 4. O fenômeno das fake news e a democracia; Considerações finais; Referências.

Resumo: o universo virtual é hoje rigorosamente central na vivência social em diversos segmentos, algo a englobar por certo a democracia. Vê-se, no entanto, transportadas para o universo digital algumas problemáticas já observadas no meio físico, mas como que amplificadas ou pelo menos rapidamente disseminadas no meio digital ou virtual. Uma dessas questões é o fenômeno das fake news. Indagar, percorrer e buscar responder que efeitos esse fenômeno pode ter sobre a democracia é o objetivo central deste estudo.

Palavras-chave: universo virtual; democracia; fake news.

Abstract: the virtual universe is today rigorously central to social experience in various segments, something that certainly encompasses democracy. However, some problems already observed in the physical environment are transported to the digital universe, but as if they are amplified or at least quickly disseminated in the digital or virtual environment. One of these issues is the phenomenon of fake news. Inquiring, traversing and seeking to answer what effects this phenomenon can have on democracy is the main objective of this study.

Keywords: virtual universe; democracy; fake news.

¹ Doutor em Direito Público pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru, SP; Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP; Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Libre de Bogotá, Colômbia; Professor convidado das Universidades de Liège e Leuven, na Bélgica, e Anahuac, na Cidade do México; Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Cruzeiro do Sul, sistema EaD; advogado atuante e autor de obras jurídicas. E-mail: antonio@baetaminhoto.com.br.

1. Introdução

O universo digital ou virtual é hoje uma realidade incontornável em nossa sociedade. Não se concebe mais possamos de algum modo abrir mão ou, ainda menos, regredir neste campo. Diz-se haver uma grande expansão da própria ideia de democracia no ambiente virtual, afinal, se a democracia se torna mais e mais robusta quanto mais forem as vozes nela incluídas, possibilitar essa manifestação em larga escala deve ou deveria ser um ganho neste sentido.

A realidade, contudo, parece colocar em xeque essa certeza. Se nos voltamos de modo especial para as redes sociais, vemos muitas manifestações, contudo, há relevância? Falar e escrever, ou postar imagens, filmes e “memes”, pode ser expressão de grande liberdade, contudo, não necessariamente significa grande participação. A busca por seguidores, curtidas, compartilhamentos ou comentários pode ser enganosa também, afinal, aferir essa repercussão e também seus efeitos – permanentes ou passageiros – parece ser tarefa igualmente tormentosa.

De todo modo, no modelo tradicional de comunicação, haviam veículos que podemos qualificar de oficiais ou ao menos formalizados de disseminação das notícias e mesmo das opiniões. Esses veículos gozavam de alguma confiabilidade e boa-fé por parte das pessoas em geral. Num ambiente virtual, contudo, em que todos podem falar, escrever e postar praticamente qualquer coisa, essa confiabilidade se esgarça e abrem-se as portas não apenas para a irrelevância do divulgado, ou postado, mas também quanto a sua veracidade.

Entram em cena as fake news. E aqui não se trata de uma simples inverdade, mas de uma inverdade qualificada e direcionada a um objetivo, se trata de uma ferramenta inserida na arena democrática e cuja função se bifurca em ao menos duas principais: a. atingir politicamente um adversário e; b. criar fatos favoráveis, porém inexistentes, em favor do criador das fake news.

Sobre os pontos acima se dedicam as linhas a seguir dispostas. O tema é momentoso e extremamente polêmico e, bem por isso, nem se precisaria observar, façamo-lo porém mesmo sob às penas da redundância: não tem o

presente estudo a pretensão de esgotar o assunto, porém apenas ser uma salutar provocação a uma ampliação no arco de considerações no contexto deste importantíssimo debate contemporâneo.

2. Universo digital: onde aportamos o nosso barco contemporâneo?

Podemos indicar como um universo digital toda a rede mundial de computadores, a internet, assim como podemos ajustar o foco, dentro deste universo bastante vasto, para as chamadas “redes sociais”, verdadeiras praças virtuais onde se compartilham visões, opiniões, sentimentos, impressões, objetivos e valores, ou mesmo a ausência destes últimos.

Como uma manifestação social, não se pode qualificá-la propriamente de boa ou má, excelente ou ruim. Cabe, sobretudo, analisá-la. Tal como ocorrido com o fenômeno da globalização – inevitável para uns e deletéria para outros – aqui também quadra mais investigar que criticar ou aderir, pura e simplesmente².

Há aspectos claramente positivos não somente em relação à internet, bem como relacionados às redes sociais. Essa grande ágora permite o conhecimento de fatos de modo imediato, assim como a disseminação desses fatos igualmente de modo imediato.

É positivo, por um lado, torna, contudo, as relações tão friáveis e efêmeras quanto o ritmo das informações, com fatos e opiniões transitando freneticamente, e constantemente, neste ambiente virtual. É o chamado mundo online e a sociedade a ele correspondente, aquela nomeada de líquida por Zygmunt Bauman³.

² Sobre a questão da globalização e sua alegada inevitabilidade, Renato Ortiz comenta o seguinte: “O que constatamos é que nas condições atuais, um grande complicador vem do fato de que a globalização é frequentemente considerada uma fatalidade, baseada num exagerado encantamento pelas técnicas de ponta e com negligência quanto ao fator nacional, deixando-se de lado o papel do território utilizado pela sociedade como um seu retrato dinâmico (...) É muito difundida a ideia segundo a qual o processo e a forma atuais da globalização seriam irreversíveis. Isso também tem a ver com a força com a qual o fenômeno se revela e instala em todos os lugares em todas as esferas da vida, levando a pensar que não há alternativas para o presente estado de coisas”. **ORTIZ**, Renato. **Mundialização e Cultura**. Brasiliense: São Paulo, 1994, p. 34.

³ Bauman observa as redes sociais e em tom crítico indica que “*tudo é mais fácil na vida virtual, mas perdemos a arte das relações sociais e da amizade*”. **ZYGMUNT**, Bauman. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 45.

O chamado universo ou mundo digital poderia ser visto como uma espécie de Shangri-lá do direito à livre expressão tomado num sentido amplo (pensamento, opinião, informação, ser informado, informar, crítica). Há de fato quem mostre uma visão entusiasmada com esse novo ambiente, concebendo-o mesmo como vital à democracia ou como algo vindo para robustecer, patrocinar e estimular a participação popular na vida social:

No cabe duda de que las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) e Internet facilitan la puesta en funcionamiento de los sistemas políticos democráticos. Aquí vamos a presentar tres ejemplos que lo prueban inequívocamente. Uno está referido al auxilio a la elección de los representantes políticos. Otro se refiere al acceso de los ciudadanos a los servicios públicos por medios electrónicos⁴.

E pode mesmo o ser, mas seguramente não é só isso e mesmo se nos ativermos somente ao exercício desse direito, já teremos material de sobra para refletir sobre preocupantes consequências de seu mau uso, ou de seu uso regular, contudo não exatamente como previsto ou projetado primitivamente, em desfavor justamente da democracia e do Estado de Direito.

É razoavelmente clara a construção de um espaço virtual de exposição de ideias, de modo especial nas redes sociais, como mencionado acima. Essa espécie de “ágora virtual”, contudo, não se desenvolve sobre regras claras, sendo em algumas situações algo inclusive sem regra nenhuma. Isso torna as redes sociais e a internet um território de convivência rica, porém igualmente tempestuosa, servindo como um canal de projeção de ações ou iniciativas nobres, assim como há pleno espaço para discursos de ódio, discriminação e ideias de baixa extração.

Num estudo sobre o tema, uma pesquisadora comenta justamente sobre este particular, lembrando que o conceito “de catarse cibernética configura a construção de relatos performáticos em plataformas digitais”, prossegue ela, “a

⁴ **AYUDA**, Fernando Galindo. **Democracia, internet y gobernanza: una concreción**. Sequência (Florianópolis) nº 65 Florianópolis Dec. 2012, disponível em <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n65p33>, acesso em 20 de julho de 2021.

exemplo do Facebook, Twitter, Instagram, expõem emoções, atividades diárias, opiniões e afins produzidos pelos próprios usuários”.

A mesma pesquisadora ainda explica serem tais relatos “chamados de postagens (post) e contemplam os mais diversos eventos: a publicitação de ideias ou de simples opiniões, narrativas de assalto ou acidente, comunicação sobre a perda de um ente querido ou sobre o fim do namoro”, bem como, “indignação com a política e a violência, manifestações contrárias às diversas formas de preconceito, exteriorização de sentimentos de ódio, entusiasmo, medo, intolerância, entre outras.⁵”

Há uma premissa de fundo ligada à internet, notadamente em relação às redes sociais cibernéticas, com clara adesão à ideia fundante de democracia: se a manifestação de mais e mais vozes, se a expressão dos pensamentos, ideias, concepções, propostas, é algo positivo a qualquer democracia, isso também o será, talvez ainda mais, no ambiente cibernético da rede de computadores que, desse modo, pode ser criticada por vários aspectos ou por várias razões, contudo, inegavelmente deu espaço de manifestação a muitos, a milhares, a milhões, a bilhões até.

Dar voz, contudo, significa ser ouvido? Gilles Delleuze não é o único, mas certamente é um dos mais destacados críticos dessa condição de pretensa ou suposta liberdade, muito mais assemelhada a uma prisão nesta linha de concepção. Justamente por isso o filósofo em questão, já em 1995, há quase três décadas, portanto, observava que a dificuldade hoje...

não é mais que não podemos expressar livremente nossas opiniões, mas criar livres espaços de solidão e silêncio em que encontremos algo a dizer. As forças repressivas não nos impedem de expressar nossa opinião. Ao contrário, elas até nos obrigam a isso. Que libertação é ao menos uma vez não ter que dizer nada e poder ficar em silêncio, porque só então temos a

⁵ **SILVA**, Renata Nascimento da. **A máscara obscura do ódio racial: segregação, anonimato e violência nas redes sociais**. Dissertação de mestrado. Niterói: Universidade Federal Fluminense. 2018, p. 83. Recomenda-se ainda a leitura de interessante artigo sobre o tema: **ROTHENBURG**, Walter Claudius e; **STROPPIA**, Tatiana. **Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais**. Disponível em <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/563/2019/09/6-21.pdf>, acesso em 21 de julho de 2021.

possibilidade de criar algo cada vez mais raro: algo que realmente valha a pena ser dito⁶

Byung-Chul Han comenta sobre o ora exposto, criticando, assim como Delleuze, a ilusória liberdade de manifestação das pessoas, em verdade uma nova e sofisticada forma de aprisionamento em sua opinião. Ele, contudo, localiza no capitalismo e no neoliberalismo a raiz dessa condição por ele nomeada de servidão absoluta e voluntária.

Para Han, “o capital gera as suas próprias necessidades, que erroneamente percebemos como se fossem nossas (...) o neoliberalismo transforma o cidadão em consumidor. A liberdade do cidadão cede diante da passividade do consumidor” e segue o autor em tela analisando influências desse novo ambiente sócio-cultural-econômico sobre a vida política, sendo esta como que fagocitada por essa nova ordem, daí porque, atualmente...

o eleitor enquanto consumidor não tem nenhum interesse real pela política, pela formação ativa da comunidade. Não está disposto a um comum agir político, tampouco é capacitado para tal. O eleitor apenas reage de forma passiva à política, criticando, reclamando, exatamente como faz o consumidor diante de um produto ou de um serviço de que não gosta. Os políticos e os partidos seguem a mesma lógica do consumo. Eles têm que fornecer. Com isso, degradam-se a fornecedores, que têm que satisfazer os eleitores como consumidores ou clientes.⁷

As pessoas são estimuladas a se a manifestar, a falar, escrever, expor as suas preferências em todos os campos, comida, viagens, sexualidade, afetividade, vida intelectual, cinema, teatro, política, isso tudo, no entanto, significa participação? Claramente não.

3. Universo digital – 2ª parte: quem é, afinal, lido, visto, ouvido, seguido e considerado? A sedução dos discursos e teorias simplistas e/ou conspiratórias

⁶ DELLEUZE, Gilles. *Mediators*. “*Negotiations*”, New York, 1995, p. 121.

⁷ HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica – Neoliberalismo e as novas técnicas de poder*. Belo Horizonte: Âyiné, 2018, pp. 16 e 21.

O tópico presente é claramente um desdobramento do anterior. É atraente, e traz um toque de um certo romantismo político, nomear o mundo virtual, notadamente as redes sociais, de “ágoras universais”, como transcrevemos acima.

Diferente, contudo, da ágora ateniense, em que poucos no fim das contas poderiam se manifestar, mas ao menos eram ouvidos, temos agora um espaço com muitas vozes, porém, com questionável relevância e principalmente com, por vezes, baixa ou nenhuma audição pelos compartilhadores daquele espaço e daquele momento.

E isso, inclusive, pode ter conexões mais ou menos evidentes justamente com os discursos ou com as ideias a serem evitadas, vinculadas a discriminação, desprezo, ódio ou mesmo simples indiferença.

Sentindo-se apartado daquela comunidade por não ser de fato ouvido, sendo apenas escutado e tolerado, o indivíduo deixa, ou pode deixar, ele também de nutrir qualquer apreço por aquela oportunidade de manifestação e passa a ver nela apenas um canal limitado de veiculação de seus afetos mais primitivos e grosseiros.

O sujeito é mantido numa condição de permanente manifestação ou, ainda melhor, de necessidade de manifestação, porém, essa quase sempre se revela um grande vazio, uma interação fugidia, circunstancial, pontual, episódica, muitas vezes uma oportunidade de realizar algum de tipo de procedimento catártico, de exorcizar frustrações, ressentimentos e mesmo ódio especialmente sobre o outro e ainda mais especialmente sobre o pensamento alheio, seus sentimentos e proposições ao mundo, notadamente quando divergentes do sujeito manifestante.

Desse modo, a tão criticada polarização presente nos debates político-ideológicos de um modo geral, é apenas uma consequência natural dentro desse contexto. Se o indivíduo não é de fato ouvido e considerado, sua tendência, de certo modo natural, será a de buscar acolhimento em algum grupo cujo pensamento e visão de vida sejam similares às suas, fazendo parte desse processo de acolhimento, nada obstante, uma espécie de pacto silencioso,

conquanto perfeitamente compreensível pelos participantes daquela situação: o prazer de se sentir parte integrante de um grupo exige a adesão incondicional e completa às ideias desse grupo. A divergência, mesmo sem rompimento, não é, portanto, uma opção.

Tomemos como exemplo ilustrativo um dos fenômenos mais marcantes de nossa contemporaneidade, o chamado negacionismo. Conceitualmente, e de modo bastante sucinto, é a negação da realidade, ou de certos aspectos ou fatos a ela relacionados, estimulada pela pouca ou nenhuma disposição em aceitar uma verdade desconfortável ou simplesmente desafiadora.

Rechaça-se uma realidade empiricamente verificável, rejeitando-se assim conceitos básicos, incontestáveis e fundamentados em consenso científico, em prol de ideias extremistas, controversas ou simplesmente bizarras, porém geradoras de uma determinada situação de conforto.

O negacionista se mostra impermeável a qualquer tipo de ponderação de ideias ou argumentos potencialmente – mesmo remotamente – capazes de colocar em xeque as suas certezas. No fundo é um mecanismo de defesa, de auto-preservação do indivíduo cuja verdade, mesmo relativa, é por vezes todo o seu alicerce como ser. Diethelm e McKee observam o seguinte⁸:

Os negacionistas são movidos por uma série de motivações. Para alguns, é ganância, atraída pela generosidade corporativa das indústrias de petróleo e tabaco, por exemplo. Para outros, é ideologia ou fé, fazendo com que rejeitem qualquer coisa incompatível com suas crenças fundamentais. Finalmente, há excentricidade e idiossincrasia, às vezes encorajadas pelo status de celebridade conferido ao rebelde pela mídia.

Os mesmos autores acima mencionados ainda comentam sobre a impossibilidade frequente de se estabelecer um debate profícuo de fato com um negacionista, argumentando haver numa manifestação como esta, um debate ou mesmo um diálogo, o pressuposto de uma mútua aceitação de certas regras

⁸ DIETHELM, Pascal; MCKEE, Martin. **Denialism: what is it and how should scientists respond?** *European Journal of Public Health*, Volume 19, Issue 1, January 2009, Pages 2–4, disponível em <https://doi.org/10.1093/eurpub/ckn139>, acesso em 23 de julho de 2021.

e de um discurso significativo, sendo este “impossível quando uma das partes rejeita essas regras”⁹.

Também comentando sobre o tema ora exposto, a antropóloga Eugenie Carol Scott traz o exemplo bastante conhecido dos defensores da teoria da terra plana (flat earth theory), vendo neste grupo um exemplo de "teologia extrema bíblico-literalista: a terra é plana porque a Bíblia diz que é plana, independentemente do que a ciência nos diz"¹⁰.

Os defensores de uma teoria como essa, se bem analisada a questão, nem mesmo querem debater ou conversar de fato a respeito. É algo posto de modo binário: aceitação ou não aceitação; adesão ou não adesão. Os aderentes imediatamente passam a fazer parte de uma comunidade de pessoas comungantes à certas e determinadas ideias – se poderia mesmo dizer pré-determinadas – e os não aderentes são os dissonantes, seres a serem catequisados/convencidos/convertidos, ou então combatidos.

Vemos aqui como a questão das regras de um debate racional são inúteis no caso, pois o argumento utilizado pelos negacionistas é incontrastável com qualquer evidência científica em sentido oposto ao que se possa trazer ou alegar.

Dentro do contexto ora exposto, um exemplo a ser considerado por sua centralidade é o negacionismo em torno da COVID 19, mais especificamente do seu tratamento. Devemos neste ponto, para fins ilustrativos, retroceder ao início do século XX quando o conhecido médico e sanitarista Oswaldo Cruz enfrentou no Rio de Janeiro epidemias de peste bubônica, febre amarela e varíola.

Em relação à primeira, e diante do insucesso de uma campanha de conscientização, Cruz adotou uma saída simples, eficiente, bastante perspicaz: passou a comprar os ratos, grandes vetores da doença, da população. Rapidamente a epidemia retrocedeu. Em relação à segunda, houve uma ação oficial maciça com carroças pulverizadoras para acabar com os focos do

⁹ *Idem, ibidem.*

¹⁰ **SCOTT**, Eugenie Carol. **Antievolution and Creationism in the United States**. Annual Review of Anthropology, Vol. 26 (1997), pp. 263-289, disponível em <http://www.jstor.org/stable/295252>, acesso em 23 de julho de 2021.

mosquito, procedimento utilizado até hoje com sucesso para combater o *aedes aegypti*¹¹.

Em relação à varíola, contudo, a resistência da população foi grande. Como a vacina para tal doença se baseava na inoculação do vírus em vacas para depois, a partir do sangue destes animais, produzir a vacina para humanos, houve a formação de um grande temor na sociedade em geral.

Não se compreendia o mecanismo e o medo campeou. Esse ambiente se extremou com a edição da lei nº 1.261, de 31 de outubro de 1904, cujo teor obrigava a população a ser vacinada, gerando um contramovimento conhecido como Revolta da Vacina.

Estamos com o exemplo acima, contudo, nos referindo ao início do século XX e a uma cidade, o Rio de Janeiro, com uma situação sanitária extremamente precária naquele momento. Compreende-se, ao menos em boa medida, a resistência calçada no desconhecimento, na ignorância, a um tratamento eficaz para uma doença mortal. Como explicar, contudo, a existência de movimentos anti-vacinais e também de movimentos negacionistas em relação à COVID 19 em pleno século XXI?

Essa surpresa é compartilhada por Kenneth Camargo Junior quando este faz um paralelo entre o momento histórico acima indicado e o atual: “em circunstâncias históricas anteriores, grande parte desta resistência podia ser atribuída à ignorância sobre as vacinas ou a sua eficácia. A existência de tais movimentos em países com populações altamente instruídas na véspera da terceira década do século XXI é mais difícil de compreender.¹²”

Neste ponto vemos como os fenômenos negacionista e anti-vacinal se inter cruzam com as fake news, afinal, toda a sorte de inverdades, distorções e

¹¹ Para um melhor entendimento do tema, ver **ASANUM**, Eduardo Seide; **NAIWERTH**, Rafaela Vieira. **O processo de formação territorial brasileiro a partir da Revolta da Vacina - Rio de Janeiro/RJ (1904) associado com o movimento antivacina atual (COVID-19)**. Disponível em <http://anais.uel.br/portal/index.php/contestado/article/view/934/1349>, acesso em 21 de agosto de 2021.

¹² **CAMARGO JUNIOR**, Kenneth Rochel de. **Lá vamos nós outra vez: a reemergência do ativismo antivacina na Internet**. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 36, n. 14, e00037620, Fev. 2020. Disponível em: <http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/1151/la-vamos-nos-outra-vez-a-reemergencia-do-ativismo-antivacina-na-internet>. Acesso em 15 de agosto de 2021.

invenções no pior sentido do termo – são criadas com o fito de reforçar crenças e pré-compreensões profundamente arraigadas em parte da população, envolvendo desde teorias de uma criação deliberada do Coronavírus em laboratórios chineses, até a nomeação das vacinas vindas da China de “vachinas”, termo viralizado na internet, criando-se inclusive teorias conspiratórias tais como a implantação de um chip de controle comportamental naqueles submetidos à vacinação¹³.

Parece realmente haver uma força bastante considerável, para as pessoas em geral, de modo a tornar mais atraente a afirmação ou reafirmação de suas crenças – mesmo sem qualquer comprovação, ou mesmo indício de veracidade – ao invés de aceitar uma verdade aparentemente fora dos limites de suas compreensões, pouco importando esteja ela fundamentada em dados objetivos.

4. O fenômeno das fake news e a democracia

Em acréscimo ao já exposto, uma das mais candentes e contemporâneas questões a inter cruzar a democracia e o ambiente virtual, ou digital, é o fenômeno das fake news. Um ponto central na análise desse tema é buscar responder por que a ideia de uma notícia falsa é tão atraente para muitos, a ponto de ser disseminada de maneira absolutamente ilimitada e, mais ainda, muitas vezes estando claro o seu caráter inverídico ou ao menos de distorção de um fato.

¹³ A teoria do *chip* na vacina surgiu ainda na campanha presidencial norte-americana de 2020. Àquela altura, Donald Trump havia se infectado com o Corona vírus, COVID 19, e um radialista de nome Charlamagne Tha God, afirmou que tudo era parte de um grande plano, pois Trump se vacinaria, isso estimularia a vacinação e o chip vacinal seria implantado em toda a população, inclusive com objetivos eleitorais. Note-se que ainda hoje os EUA são um exemplo de país com ainda grandes resistências da população à vacinação contra a COVID 19. Conferir texto de **SRISKANDARAJAH**, Ike. **Where did the microchip vaccine conspiracy theory come from anyway?**. Disponível em <https://www.theverge.com/22516823/covid-vaccine-microchip-conspiracy-theory-explained-reddit>, acesso em 15 de agosto de 2021. A edição digital do “El País” noticiou, em 21 de agosto de 2021, numa reportagem intitulada “**Os Estados Unidos que não se vacinam e mais se contagiam**”, a intensa dificuldade de se convencer os norte-americanos a se vacinarem, sendo que em alguns estados, como a Louisiana, “*metade de sua população permanece sem a imunização por medo, negligência ou rejeição ao Governo*”. Disponível em <https://brasil.elpais.com/sociedade/2021-08-08/os-estados-unidos-que-nao-se-vacinam-e-mais-se-contagiam.html>, acesso em 22 de agosto de 2021.

É atualmente uma manifestação inegavelmente forte, onipresente, de incrível aceitação, muito embora se possa imaginar o oposto. É uma ideia forte por ser universal? Pouco provável. O Esperanto, a chamada “língua universal”, uma louvável tentativa de unificar toda a humanidade sob uma linguagem única, fracassou, e seu caráter geral universalizante não impediu esse malogro.

Muito embora se diga ser uma língua falada em 120 países¹⁴, na verdade é muito mais uma manifestação diletante de alguns cultores dessa iniciativa, sem maiores impactos práticos nas vidas cotidianas das pessoas. Não há manuais técnicos, versões das constituições, cultos religiosos e nada mais manifestado em esperanto, sequer de tempos em tempos.

É preciso existir uma identificação com determinados valores para uma ideia, a uma, se estabelecer; a duas; ser aceita numa razoável medida; a três, se disseminar e; a quatro, ser de algum modo prestigiada.

Nada obstante, o olhar sobre as fake news como objeto de estudo deve ser isento de valorações morais, caso contrário se perde o foco de buscar saber por que estão aí e tem tanta força. Não se pode transformar pesquisa, atividade necessariamente fundada em análise, numa espécie de tribunal moral ou mesmo num apanhado de exortações. É preciso, acima de tudo, entender o fenômeno em apreço.

Victor Hugo, em uma frase sua multicitada, lembra que “nada é tão forte quanto uma ideia cujo tempo chegou” e o mago dos computadores, Steve Jobs, dizia: “as pessoas não sabem o que querem até que você mostre a elas.” Parece ser plenamente possível encaixar nestes enunciados as fake news, tanto para mostrar a sua força como para entender o preenchimento, por este fenômeno, de uma necessidade, até mesmo de uma carência nas pessoas.

O início de uma notícia falsa é, necessariamente, doloso. Não se imagina a produção de uma notícia sobre um fato inexistente ou a distorção sobre um

¹⁴ O sítio eletrônico da associação internacional de esperanto registra a presença de falantes dessa língua em 120 países, ou representantes da associação nestes países todos, algo a passar bem ao largo de um acolhimento do esperanto como língua alternativa pelas populações e governos desses países. Conferir em https://uea.org/info/pt/kio_estas_uea, acesso em 5 de julho de 2021.

fato existente, sem haver intenção de seu produtor – seja quem for – quanto a esse caráter irreal.

Quem faz ou pratica aquele ato tem, portanto, consciência de sua falsidade. Já aquele a quem se direciona essa “notícia” e chega a disseminá-la, via de regra, age de modo culposo, considerando-se não haver de sua parte conhecimento e consciência do caráter falso ou inverídico daquela manifestação.

Essa regra da “não intenção” pode ser relativizada e no meio ideológico-político isso se dá com alguma frequência. A neutralidade intencional pode ceder espaço a um certo viés utilitário, uma avaliação de conveniência, levando o receptor da notícia falsa à sua aceitação e disseminação como algo sabidamente falso, porém alinhado ou sintonizado com suas próprias ideias e valores.

Esse eventual dolo na aceitação se encontra vinculado a outro aspecto, o da identificação. Esse caráter de “utilidade”, assim, se manifesta com relação a uma determinada gama de valores, sentimentos, percepções, impressões, interesses, desejos, em relação aos quais o receptor da mensagem cria uma identificação. Ter este elemento em conta é fundamental para se entender porque um relato inverídico, por vezes sabidamente inverídico, é aceito e disseminado.

Essa identificação pode se dar tanto em relação a algo bastante objetivo, quanto a um sentimento, um desejo, uma visão de mundo, itens mais subjetivos. Neste sentido, a “notícia” é recebida e, mesmo sabedor da inverdade daquela manifestação, ou de sua distorção em relação aos fatos realmente ocorridos, teremos, nesta hipótese, a assunção, pelo receptor, de sua consciente aceitação, recepção e repasse.

As fake news são organizadas em fases bem claras e distintas, muito embora obviamente conectadas entre si: intenção (ou concepção), criação, aceitação (identificação) e disseminação. E, como já observado, se nas fases de intenção e criação o dolo é elemento indissociável, nas fases de aceitação e disseminação, ele poderá estar presente ou não. Esquemáticamente temos o seguinte quadro expositivo:

FAKE NEWS	Fase 1.	Intenção ou concepção (dolo)	Criador/Iniciador
	Fase 2.	Criação (dolo)	
	Fase 3.	Aceitação (sujeito passivo/ativo)	→ por imaginar ser verdadeiro (culpa)
			→ por saber ser falso, mas “útil” (dolo)
	Fase 4.	Disseminação (sujeito passivo/ativo)	→ por imaginar ser verdadeiro (culpa)
			→ por saber ser falso, mas “útil” (dolo)

Já vimos anteriormente, neste mesmo estudo, a questão das teorias conspiratórias, ou simplesmente alternativas, como “zonas de conforto ideológico” para quem as cria e/ou adota, e eventualmente também as dissemina. Para aqueles inseridos no campo dos disseminadores dolosos de fake news, entender por que o fazem não é difícil. Há algum ganho, seja financeiro, ideológico e até mesmo pessoal, de projeção de seu próprio nome, de vaidade. Mas dentre aquel’outros cuja ação é culposa, resultado de falta de reflexão ou cuidado com o disseminado, uma grande interrogação surge.

Em entrevista ao portal eletrônico Sapo, de Portugal, a psicóloga e professora Daniela Nogueira, tendo estudado o tema do ponto de vista mais subjetivo e psicológico, começa afirmando que a crença em “notícias falsas tem

muito mais a ver com o coração do que com a cabeça” e prossegue, destacando ainda esse comportamento no contexto da pandemia da COVID 19:

Todos os seres humanos têm uma necessidade de encontrar explicações para o que nos acontece, isso permite-nos construir uma narrativa que dá coerência à nossa identidade. Perante um acontecimento desconhecido e imprevisível as emoções que emergem habitualmente são o medo e a tristeza, e a forma como respondemos para diminuir o desconforto suscitado por não conseguir arranjar explicações para o que está a acontecer, será pela aceitação de informação (mesmo que falsa) pois dá-nos uma sensação de segurança e de algum controlo da situação. Está assim aberto o caminho para o desenvolvimento das fake news e teorias da conspiração, que, no contexto da pandemia atual, nunca antes experienciado, torna-nos a todos potenciais alvos e potenciais disseminadores de notícias falsas. Não existem tipos de pessoas que acreditam e outras que não acreditam, pois as emoções são universais.

E conclui a psicóloga:

Ora, as notícias falsas mostram, assim, ‘um caminho alternativo’ (ainda que infundado), onde identificam as alegadas ameaças e as contrariam, permitindo assim aumentar a percepção de controlo que foi abalada. Tendemos a atribuir responsabilidade de acontecimentos negativos aos outros, como forma de neutralização da ameaça, o que nos ajuda a manter uma imagem positiva de nós próprios e do seu grupo de pertença, e as culpas são atribuídas aos outros e no seio destes grupos a opinião cristaliza-se, mesmo que muito distante da realidade¹⁵.

Alguém, exemplificativamente, cujas crenças o levam a acreditar estar ele e o restante da humanidade vivendo numa realidade paralela, uma espécie de “matrix”, havendo assim a necessidade premente de um despertar coletivo, naturalmente se sentirá atraído por teorias similares como as de extraterrenos ocupando postos de poder sob disfarces variados, a da “Terra plana”, “Terra oca” ou ainda “Lua oca”, mensagens cifradas em desenhos e filmes, governos ocultos, abduções extraterrenas, dentre outras mais, cujo conteúdo, para pessoas com esse perfil, não é exatamente o mais relevante, porém sim o caráter misterioso, desconhecido do “homem comum” e cuja revelação está

¹⁵ *Fake News. O outro vírus que a pandemia alastrou nas nossas vidas.* Disponível em https://ionline.sapo.pt/artigo/724836/fake-news-o-outro-virus-que-a-pandemia-alastrou-nas-nossas-vidas?seccao=Portugal_i, acesso em 20 de julho de 2021.

reservada somente para os suficientemente preparados e fortes para aceitar “a verdade”.

Para o ambiente das fake news, a estrutura não é tão distinta do acima exposto. Bem de se ver, é bastante semelhante, muito embora com suas nuances e características peculiares, próprias. A fim de ilustrar o ora exposto, bem como estabelecer um liame com a democracia, temos na eleição presidencial brasileira de 2018 um grande e ilustrativo laboratório de concepção, criação, aceitação e disseminação de notícias falsas.

Na reta final da campanha presidencial em foco, houve a disseminação de publicações veiculadas especialmente via aplicativo WhatsApp, dando conta de que o adversário de Jair Bolsonaro, Fernando Haddad, quando ministro da educação, teria criado e distribuído um certo “kit gay”, composto de livros com temática homossexual direcionados ao público infantil, contendo ainda uma abordagem erotizadora das crianças.

Justamente por ser isso uma inverdade, o TSE determinou a retirada das redes sociais de todas as páginas cujos conteúdos tratassem deste tema¹⁶. Mas, os danos à imagem do candidato envolvido no episódio já estavam presentes. Quando da retirada, estima-se ter sido dita notícia compartilhada por no mínimo 63.000 pessoas¹⁷. Se dimensionamos isso geometricamente, algo bastante natural em se tratando de redes sociais com uma pessoa possuindo diversos contatos, páginas, perfis e até blogs, vemos o tamanho ou a proporção tomada por algo dessa natureza.

Na mesma campanha em questão, ofertava-se a imagem da atriz Beatriz Segall, falecida em setembro daquele mesmo ano de 2018, com o olho roxo e escoriações no rosto, havendo abaixo de sua imagem a frase: “esta senhora foi agredida por petistas na rua quando gritou o nome de Bolsonaro”.

Beatriz, contudo, havia sofrido uma queda enquanto caminhava pela calçada e postou isso em suas redes sociais para denunciar a manutenção

¹⁶ <https://www.brasildefato.com.br/2018/10/16/tse-confirma-que-kit-gay-nunca-existiu-e-proibe-fake-news-de-bolsonaro>, acesso em 5 de julho de 2021.

¹⁷ https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/18/actualidad/1539847547_146583.html, acesso em 5 de julho de 2021.

deficitária dos espaços públicos e os riscos existentes especialmente para pessoas idosas como ela. Também neste caso o TSE determinou a retirada desta falsa notícia das redes sociais, porém, como já observado, não se conseguiu impedir, ao menos não de modo completo, a disseminação deste factóide.

Nem se imagine ser o procedimento acima exclusivo da direita, em termos ideológico-políticos. Com efeito, o governador de São Paulo, João Dória, de centro-direita, ganhou na justiça uma indenização contra o jornalista de esquerda, Eduardo Guimarães do “Blog da Cidadania”, tendo este noticiado o gasto de verba pública, por um alto funcionário do governo de Dória, numa casa de prostituição em Brasília, em 2013. Como Doria assumiu o governo estadual somente em 2019, a notícia adquiriu ares de absurdo¹⁸.

Também é digno de relevo destacar ter sido Bolsonaro, na campanha presidencial de 2018, nominado de fascista, assassino e de ter “ódio aos nordestinos” em diversas mensagens, “memes”, montagens, textos, igualmente disseminados no mesmo aplicativo whatsapp, comprovando se tratar de uma ferramenta de “uso democrático” e cujo objetivo é detratir o objeto de sua criação ou existência, ofertando uma imagem demonizada ou extremamente negativa junto ao público em geral e, ao mesmo tempo, buscando auxiliar seu adversário ou adversários políticos.

A organização não governamental Atlantic Council, politicamente autodenominada não-partidária, analisou as eleições brasileiras de 2018 e formulou uma breve síntese do quanto expusemos acima¹⁹:

No Brasil, vídeos falsos, contas de mídia social, imagens, artigos e infográficos começaram a influenciar a mídia convencional e as conversas públicas. Embora a distorção e o enquadramento sempre tenham feito parte da retórica política, as novas tecnologias tornaram mais fácil e acessível o uso de informações

¹⁸ <https://istoe.com.br/blogueiro-de-esquerda-e-condenado-pelo-tj-sp-por-fake-news-contradoria/>, acesso em 5 de julho de 2021.

¹⁹ <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/new-atlanticist/a-beginner-s-guide-to-battling-fake-news-three-approaches-to-consider-before-sharing/>, acesso em 7 de julho de 2021.

direcionadas e falsas destinadas a influenciar a percepção do público.

E conclui-se o comentário, observando:

Além disso, o desejo de consumir informações rapidamente significa que pouca ou nenhuma atenção é dada à dupla verificação de fontes ou fatos. A prevalência e a facilidade de plataformas de mensagens como o Whatsapp criam atalhos para disseminar desinformação rapidamente e com um elemento adicional de confiança, já que a maioria presta atenção a quem compartilhou a notícia, e não a onde ela se originou.

De todo modo, qual o efeito concreto disso sobre o eleitorado, sobre a população? As conclusões não são uníssonas. Neste campo, encontramos Hunt Allcott e Matthew Gentzkow, cujo artigo intitulado “Social Media and Fake News in the 2016 Election”²⁰, defende existir nas pessoas, de um modo geral, a tendência a dar crédito somente aos relatos favoráveis ao seu próprio candidato, minimizando desse modo os efeitos nocivos ou de desconstrução das fake news sobre uma candidatura adversária²¹.

Outro estudo, de 2017, “Facts, Alternative Facts, and Fact Checking in Times of Post-Truth Politics”²², de autoria de Oscar Rodriguez, Sergei Guriev, Emeric Henry e Ekaterina Zhuravskaya, abordando a efetividade do fact-checking – sistema de verificação de fatos, uma espécie de ferramenta anti-fake news – observa serem úteis tais ferramentas para combater fake news, bem como boatos, mas seu impacto sobre o exercício de escolha do eleitor em relação a um candidato, dizem os autores, é limitado.

Pondere-se, nada obstante, ser a alegada restrição de alcance acima observada ela própria limitada. Com efeito, a verificação de veracidade de uma notícia ter papel restrito sobre a formação de uma escolha no campo eleitoral,

²⁰ Disponível em <https://web.stanford.edu/~gentzkow/research/fakenews.pdf>, acesso em 6 de julho de 2021.

²¹ Com uma linha de abordagem e principalmente de conclusão bastante semelhante ao acima exposto, encontramos o artigo de Rodolfo Leyva e Charlie Beckett, “*Testing and unpacking the effects of digital fake news: on presidential candidate evaluations and voter support*”, disponível em <https://link.springer.com/article/10.1007/s00146-020-00980-6>, acesso em 6 de julho de 2021.

²² Disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0047272719301859>, acesso em 5 de julho de 2021.

não dialoga diretamente com o efeito das fake news sobre esta mesma escolha. Muito embora seja igualmente discutível a completa veracidade da conclusão de Allcott e Gentzkow, ela ao menos parece ser mais plausível.

Parece fora de dúvida, de todo modo, haver um efeito atrativo nas notícias falsas no sentido de confirmar crenças prévias dos eleitores, ou do público de uma maneira geral. Contudo, inexiste, digamos, uma razoabilidade evidente em se concluir pela inexistência de qualquer efeito nefasto de uma notícia falsa em face daquele a quem ela se dedica a noticiar. É de clareza meridiana e intuitiva haver algum efeito numa manifestação em relação ao seu objeto de atenção e isso contempla, com igual lógica, os eventuais efeitos deletérios ali existentes.

Como tratar a qualificação de um candidato a um cargo eletivo de pedófilo ou fascista, ou defensor de teses estapafúrdias, sem sentido ou, ainda pior, violentas, agressivas, contrárias aos direitos humanos, como algo desprovido de qualquer efeito prejudicial sobre esta mesma pessoa?

Respeitosamente em relação às opiniões em sentido diverso, é bastante clara a existência deste prejuízo, até porque entre os eleitores de um dado candidato e aqueles outros cujos votos jamais seriam dirigidos a esse mesmo candidato, há um gradiente de potenciais e ainda indecisos eleitores cuja possibilidade de escolher exatamente aquele postulante são reais e estes poderiam ser claramente influenciados por notícias negativas, conquanto falsas, sobre aquele político.

As fakenews, para os propósitos deste estudo, é algo hoje já incorporado ao menu da democracia. E fenômeno igualmente conducente a uma análise da psicologia humana, afinal, é tido por princípio corrente de nossa civilização a defesa da verdade como algo valioso e de prestígio permanente, essa valoração, contudo e como vimos, é posta de lado ante manifestações muitas vezes claramente inverídicas, porém, plenamente alinhadas com os valores de muitos de seus receptores, os mesmo por vezes ávidos em não se limitar a mera aceitação, porém, também à disseminação daquelas mensagens de duvidosa veracidade.

Considerações Finais

Como dissemos na introdução deste trabalho, aqui buscamos fazer uma pesquisa por certo demandante de aprofundamentos em aspectos os mais variados possíveis. A temática é rica, e também complexa, indicando um verdadeiro veio de exploração a quantos queiram se dedicar ao seu estudo.

No momento de alinhar alguns pontos úteis para o fechamento de nossa exposição, queremos destacar temas tratados acima, com leve acréscimo de outros considerados necessários para obter uma conclusão minimamente lógica.

É de análise antiga a questão sobre os valores defendidos de fato pelo homem de um modo geral, aceitando-se a premissa de existência de valores enunciados para serem objeto de defesa ou valorização e valores efetivamente defendidos e valorizados. Robert D. Kaplan, em sua conhecida obra “À beira da anarquia: destruindo os sonhos da era pós-guerra fria”, faz interessante observação que, conquanto ligada a outro aspecto da vivência social e política, é claramente útil para ilustrar o ponto ora exposto²³:

É apenas quando interesses morais entrecruzam os estratégicos que o público tolera o derramamento de sangue numa intervenção. A guerra de Hitler contra os judeus não levou os Estados Unidos à Segunda Guerra Mundial; o ataque à Pearl Harbor, sim.

Estamos frente a um, mais um, desafio para a vivência democrática, neste caso o de despertar nas pessoas, de um modo geral, a aceitação da verdade como um valor superiormente considerável e fundamental para servir não apenas como o melhor, mas talvez o único “cimento social” capaz de criar uma unidade principiológica entre os homens.

Afinal, basta se imaginar o oposto para se constatar a alta serventia da verdade: a mentira dissolve a confiança, instaura a velha figura hobbesiana da “guerra de todos contra todos” (*bellum omnia omnes*) e corrói a ideia de construção de valores comuns – afinal, haveria algo comum e isso realmente

²³ **KAPLAN**, Robert D. *À beira da anarquia: destruindo os sonhos da era pós-guerra fria*. São Paulo: Futura, 2000, p. 126.

importa?

E tudo isso instala, especialmente na vida política, a noção não de ideias contrárias ou antagônicas entre si, mas sim uma guerra com inimigos a serem abatidos, eliminados, ou, ainda pior, mortos em vida, desmoralizados, silenciados, ridicularizados, diminuídos, apequenados, esvaziados de suas respectivas humanidades, para se tornarem simples objeto de uma crítica desleal, eis que baseada em fatos não ocorridos, percepções fundadas em outras percepções, quase sempre idiossincráticas e, de um modo geral, por uma regressão no debate político, já não mais fundado em ideias e argumentos, mas em estratégias típicas de um combate militar, com eliminação e subjugação dos divergentes.

Em tempos idos, obviamente a mentira e a distorção já estavam entre nós. Evidentemente sim. Sem embargo, o sentimento de algo menos abrangente e com limites bem conhecidos pareciam ser suas características marcantes, tornando seus concretos ou virtuais efeitos algo também de curto alcance. Agora estamos diante de algo sistêmico, amplo, uma ferramenta de atuação social e política com efeitos claríssimos, e deletérios, sobre a democracia.

Nossa observação crítica, contudo, não pode soar como um ingênuo grito no meio do deserto, algo, contudo, perfeitamente cabível e necessário até em certas ocasiões. A mentira é tão antiga quanto o homem e é por ele utilizada cotidianamente, no entanto, também é plenamente defensável questionar seu cabimento sempre que sua articulação põe em risco a vivência social em seus valores mais basilares, rebaixando o nível civilizatório para um “vale-tudo” árido e criador de uma espécie de aporia permanente, cujo desfecho, de curtíssimo prazo, é apenas ganhar, seja dinheiro, seja notoriedade, seja a próxima eleição.

Referências

ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social Media and Fake News in the 2016.

ASANUM, Eduardo Seide; NAIWERTH, Rafaela Vieira. O processo de formação territorial brasileiro a partir da Revolta da Vacina – Rio de Janeiro/RJ (1904) associado com o movimento antivacina atual (COVID-19). Disponível em

<http://anais.uel.br/portal/index.php/contestado/article/view/934/1349>, acesso em 21 de agosto de 2021.

AYUDA, Fernando Galindo. Democracia, internet y gobernanza: una concreción. Sequência (Florianópolis) nº 65 Florianópolis Dec. 2012, disponível em <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n65p33>, acesso em 20 de julho de 2021.

BARRERA, Oscar; GURIEV, Sergei; HENRY, Emeric; ZHURAVSKAYA, Ekaterina. Facts, alternative facts, and fact checking in times of post-truth politics, disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0047272719301859> , acesso em 5 de julho de 2021.

CAMARGO JUNIOR, Kenneth Rochel de. Lá vamos nós outra vez: a reemergência do ativismo antivacina na Internet. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 36, n. 14, e00037620, Fev. 2020. Disponível em: <http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/1151/la-vamos-nos-outra-vez-a-reemergencia-do-ativismo-antivacina-na-internet>. Acesso em 15 de agosto de 2021.

DELLEUZE, Gilles. Mediators. “Negotiations”, New York, 1995, p. 121.

DIETHELM, Pascal; MCKEE, Martin. Denialism: what is it and how should scientists respond?. European Journal of Public Health, Volume 19, Issue 1, January 2009, Pages 2–4, disponível em <https://doi.org/10.1093/eurpub/ckn139>, acesso em 23 de julho de 2021.

Election. Disponível em <https://web.stanford.edu/~gentzkow/research/fakenews.pdf> , acesso em 6 de julho de 2021.

HAN, Byung-Chul. Psicopolítica – Neoliberalismo e as novas técnicas de poder. Belo Horizonte: Âyiné, 2018, pp. 16 e 21.

KAPLAN, Robert D. À beira da anarquia: destruindo os sonhos da era pós-guerra fria. São Paulo: Futura, 2000, p. 126.

LEYVA, Rodolfo; BECKETT, Charlie. Testing and unpacking the effects of digital fake news: on presidential candidate evaluations and voter support, disponível em <https://link.springer.com/article/10.1007/s00146-020-00980-6>, acesso em 6 de julho de 2021.

NOGUEIRA Daniela. Fake News. O outro vírus que a pandemia alastrou nas nossas vidas, disponível em https://online.sapo.pt/artigo/724836/fake-news-o-outro-virus-que-a-pandemia-alastrou-nas-nossas-vidas?seccao=Portugal_i, acesso em 20 de julho de 2021.

ORTIZ, Renato. *Mundialização e Cultura*. Brasiliense: São Paulo, 1994.

ROTHENBURG, Walter Claudius e; STROPPA, Tatiana. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. Disponível em <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/563/2019/09/6-21.pdf>, acesso em 21 de julho de 2021.

SCOTT, Eugenie Carol. Antievolution and Creationism in the United States. *Annual Review of Anthropology*, Vol. 26 (1997), pp. 263-289, disponível em <http://www.jstor.org/stable/295252>, acesso em 23 de julho de 2021.

SILVA, Renata Nascimento da. *A máscara obscura do ódio racial: segregação, anonimato e violência nas redes sociais*. Dissertação de mestrado. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2018.

SRISKANDARAJAH, Ike. Where did the microchip vaccine conspiracy theory come from anyway?. Disponível em <https://www.theverge.com/22516823/covid-vaccine-microchip-conspiracy-theory-explained-reddit>, acesso em 15 de agosto de 2021.

ZYGMUNT, Bauman. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

El acuerdo interinstitucional en la práctica peruana de derecho internacional: Reexamen de “The Concept of Treaty in International Law” de Klabbers

THE INTERINSTITUTIONAL AGREEMENT IN THE PERUVIAN PRACTICE OF INTERNATIONAL LAW: REEXAMINATION OF “THE CONCEPT OF TREATY IN INTERNATIONAL LAW” OF KLABBERS

Pablo César Rosales Zamora²⁴

Sumário: 1. Introducción; 2. El acuerdo interinstitucional; 2.1. Estructura de la definición; 2.2. Consenso en el plano internacional; 2.3. Partes; 2.4. Materia; 2.5. Marco jurídico; 2.6. Modo de manifestar el consentimiento; 2.7. Elementos secundarios; 3. Revisión de las críticas de Klabbers: hacia una comprensión más profunda del acuerdo interinstitucional; 3.1. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no define con exactitud qué es un Estado; 3.2. Las entidades públicas como sujetos de derecho internacional y la inexistencia de un tercer orden jurídico; 3.3. Dificultades de reconciliar el acuerdo interinstitucional con la teoría de la responsabilidad internacional; 3.4. La incertidumbre jurídica que conlleva el acuerdo interinstitucional; Conclusiones.

Resumen: El derecho internacional ofrece a la comunidad internacional varios tipos de instrumentos internacionales, y no todos han sido explorados completamente por la doctrina. En ese contexto, el presente artículo tiene como objetivo reexaminar el análisis planteado por Jan Klabbers en su libro “The Concept of Treaty in International Law” (1996) sobre los administrative agreements, que en la legislación peruana reciben el nombre de “acuerdos interinstitucionales” (AI). En ese sentido, se revisarán cuatro críticas que Klabbers plantea sobre tales tipos de acuerdos: i) la textura abierta de la definición de Estado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT); ii) la hipótesis sobre la subjetividad internacional de las entidades públicas y la existencia de un tercer orden jurídico distinto al derecho interno y al derecho internacional; iii) las dificultades de reconciliar los AI con la teoría de la responsabilidad internacional; y iv) la facilidad de repudio de los administrative agreements. Siguiendo este propósito, el artículo explora soluciones a los principales problemas identificados por el jurista holandés, revisando esos dilemas a través del caso del AI peruano, mediante una metodología analítica.

²⁴ Professor de Direito Internacional Público na Pontifícia Universidade Católica do Peru (PUCP). Candidato a doutor em Direito pela Universidade Nacional Maior de São Marcos (UNMSM). Mestre em Ciência Política com menção em Relações Internacionais pela PUCP. E-mail: pablo.rosalesz@pucp.pe. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2608-7995>.

Palabras clave: acuerdo interinstitucional, sujeto de derecho internacional, entidad pública, derecho internacional, responsabilidad internacional.

Abstract: International law offers the international community several types of international instruments, and not all of them have been fully explored by doctrine. In this context, the present article aims to reexamine the analysis proposed by Jan Klabbers in his book “The Concept of Treaty in International Law” (1996) on administrative agreements, which in our legislation are called “interinstitutional agreements” (IA). In this sense, four criticisms that Klabbers raises about such types of agreements will be reviewed: i) the open texture of the definition of the State in the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT); ii) the hypothesis about the international subjectivity of public entities and the existence of a third legal order different from domestic law and international law;; iii) the difficulties of reconciling IAs with the theory of international responsibility and; iv) the ease of repudiation of administrative agreements. Following this purpose, the article explores solutions to the main problems identified by the Dutch jurist, reviewing these dilemmas through the case of the Peruvian AI, using an analytical methodology.

Keywords: interinstitutional agreement, subject of international law, public entity, international law, international responsibility.

1. Introducción

Muchas veces sucede que cuando un mecanismo funciona, su cuestionamiento se vuelve escaso. Esto ocurre con los acuerdos interinstitucionales, cuya utilización viene en aumento por parte de las entidades públicas de la región latinoamericana y cuya naturaleza jurídica no ha quedado del todo esclarecida, pese a los esfuerzos en ese sentido por la propia Organización de los Estados Americanos, a través de su Comité Jurídico Interamericano (CJI) (Hollis, 2020)²⁵.

El presente artículo pretende plantear algunos dilemas que el acuerdo interinstitucional (AI) genera, con el propósito de delimitar su naturaleza jurídica en el marco del derecho internacional. Aunque ya se haya escrito definiendo qué

²⁵ En ese sentido, cabe destacar el documento “Las Directrices del Comité Jurídico Interamericano para los Acuerdos Vinculantes y No Vinculantes” (CJI 2020), el cual señala: “estas Directrices no aspiran de ninguna manera a una condición jurídica propia. No es su finalidad codificar el derecho internacional ni ofrecer una vía para su desarrollo progresivo. En cambio, señalan en varias instancias las áreas en las cuales el derecho internacional no es claro o es motivo de controversias.”

es un AI (Abugattas, 2014; Bonifaz, 2016; Mezarina & Rosales, 2019), poco se ha podido avanzar sobre la razón de su fuerza jurídica y tampoco se ha podido dar respuesta definitiva a algunos problemas que plantea el AI, bajo la óptica del derecho internacional. El presente artículo tiene la pretensión de contribuir a proponer algunas soluciones ante tales preocupaciones que no solo incumben a la reflexión doctrinaria, sino también a las necesidades del día a día de las diversas entidades públicas.

Es curioso que la literatura dedicada al estudio del AI a nivel del Perú no haya identificado, ni por asomo, el libro “The Concept of Treaty in International Law” (1996), de autoría de Jan Klabbbers, y cuyas reflexiones cobran vigencia al día de hoy, a propósito de acercarnos a desentrañar lo que realmente es el AI. En ese sentido, este autor plantea cuatro dudas importantes sobre la efectividad de los administrative agreements. La primera cuestionando una supuesta subjetividad internacional de las entidades públicas y descartando la existencia de un tercer orden jurídico. La segunda identificando la textura abierta de la definición de Estado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), sin que este texto haya cerrado la opción de la actuación internacional de sus órganos. La tercera sobre las dificultades de reconciliar los AI con la teoría de la responsabilidad internacional, principalmente, en términos de la atribución del Estado por los actos de uno de sus órganos; y, por último, la facilidad con la que los administrative agreements podrían ser desconocidos por una siguiente administración.

Todos estos problemas no han sido examinados con la seriedad que merecen. La presencia de tales críticas en el libro de Klabbbers reviste una oportunidad valiosa para remediar esa omisión a nivel de la literatura peruana producida en la materia y, en ese contexto, proponer algunas posibles soluciones a todos estos dilemas. En tal sentido, se busca sostener, fundamentalmente, que la fuerza jurídica del AI no se explica por sí misma, sino sobre la base de constituir un desarrollo de un tratado previo en vigor o, en todo caso, de una costumbre internacional en consolidación, a nivel de la región latinoamericana.

2. El acuerdo interinstitucional

Según el artículo 2.1.a de la CVDT, el tratado es “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”. Mientras que esta regulación es identificable en el plano del derecho internacional, la regulación sobre los acuerdos interinstitucionales se encuentra, en el caso particular de la República del Perú, plasmada en su legislación interna, a través del artículo 6 (Acuerdos Interinstitucionales) del Decreto Supremo n.º 031-2007-RE, “Adecuan normas nacionales sobre el otorgamiento de Plenos Poderes al derecho internacional contemporáneo”, del modo siguiente:

Para la suscripción de Acuerdos Interinstitucionales no se requerirá del otorgamiento de plenos poderes. Se entiende por Acuerdo Interinstitucional, el convenio regido por el derecho internacional público y/o por el ordenamiento interno de las partes, celebrado por escrito, entre cualquier entidad o entidades de la Administración Pública y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualquiera sea su denominación, sea que se derive o no de un tratado previamente adoptado. El ámbito material de los acuerdos interinstitucionales y la capacidad de quienes los suscriban, deberán circunscribirse exclusivamente a las atribuciones propias de las entidades de la Administración Pública que son partes de los acuerdos, y bajo ninguna circunstancia podrán versar sobre las materias a que se refiere el artículo 56 de la Constitución Política ni estar inmersos dentro de las causales señaladas en el segundo párrafo de dicho artículo.

Para efectos del presente artículo se entiende por entidades de la Administración Pública a aquellas señaladas en el Artículo I del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Conviene, en ese sentido, identificar los principales elementos del AI, teniendo en mente aquellos que corresponden al tratado. Este ejercicio comparativo entre estas dos clases de instrumentos internacionales se hace considerando que el texto normativo que se va a analizar es uno que constituye

la base de la actual práctica peruana del derecho internacional (Mezarina & Rosales, 2019, p. 375), por lo que conviene saber cuáles son las diferencias y semejanzas entre tratado y AI.

2.1. Estructura de la definición

Según Hollis (2014, pp. 11-13), la definición que figura en el artículo 2.1.a de la CVDT sobre tratado responde al esquema de definición por composición que ofrece la teoría del Derecho. En efecto, no es una definición por finalidad (o teleológica), lo cual no hubiese sido aconsejable, porque el objetivo de cada tratado varía conforme al deseo de las partes; y tampoco constituye una definición por comparación, porque el artículo citado no compara con ningún otro instrumento internacional para denotar la esencia de un tratado.

Este esquema por composición del tratado se repite *mutatis mutandi* en el caso del AI, donde no se define a este tipo de instrumento por un determinado objetivo, sino que se identifica que tal instrumento posee también una serie de componentes, que son los siguientes: (i) es un acuerdo internacional; (ii) “regido por el derecho internacional público y/o por el ordenamiento interno de las partes”; (iii) entre una entidad pública peruana y una entidad extranjera (o una organización internacional); (iv) cualquiera que sea su denominación; (v) sea que derive o no de un tratado.

Es importante observar que este rasgo estructural definicional en común con los tratados se debe al hecho que la noción del AI que figura en el artículo 6 del decreto supremo citado tiene su raíz en la Ley sobre Celebración de Tratados de 1992 de los Estados Unidos Mexicanos. En ese sentido, los elementos esenciales del AI mexicano aparecen en el AI regulado bajo el sistema jurídico peruano. Es cierto que, desde el Perú, se tuvo la oportunidad de no proceder a la importación jurídica del AI mexicano, pero ello sí se hizo, conservando sus principales elementos, que están guiados por el esquema de definición por composición expuesto.

2.2. Consenso en el plano internacional

El AI es un “convenio”, conforme a la legislación peruana. Ello implica que posee una naturaleza jurídica consensual, del mismo modo que ocurre con el tratado. En efecto, el artículo 2.1.a de la CVDT señala que el tratado es un “acuerdo internacional”. Pese a que el artículo 6 del Decreto Supremo n.º 031-2007-RE definiría al AI como “convenio”, en realidad, es un “acuerdo internacional” al igual que el tratado.

Es importante discernir aquí que el hecho que la CVDT señale que el tratado sea un acuerdo internacional, no implica que todos los acuerdos internacionales sean tratados necesariamente. La relación entre uno y otro es de especie (el tratado) y género (acuerdo internacional). Dentro de este último, se encontrarían los acuerdos verbales, los acuerdos tácitos, pero también los AI, dado que todos estos se basan en el consenso.

2.3. Partes

Las partes de un tratado, según el artículo 1 de la CVDT, son los Estados. En el plano del derecho internacional, también es posible sostener que celebran tratados las organizaciones internacionales, como se desprende del texto de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales y entre Organizaciones Internacionales”, adoptado el 21 de marzo de 1986. Por lo tanto, las partes de un tratado son, sin duda, sujetos de derecho internacional con capacidad de *ius tractatum*. En contraste, las partes de un AI, según la legislación peruana, son una o varias entidades públicas peruanas y entidades públicas extranjeras (u organizaciones internacionales). Por ese motivo, se sostiene en doctrina que el AI solo concierne a la entidad pública peruana que lo celebra, no al Estado peruano como un todo.

Veremos la discusión sobre este punto en el análisis de las críticas de Klabbers.

2.4. Materia

La materia de un tratado depende del consenso alcanzado por los sujetos de derecho internacional. No hay un límite, salvo que el tratado vulnere normas de ius cogens, conforme al artículo 53 de la CVDT. Cuando una entidad pública peruana celebra un AI, no puede actuar sino en el marco de su propia representación y dentro de sus respectivas competencias. No puede conducirse a nombre de otras entidades que no participen en el acuerdo ni en materias que no le corresponden. Tampoco podrían vulnerar normas perentorias del derecho internacional general (Bonifaz, 2016, p. 15). En síntesis, la capacidad de celebración de un tratado por el Estado es mucho más amplia, en virtud del principio de soberanía.

Si una entidad pública decide celebrar un AI, solo puede hacerlo en el marco de sus competencias. El artículo 6 del Decreto Supremo n.º 031-2007-RE es sumamente explícito en ello.

2.5. Marco jurídico

El marco jurídico de un tratado es, indudablemente, el derecho internacional. El artículo 2.1.a de la CVDT señala que aquel “está regido por el derecho internacional” (“governed by international law”). En cambio, en el caso del AI, este está “regido por el derecho internacional público y/o por el ordenamiento interno de las partes”.

Este es un aspecto problemático, porque tanto los tratados como los AI estarían siendo regidos por el derecho internacional y, con ello, se podría concluir que, en ambos casos, estaríamos ante un tratado. En la práctica peruana no se sigue esta interpretación (Mezarina & Rosales, 2019, pp. 376-377). La razón de ello es que la frase “regido por el derecho internacional público” no se interpreta entendiendo que el AI genere obligaciones internacionales, como sí lo ha manifestado la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (1966, p. 189) respecto de los tratados. La frase haría alusión al marco jurídico en el cual se desenvuelve el AI.

Tal marco jurídico del cual no puede prescindir el AI se conforma por el ordenamiento jurídico internacional y las legislaciones internas de los Estados cuyos órganos están involucrados. En ambos planos del Derecho se encuentra el Estado peruano y sus órganos, por lo que el artículo 6 del Decreto Supremo n.º 031-2007-RE seguiría moviéndose dentro de esa división.

Por lo tanto, la práctica y la consideración que la CVDT se ha incorporado como norma interna a nuestro ordenamiento jurídico permitiría discernir que el AI no genera obligaciones internacionales. Con relación a este último punto, no tendría sentido admitir que AI y tratado sean lo mismo si el Decreto Supremo N.º 031-2007-RE no hace alguna alusión de que el AI sea un acuerdo con naturaleza de tratado.

2.6. Modo de manifestar el consentimiento

En el caso de los tratados, las reglas relativas a la manifestación del consentimiento provienen del derecho internacional (i.e. la CVDT) y del derecho interno (incluyendo el treaty making power), las cuales deben ser leídas conjuntamente. Bajo el primer esquema jurídico, el tratado que vaya a ser celebrado determinará qué instrumento representa la voluntad de vincularse por el tratado. En la práctica peruana, usualmente, son instrumentos de ratificación o adhesión, pero sin dejar de considerar lo que norme el tratado al respecto.

Considerando conjuntamente la CVDT²⁶ y la legislación peruana, se reconoce que el presidente de la República²⁷ y el ministro de Relaciones Exteriores²⁸ son plenipotenciarios naturales para la celebración de un tratado; ostentan, por tanto, el treaty making power. En caso sea una persona distinta, se procedería a otorgarle plenos poderes, conforme al artículo 7 de la CVDT y al procedimiento establecido en el Decreto Supremo n.º 031-2007-RE, salvo el caso del AI.

²⁶ Ver el artículo 7 de la CVDT.

²⁷ Artículo 118, inciso 11, de la Constitución Política del Perú.

²⁸ Artículo 5, inciso 6, y artículo 9 de la Ley 29357, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Para su aprobación interna, el tratado debe ir por una de las vías previstas en los artículos 56 y 57 de la Constitución Política del Perú. Sin embargo, estos mecanismos de aprobación no determinan si la celebración del tratado se hará por el presidente de la República o el ministro de Relaciones Exteriores, o por una persona a quien se le otorgue plenos poderes. Esto se debe a que lo previsto en los citados dispositivos refiere a una actividad interna de aprobación a cargo del Congreso de la República; en cambio la celebración recibe un enfoque internacional, porque se involucra más directamente con la externalización de la voluntad del Estado de consentir un tratado.

En el caso de los AI, el artículo 6 del Decreto Supremo n.º 031-2007-RE excluye de manera determinante que se requiera plenos poderes para la celebración de un AI. Por ello, también el AI no requiere pasar por las vías de aprobación de los artículos 56 y 57 antes citados.

2.7. Elementos secundarios

¿Cuáles serían elementos secundarios de ambas definiciones? Básicamente, nos referimos a la denominación y al número de instrumentos en el cual se plasma.

Respecto al primer aspecto, tanto para los tratados como para los AI, es indistinto como los denominen las partes. Esto implicaría que podría haber tratados o AI denominados como memorándum de entendimiento, sin que eso implique que su naturaleza es la de un instrumento no vinculante. La frase “cualquiera que sea su denominación particular” en el caso de la CVDT o la redacción “cualquiera sea su denominación” para los AI constituye un criterio orientador para los asesores jurídicos de los ministerios de Relaciones Exteriores. En ese sentido, conduce a sostener que no se puede determinar la naturaleza jurídica de un tratado o de un AI solo con la lectura de su título o denominación.

Por otro lado, respecto al segundo aspecto, la CVDT, en su artículo 2, inciso 1, literal a, sí regula que un tratado puede constar en “un instrumento único o en dos más instrumentos conexos”. El Decreto Supremo n.º 031-2007-RE

guarda silencio en este aspecto. La libertad de formas en el derecho internacional deja a las partes que sean ellas las que determinen si el documento que contenga su acuerdo será unitario o se descompondrá en varios instrumentos. En el plano de la celebración de tratados, se admite la posibilidad del intercambio de notas por ser una práctica diplomática de antiguo cuño. Si bien esta es una práctica antigua en el derecho internacional (Roberts, 2009, párrafo 4.12), no necesariamente se reserva para los tratados. El artículo 13 de la CVDT permite entender que el intercambio de notas podría utilizarse para otros propósitos.

Respecto al silencio plasmado en el artículo 6 del Decreto Supremo n.º 031-2007-RE, ello no se interpreta como un impedimento para poder pactar intercambio de notas, aunque esa no sea la práctica registrada en el Perú. Como se ha sostenido, tal intercambio de notas no influye en la esencia jurídica de la operación, solo es un formato que se emplea por las cancillerías.

3. Revisión de las críticas de Klabbers: hacia una comprensión más profunda del acuerdo interinstitucional

Klabbers es uno de los más renombrados juristas del derecho internacional contemporáneo. Su producción bibliográfica es gigantesca y su experticia es indudable en dos grandes temas, que son las organizaciones internacionales y los instrumentos internacionales. Sobre este último aspecto, Klabbers escribió su tesis doctoral sobre el tratado en derecho internacional y la publicó en el libro “The Concept of Treaty in International Law” (1996), bajo la editorial Kluwer Law International.

En su interesante contribución, Klabbers analiza los administrative agreements, es decir, aquellos instrumentos que no los suscribiría el jefe de Estado, sino las agencies o governmental departments (1996, p. 98). Aunque por una evidente distancia temporal, el autor no conocía del AI del Decreto Supremo n.º 031-2007-RE, sí llegó a examinar lo relativo al AI regulado en México en su Ley sobre Celebración de Tratados de 1992.

La referencia a la experiencia en la cual se basó el AI de la legislación peruana, permite entablar un diálogo con la mirada que Klabbers planteó sobre los administrative agreements.

La argumentación de Klabbers (1996, p. 98) se basa en la crítica a Ludwig Bittner, quien planteaba que era posible fuera del propio jefe de Estado que otros funcionarios pudieran celebrar acuerdos administrativos. Para Klabbers, tal posibilidad parece padecer de serios cuestionamientos como la personalidad jurídica internacional de las entidades públicas; la inexistencia de un orden jurídico distinto a la legislación interna y al derecho internacional en el que se construirían las obligaciones que se producen mediante el AI; la falta de definición de Estado en la CVDT; la problemática de la responsabilidad internacional; y la incertidumbre jurídica que plantea el AI, fácilmente irreconocible por una siguiente administración.

Estas críticas serán reexaminadas para nutrir la discusión sobre el AI en el Perú. Por lo tanto, se adelanta que el propósito de esta sección es entablar un diálogo con el libro de Klabbers, en especial con su capítulo IV, sin que ello implique ab initio concordar en todo lo que el profesor holandés ha argumentado.

3.1. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no define con exactitud qué es un Estado

Las dificultades que arroja la posibilidad de un acuerdo interadministrativo (o un AI) se relacionan con la indefinición del concepto “Estado” comprendido por la CVDT y el régimen de textura abierta respecto a la capacidad de los representantes estatales de actuar en su representación (Klabbers, 1996, pp. 99-100). El primer asunto se relaciona, fundamentalmente, con los artículos 1, 3 y 6 de la CVDT, y el segundo con el artículo 46 de la CVDT.

El artículo 1 de la CVDT indica que su ámbito de aplicación comprende los tratados entre Estados, no es para todos los tratados (Villiger, 2009, p. 58). Se ha explicado constantemente que eso no atenta contra el valor jurídico de otros acuerdos internacionales (aquellos que los Estados celebran con otros SDI o entre estos) o acuerdos no celebrados por escrito (artículo 3). La limitación en

el ámbito de aplicación se debió al mandato dado por la Asamblea General a la CDI en su tarea de codificación y desarrollo progresivo, no obedeció a un motivo de declarar que estos otros tipos de acuerdos internacionales son inválidos.

Si bien este aspecto se ha examinado con profundidad por la doctrina (Dörr & Schmalenbach 2018, pp. 55- 88; Villiger 2009, pp. 98 – 106), lo referido a la noción de Estado en el marco de la CVDT no se le ha prestado demasiada atención. La CVDT sobreentiende el concepto de Estado sin dar una definición exacta de qué es. La respuesta se encuentra en los travaux préparatoires de la CVDT que nos dicen lo siguiente:

El término “Estado” es usado aquí con el mismo significado que en la Carta de las Naciones Unidas, el Estatuto de la Corte, las Convenciones de Ginebra sobre el Derecho del Mar y la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas; i.e., esto significa un Estado para los propósitos del derecho internacional” (Comisión de Derecho Internacional, 1962, p. 164).

Esta es una referencia que va en la línea de la definición planteada de Estado en el artículo I de la Convención de Montevideo sobre Derechos y Deberes de los Estados de 1933. Esta enunciación, que alude a la población permanentemente asentada en un territorio bajo determinado gobierno con capacidad de relacionarse con otros Estados, no da pistas sobre la participación internacional del Estado y su distribución interna para ese objetivo, solo menciona, a secas, el término “gobierno”.

Si bien la crítica de Klabbers es interesante sobre la falta del desarrollo del concepto de Estado en la CVDT, esta termina de comprenderse con la referencia al artículo 46 de la CVDT, disposición de la cual se deduce que la determinación de la competencia para celebrar tratados es un asunto concerniente al derecho interno del Estado (Dörr & Schmalenbach, 2018, pp. 838-842; Villiger, 2009, pp. 587 - 592). Este artículo es una referencia directa al treaty making power de cada Estado, en la cual, además de poderse asumir la teoría de la relevancia (De la Guardia, 1997, pp. 199-201) para fines de la causal de nulidad relativa planteada por el artículo – aunque no del todo pacíficamente

–, no se define cuál es el modo en el que se produce, de modo general, la representación internacional, permitiendo la posibilidad que el derecho interno de cada Estado sea el que defina este aspecto.

El treaty making power es un aspecto que la CVDT no regula más profundamente, por lo que permite que sea cada legislación interna la que defina los alcances del tema, según sus propias disposiciones.

Haciendo un balance de la crítica de Klabbbers sobre la base de estas consideraciones, no coincido totalmente con el primer punto de su argumento. Los travaux préparatoires son un recurso de la interpretación, como consagra el artículo 32 de la CVDT, y de ello podemos visualizar qué es el Estado según el derecho internacional. La crítica más importante vendría del lado del treaty making power. Aquí plenamente se observa una textura abierta en el diseño de la representación del Estado, asunto que cada Estado en su soberanía decidirá. Es un asunto de suma complejidad porque no existe una única posición en la doctrina.

Para el caso peruano, la representación internacional coincide, por un lado, con lo planteado en el artículo 7 de la CVDT, al ser este tratado parte de nuestro ordenamiento jurídico nacional desde el 14 de octubre de 2000, según se deduce el efecto del artículo 55 de la Constitución Política. No obstante, el Estado peruano es libre de establecer las condiciones de manifestación de consentimiento en cuanto a otros acuerdos internacionales. El artículo 6 del Decreto Supremo n.º 031-2007-RE señala que no se requiere plenos poderes para el AI. Por lo tanto, se suscribe por el titular de cada entidad pública en representación suya.

Puede pensarse que el AI es un tratado en forma simplificada, por ser a la sola firma. Innegablemente, el AI lo suscriben entidades que pertenecen al Estado. Por lo que la inferencia de Klabbbers, de concebir al Estado comprometido (al menos en uno de sus órganos) es entendible. Sin embargo, una razón de peso lleva a descartar esta posibilidad: el AI no genera obligaciones internacionales, por lo tanto, no es una fuente del derecho internacional (Bonifaz, 2016, pp. 13–14; Mezarina & Rosales, 2019, p. 401). Si generase obligaciones

internacionales sería un tratado, sin duda, y el asunto se resolvería sin dificultades en cuanto a la calificación de su naturaleza jurídica. No obstante, los compromisos que adquiere la entidad ocurren solo sobre la base de sus competencias y en el marco de la jurisdicción del Estado peruano.

3.2. Las entidades públicas como sujetos de derecho internacional y la inexistencia de un tercer orden jurídico

Según Klabbers (1996, p. 101), afirmar que las entidades públicas se vincularían bajo el derecho internacional, implicaría sostener o que (i) estas poseen subjetividad internacional o (ii) que existe un tercer orden jurídico distinto a los ordenamientos internos y al derecho internacional. En tal sentido, el profesor holandés rechaza ambas hipótesis. La primera porque ni la doctrina ni la jurisprudencia internacional respaldan tal posibilidad (Klabbers, 1996, p. 101) y porque el Estado posee una personalidad unitaria (Klabbers, 1996, p. 101).

Sobre el primer punto, tradicionalmente, se entiende que un sujeto de derecho internacional (SDI) es aquel que posee derechos y/u obligaciones internacionales (Barberis, 1984, pp. 24-26)²⁹. Ser sujeto de derecho internacional supone, bajo esa mirada, que el ordenamiento jurídico internacional le ha reconocido tales derechos u obligaciones. En ese sentido, si no existe una norma que otorgue algún derecho u obligación internacional, no podría deducirse que se esté ante un SDI.

Sin lugar a dudas, el Estado ha sido considerado el SDI con plenitud de competencias. Sin embargo, no es el único y se suman otras entidades como las organizaciones internacionales, el individuo, los beligerantes, los movimientos de liberación nacional, etc.

Las entidades públicas no poseen derechos y/u obligaciones internacionales reconocidos por el ordenamiento jurídico internacional. En eso, podemos concordar con Klabbers. Las entidades públicas tienen su autonomía

²⁹ Si se opta por el enfoque de Barberis para entender este punto es porque, en la práctica peruana, también se detecta una clara inclinación hacia el enfoque normativista para explicar la subjetividad internacional.

bajo el derecho administrativo, no bajo el derecho internacional. En el caso del Perú, el artículo I del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General es el pertinente para explorar cuáles serían entidades públicas peruanas.

Que las entidades públicas peruanas gocen de autonomía jurídica administrativa, no significa que ostenten personalidad jurídica internacional y que sean considerados, por lo tanto, sujetos de derecho internacional. Su autonomía administrativa no les da tampoco la capacidad para desligarse de los compromisos internacionales que su Estado haya asumido. Es decir, siguen siendo órganos del Estado. Tal autonomía administrativa no es una base jurídica para considerarlas SDI.

El segundo punto también resulta sumamente importante. Se refiere a la negación del tercer orden jurídico. En palabras de Barberis (1984, pp. 31 - 32),

Ocurre que en cierto momento aparece una entidad que se coloca, si se permite la expresión “al lado” de los miembros de la comunidad internacional. En general, se trata de una entidad nueva, aunque puede tratarse también de un sujeto ya existente del derecho de gentes que, por razones particulares, pretende abandonar la comunidad internacional y situarse al margen de ella. Por hipótesis, se supone que la entidad en cuestión mantiene relaciones jurídicas con los miembros de la comunidad internacional, porque si así no fuera, no podría pensarse en la existencia de un tercer orden jurídico.

(...)

La relación jurídica de la entidad que se halla “al lado” de la comunidad internacional con los sujetos de esta puede tener la característica de una relación de subordinación o de coordinación.

Una relación de subordinación puede darse, por ejemplo, si una entidad con un poder muy superior al de los miembros de la comunidad internacional se erige en legislador y establece las normas jurídicas que regirán sus relaciones para con dichos miembros. (...) [En este ejemplo], el derecho internacional habrá desaparecido para transformarse en el derecho interno de un Estado o Imperio mundial. (...)

Una relación de coordinación se presenta si los miembros de la comunidad internacional, mediante acuerdos con la entidad marginada (que podrán llamarse “acuerdos especiales” para

distinguirlos de los tratados del derecho de gentes), establecen normas para regir sus vinculaciones recíprocas. En este caso, las normas así establecidas formarán parte, indudablemente, del derecho internacional, debido a su modo de creación.

(...)

Si se trata de una relación de subordinación, las normas pertenecerán al derecho interno de un Estado mundial que se crea o al derecho interno de los miembros de la comunidad internacional. Si se trata de una relación de coordinación, las normas pertenecerán al derecho internacional. Hay, pues, una alternativa: subordinación o coordinación, que se traduce en derecho interno o internacional.

La hipótesis de un tercer orden jurídico queda enteramente excluida. La relación entre dos entidades, o se da en un plano de igualdad (coordinación) o se da en un plano de desigualdad (subordinación), *tertius non datur*. La hipótesis de un tercer orden jurídico es imposible.

Este es un pasaje muy importante en el texto propuesto por el jurista argentino y que, por ese motivo, nos permitimos transcribirlo enteramente para reflejar con fidelidad su posición sobre el tema. En la perspectiva de Barberis, las relaciones jurídicas en el plano internacional solo pueden ser de subordinación o de coordinación, no es posible una alternativa intermedia entre estas opciones. Podemos coincidir con ello: la presencia de cualquier otra entidad en el plano internacional siempre supondrá cualquiera de los dos escenarios y, en el caso de las entidades públicas, estas están subordinadas a un verdadero sujeto de derecho internacional, que es el Estado.

Pero el problema no queda resuelto solo en sostener que las entidades públicas se sujetan a su correspondiente ordenamiento jurídico (interno), sino que la complicación que genera el AI es admitir el relacionamiento internacional entre entidades específicas de dos a más Estados. El segundo ordenamiento jurídico que entra en juego es el derecho internacional. Eso explica la referencia doble del artículo 6 del Decreto Supremo N.º 031-2007-RE al derecho interno y, a su vez, al derecho internacional. Esta definición que maneja la legislación peruana es una reafirmación de la teoría del *tertius non datur* de Barberis: para la regulación del AI, solo puede buscarse respuestas en los ordenamientos

jurídicos comprometidos en medio de la celebración del referido acuerdo o en el derecho internacional.

Pero queda claro que nadie, ni los propios defensores del AI (Mezarina & Rosales, 2019; Bonifaz, 2016), sostienen que las entidades públicas sean consideradas por sí mismas como sujetos de derecho internacional o que puedan crear un ordenamiento jurídico distinto a los clásicamente existentes. Las entidades públicas pertenecen a sus Estados y son estos los que autorizan la posibilidad de la celebración del administrative agreement. Tal clase de acuerdo, en ese sentido, se sustenta en una autorización previa o implícita de los Estados cuyas entidades públicas estén involucradas a través del mismo

Como habíamos manifestado en el 3.1, el AI no genera obligaciones internacionales, pero ello no quiere decir que no se base sobre obligaciones internacionales. El texto del artículo 6 examinado dice, en efecto, que los AI pueden derivar o no “de un tratado previamente adoptado”. La fórmula en este último extremo resulta problemática, porque un tratado adoptado no es, por el hecho de la adopción, vinculante; su fuerza jurídica recién se producirá con la entrada en vigor general del tratado. La fórmula debiese decir “de un tratado previo en vigor”.

No obstante, lo que más llama la atención es que la fórmula “sea que se derive o no de un tratado (...)” pareciera implicar que un AI es vinculante sin la necesidad de un tratado que lo preceda. ¿Si no genera obligaciones internacionales, cómo puede ser vinculante un AI si no tiene un respaldo jurídico convencional? En España, que regulan el administrative agreement bajo la denominación del “acuerdo internacional administrativo” (AIA), han solucionado el problema, señalando que la “celebración [del AIA] está prevista en el tratado que ejecuta o concreta” (artículo 2, literal b de la Ley 25/2014). Por lo tanto, bajo la legislación española no se da posibilidad que su AIA sea autónomo al tratado, ello con el propósito de evitar posibles problemas de justificación en torno a la obligatoriedad de dicha modalidad de acuerdo internacional.

En el Perú, se ha regulado el fundamento jurídico del tema admitiendo que la base de la juridicidad del AI es independiente a si un tratado lo precede o

no. Debe sostenerse que no es posible admitir, en realidad, tal autonomía, puesto que sería admitir la presencia de un tercer orden jurídico (distinto al derecho internacional y al derecho interno), lo cual no sería aceptable como ya quedó demostrado, o que el AI es una fuente del derecho internacional, lo cual ha sido también descartado.

El cuestionamiento sobre la autonomía jurídica del AI genera dos posibles opciones en la búsqueda de su justificación, tomando en consideración que el AI es finalmente un acuerdo internacional y debe contar con una base jurídica en el propio derecho internacional. Tal como lo señala el artículo 6 del Decreto Supremo n.º 031-2007-RE, la primera posibilidad es que el AI desarrolle lo plasmado en un tratado y la segunda alternativa es que el AI no cuente con una base convencional previa.

Bajo el primero escenario, la presencia del AI es un mecanismo para ejecutar el tratado, debiendo cuidarse que el texto no contravenga las obligaciones internacionales que contiene el tratado que lo precede. En cambio, con el segundo, si la base no es un tratado, probablemente, sea otra fuente del derecho internacional. Asumir el *tertius non datur* de Barberis no da lugar a otra posibilidad.

La pregunta a dilucidar sería ¿cuál fuente de derecho internacional que no sea un tratado podría ser el soporte de la celebración de los AI? Aquí se plantearían dos posibilidades. Por un lado, que el artículo 6 del Decreto Supremo n.º 031-2007-RE se entienda como un acto unilateral del Estado por el cual reconoce que el AI es vinculante si lo celebra una de sus entidades. No obstante, la sostenibilidad del acto unilateral *strictu sensu* es un asunto problemático (Kassoti, 2015, pp. 14-29; Saganek, 2016, pp. 19-24) y estaría más que ligado a la exigibilidad del acuerdo - que involucra la participación de otra entidad ajena al control del Estado -, a la capacidad de la entidad pública peruana de poder celebrar AI, sin que ello comprometa a todo el Estado en la celebración de un tratado.

La otra posibilidad sería la de una costumbre internacional en formación que valide la celebración de AI, a nivel de la región. Esta sería una alternativa

que se daría en el marco de otra de las fuentes clásicas del derecho internacional (artículo 38, inciso 1, literal b, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Se contaría con elementos para sostener esta hipótesis.

La primera razón es de índole comparado, dado que no solo el Estado peruano regula el AI, sino también se encuentran disposiciones o prácticas similares en México³⁰, Chile³¹, Colombia³², Bolivia³³, Ecuador³⁴ y España³⁵. Una segunda razón es que no ha habido un objetor persistente en la región respecto al uso del *administrative agreement* en la región. Implícitamente, se ha aceptado su uso sin negarle lugar en el plano de los instrumentos internacionales. Un tercer motivo radica en su funcionalidad, como explica Bonifaz (2016, p. 9): se acepta el empleo del AI en los gabinetes binacionales que celebra el Perú e incluso en ciertos foros como la Alianza del Pacífico. En este extremo, los AI surgen como respuesta a las necesidades de la comunidad internacional de instrumentos jurídicos ágiles que permitan arribar a compromisos con la celeridad que carecen los procesos de aprobación de un tratado.

Sin embargo, la doctrina no deja de discutir su naturaleza jurídica, más si no se cuenta con jurisprudencia internacional sobre la materia que respalde la existencia de estos acuerdos. Lo interesante es que todo parece indicar que, pese a sus distintas aproximaciones en cada una de las experiencias señaladas, el AI parece respaldar su fuerza jurídica, al menos, en una costumbre internacional *in status nascendi*.

³⁰ En el caso mexicano, la Ley sobre Celebración de Tratados de 1992, regula el concepto de AI, que sirvió de base para la legislación peruana analizada en esta oportunidad.

³¹ Como observa Bonifaz (2016: p. 33), este país no cuenta con una ley especializada en la materia, pero sí celebra en su práctica acuerdos interinstitucionales.

³² En Colombia, el *administrative agreement* se regula por la Ley 80 de 1993, modificada parcialmente por Ley 1150 de 2007.

³³ Para el caso boliviano, cabe revisar el Decreto Supremo n.º 2476, que lo denomina “acuerdo interinstitucional internacional”.

³⁴ En Ecuador no se cuenta con una ley especializada en materia de acuerdos interinstitucionales, no obstante, se registra práctica en la materia.

³⁵ En España, hemos podido ubicar la Ley 25/2014, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

3.3. Dificultades de reconciliar el acuerdo interinstitucional con la teoría de la responsabilidad internacional

Klabbers (1996, p. 99) sostiene que la celebración de un administrative agreement es de difícil reconciliación con la teoría de la responsabilidad internacional. Como señala la Corte Internacional de Justicia en el caso del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (1997, párrafo 47), las dos ramas fundamentales del derecho internacional público son, por un lado, el derecho de los tratados y, por otro lado, el derecho de la responsabilidad internacional. La CDI identificó la importancia de ambos temas y codificó el segundo de ellos bajo el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (2001) (en adelante, el PAREHII) y el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales (2011), interesándonos, en esta ocasión, el primero.

El hecho ilícito internacional (HII) genera la responsabilidad internacional del Estado (artículo 1 del PAREHII). Tal HII se compone de dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. El primero concierne a la violación de una obligación internacional (artículo 2, literal b, del PAREHII), el segundo a la atribución de ese comportamiento antijurídico a un Estado (artículo 2, literal a, del PAREHII).

El artículo 12 del PAREHII aclara que la obligación internacional proviene de cualquiera de las fuentes del derecho internacional. En ese esquema, si por una parte importa poco cuál es el origen de la obligación internacional, sí interesa por otra que la fuente de derecho internacional preexista al comportamiento incumplidor, puesto que sin una obligación no habría posibilidad de incumplimiento. Si sostenemos que los AI basan su exigibilidad jurídica en algún tratado en vigor previo o una costumbre internacional en formación, los AI en cuanto tales no crean obligaciones internacionales, pero tampoco se desentienden de las obligaciones internacionales que los enmarcan. En esa línea, el incumplimiento de un AI puede suponer también el incumplimiento de un tratado o una costumbre internacional, fuentes de derecho internacional que le preceden.

Respecto a la atribución, se refiere a que el comportamiento de incumplimiento del derecho internacional le sea atribuible al Estado. Naturalmente, cualquier acto que proviene de un órgano del Estado le es atribuible a este en el plano del derecho internacional, como lo revela el artículo 4 del PAREHII. Un órgano del Estado carece, por el hecho de desprenderse del aparato público de un Estado, de una personalidad jurídica internacional independiente por sí misma. La entidad pública pertenece al esquema del Estado, sin duda alguna. En este contexto, cabe recordar que Klabbers cita a Blix (1960), quien ofrece el siguiente ejemplo:

Si, por ejemplo, un tribunal internacional fuera a sentenciar daños sobre la base de un acuerdo postal [un acuerdo entre los servicios postales de los Estados], está presumiblemente fuera de controversia que el Estado como persona jurídica sería responsable en último término por el pago de los daños³⁶.

Bajo el ejemplo citado, en caso que se configure un incumplimiento de un AI, quien tendría que asumir el pago por los daños sería, en último término, el Estado. No obstante, Klabbers sostiene que ello sería así en caso se entienda que el acuerdo interadministrativo diera origen a obligaciones internacionales (Klabbers, 1996, p. 99). En el texto del profesor holandés, no entra a la consideración que las obligaciones internacionales provengan de otro lado, no del AI. La tesis propuesta relativa al origen de la fuerza jurídica del AI (tratados o costumbre internacional preexistente) brinda mayores posibilidades de reconciliación con la teoría de la responsabilidad internacional, por varios motivos. Primero, porque se utiliza elementos jurídicos que responden a la teoría tradicional de las fuentes del derecho internacional; segundo, porque se salva la necesidad de tener que explicar que el AI sea una fuente de derecho internacional, tercero, porque no se niega el carácter de instrumento internacional que posee el AI. De este modo, se logra un balance que permite entrar en sintonía con las exigencias básicas de la teoría de la responsabilidad internacional.

³⁶ Traducción libre.

3.4. La incertidumbre jurídica que conlleva el acuerdo interinstitucional

Klabbers (1996, p. 102) refiere a McNair, considerado como uno de los más notables tratadistas británicos en derecho de los tratados (Hernández, 2019, p. 2), quien arguye que “sostener que alguna entidad distinta al Estado podría llegar a vincularse jurídicamente por medio de la celebración de acuerdos administrativos abriría una virtual caja de Pandora”³⁷.

En la región, esta caja de Pandora ya ha sido abierta desde la presencia de la Ley sobre celebración de tratados (1992) en México y, concretamente en el caso peruano, con el artículo 6 del Decreto Supremo N.º 031-2007-RE. Hemos convivido con un misterioso instrumento internacional, sin entrar a determinar con exactitud su naturaleza jurídica, porque nos hemos interesado más por la flexibilidad que nos brinda la figura del AI para lograr acuerdos específicos, céleres y secretos. Lo primero porque son las entidades públicas las que directamente se comprometen en celebrar los AI, escapando de los mecanismos clásicos de representación del Estado; lo segundo, porque se libra del proceso de aprobación del tratado, el cual puede producir un resultado incierto o de demora, al pasar por el examen del Congreso de la República; y lo tercero, porque no se le exige la publicidad de la cual goza toda norma³⁸.

Uno de los problemas que surgirían de las inexactitudes que conlleva el concepto es la posibilidad de repudio o desconocimiento de los acuerdos por un cambio de autoridades o por el cambio de nombre de la entidad, nos dice Klabbers (1996, p. 102). Esta advertencia no es menor, puesto que el costo de la especificidad, celeridad y secretismo podría suponer que se actúe de espaldas a los intereses del Estado, se proceda a aceptar obligaciones que pueden comprometer al Perú y que no haya ningún tipo de transparencia ni fiscalización por la modalidad que supone el AI, respectivamente.

³⁷ Traducción libre.

³⁸ Artículo 51 de la Constitución Política del Perú.

Aun así, no dejamos de estar ante un instrumento internacional y no podemos olvidar que el propio derecho administrativo reconoce que cuando un individuo actúa en el cargo de titular de una entidad pública, su actuación representa a esa institución, no a la persona. Por lo tanto, las personas que pueden ir ocupando los diversos puestos públicos deberían responder a la institucionalidad que toda entidad pública supone. Al estar enmarcado en un tratado o en una costumbre internacional en formación, el desconocimiento del AI podría conducir al incumplimiento de estas fuentes del derecho internacional.

Entonces, ¿habría incertidumbre jurídica? Sí y no, a la vez. Sí, porque el AI puede presentar los problemas identificados a lo largo del presente artículo. Y no, porque el AI termina siendo el desarrollo de un tratado que lo precede, en el mejor de los casos, o prevé obligaciones, cuyo respaldo es consuetudinario.

Conclusiones

El administrative agreement es un instrumento internacional cuya regulación y utilización ha ido en aumento a nivel de la región latinoamericana. La presencia de esta clase de instrumento internacional, cuya aceptación en la práctica y en la legislación de los Estados se debe, básicamente, a su especificidad, celeridad y secretismo, no debe cerrar las puertas a continuar con el análisis que la figura en sí demanda. El hecho que el propio Comité Jurídico Interamericano (CJI) en sus “Directrices para los Acuerdos Vinculantes y No Vinculantes” no haya admitido que estas sean muestra de codificación o desarrollo progresivo en la materia, demuestra que el examen de los administrative agreements y, por tanto, del AI peruano, no ha quedado cerrado.

El caso del AI regulado por el artículo 6 del Decreto Supremo n.º 031-2007-RE ha sido examinado por varios autores peruanos, sin haberse llegado a resolver el principal problema que este instrumento internacional encierra a la luz del derecho internacional, que es su naturaleza jurídica. En el presente artículo, se ha buscado atender a esta necesaria cuestión, releyendo el texto “The Concept of Treaty in International Law” (Klabbers 1996).

En ese contexto, la manera como se resuelvan varias de las inquietudes planteadas por Klabbers se encuentran a través del sustento de la fuerza jurídica del AI en tratados en vigor o en una costumbre internacional en formación que los precedan. Esta resulta ser la manera más sólida de abordar el problema, considerando la vuelta al uso tradicional de las fuentes del derecho internacional y, con ello, un mayor nivel de seguridad jurídica con el empleo del AI, superándose el problema relativo a conceptualizar a las entidades públicas como sujetos de derecho internacional, lo cual no tiene ningún respaldo jurisprudencial o doctrinario.

Por lo tanto, se puede concluir que la figura del AI, no siendo confundible con los tratados, en el plano del derecho internacional, es un acuerdo cuya autonomía jurídica no es real: la autonomía administrativa que gozan las entidades públicas peruanas es innegable, pero no es posible tampoco entenderla como una autarquía, por la cual se desconozca los límites que el propio Estado debe imponer a sus órganos. El estatus jurídico del AI no puede ser explicado escapando de la legislación doméstica y el derecho internacional. Asumir lo contrario introduciría incongruencias que la seguridad jurídica nos debe llevar a evitar.

Bibliografía

Abugattas, G. (2015). “Acuerdos Internacionales Administrativos y Acuerdos Interinstitucionales: Comentarios a las regulaciones española, mexicana y peruana”, *Ars Iuris Salmanticensis – Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*, vol. 3, pp. 257-261.

Barberis, J. (1984). *Los sujetos del derecho internacional actual*, Madrid: Tecnos.

Bonifaz, G. (2016). “Los acuerdos interinstitucionales”, *Política Internacional*, n.º 122, pp. 9-42.

Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. (1962). Report of the International Law Commission covering the work of its Fourteenth Session, 24 April - 29 June 1962, Official Records of the General Assembly, Seventeenth Session, Supplement No. 9 (A/5209).

Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. (1966). Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, Yearbook of the International Law Commission.

Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos. (2020). Directrices del Comité Jurídico Interamericano para los Acuerdos Vinculantes y no Vinculantes, Washington: OEA.

Disponible en:

http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/Directrices_para_los_Acuerdos_Vinculantes_y_No_Vinculantes_publicacion.pdf

Corte Internacional de Justicia. (1997). Sentencia sobre el caso del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría vs. Eslovaquia).

De la Guardia, E. (1997). Derecho de los tratados internacionales, Argentina: Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma.

Dörr, O.; Schmalenbach, K. (2018). Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary, Heidelberg: Springer, Segunda Ed.

Kassoti, E. (2015). The Juridical Nature of Unilateral Acts of States in International Law, Leiden/Boston: Brill Nijhoff.

Hernández, A. (2019). “Los 50 años de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, Revista Peruana de Derecho Internacional, t. LXIX, n.º 163, pp. 49-79.

Hollis, D. (2014). The Oxford Guide to Treaties, Oxford: Oxford University Press.

Hollis, D. (2020). Acuerdos vinculantes y no vinculantes: Sexto Informe, CJI/doc. 600/20.

Klabbers, J. (1996). The Concept of Treaty in International Law (Developments of International Law), The Hague, London, Boston: Kluwer Law International.

Mezarina, S.; Rosales, P. (2019). “Los acuerdos interinstitucionales en la práctica peruana de derecho internacional”, Revista Derecho PUCP, n.º 82, pp. 371 - 406.

Roberts, I. (2009). Satow’s Diplomatic Practice, Oxford: Oxford University Press.

Saganek, P. (2016). Unilateral Acts of States in Public International Law, Leiden/Boston: Brill Nijhoff.

Villiger, M. (2009). *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

A Função Social do Compliance: Restauração do Pertencimento Social

THE SOCIAL FUNCTION OF COMPLIANCE: RESTORATION OF SOCIAL BELONGING

Ms. Ygor Pierry Piemonte Ditão ³⁹

Ms. Miguel Carlos Cristiano ⁴⁰

Sumário: 1. Introdução; 2. Em busca de uma definição de ética negocial; 3 Por um Conceito de Compliance; 4. A função social do Compliance: para além do homos economicus; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas.

Resumo: A ambição deste trabalho é de apresentar e demonstrar, mediante a revisão bibliográfica, qual é a função social do compliance e como o seu alinhamento promove a ética negocial e, conseqüentemente, promove a restauração (quando rompida) e a promoção do pertencimento social favorecendo a coesão social e a prática de um corporativismo voltada ao cumprimento normativo comunicando o homos economicus ao homos societatis e superando o poder invisível do Século XXI que é a corrupção endêmica.

Palavras-chave: Compliance. Ética. Corporativismo. Poder invisível. Sociedade.

Abstract: The target of this project is presenting and showing, through bibliographic review and what social function of compliance and how its alignment promotes the business ethics and, then, to promote the restoration (when it broken) and the promotion of social belonging, favoring the cohesion social and the practice of corporatism aimed at normative compliance communicating the Homos Economicus to the Homos societatis and overcoming the invisible power of 21st century that is the endemic corruption.

Keywords: Compliance. Ethics. Corporatim. Invisible power. Society.

³⁹Professor na Universidade Paulista (Brasil/SP); Doutorando e Mestre em Direito Internacional pela USP, Pesquisador pela USP do GEPIM (Grupo de Estudos de Proteção Internacional de Minorias) e Especialista em Processo Civil pela ESA/OAB/SP e Especialista em Direito Civil pela UNIP/SP, advogado militante, e-mail: ygorditao@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4718-6258>

⁴⁰ Advogado e professor universitário junto a Universidade São Judas Tadeu, Mestre em direitos difusos e coletivos pela Universidade Metropolitana de Santos/Brasil, e_mail miguel.cristiano.adv@gmail.com. Orcid:<https://orcid.org/0000-0002-0738-9392>

1. Introdução

Algumas novidades são apenas aparentes, pois, no final, toda a pretensão do direito está alicerçada sob a perspectiva de que “o Direito é, sob certo prisma, um manto protetor de organização e de direção dos comportamentos sociais” (REALE, 2002), mas, contemporaneamente, as dificuldades são outras e, assim, se depara com sólidos problemas em que “a sociedade que enaltece a técnica e reduz o humano à dimensão social do consumo (animal laborans) empobrece o sentido da experiência” (BITTAR, 2015) e tudo se converte em consumo até mesmo o Direito.

Em uma célere pesquisa na internet você, e qualquer um, é capaz de encontrar centenas de páginas com cursos, palestras, videoconferências, webinar (porque até pandemias tem suas modas) e artigos de páginas de escritórios de advocacia e outros profissionais demonstrando, uma vez mais, que “virou ‘moda’ a publicação das simplificações por intermédio de textos plastificados” (STRECK, 2014) tentando lucrar, desvairadamente, com a nova moda do mercado jurídico: o compliance.

Lutando contra esse tsunami (que agora encontra uma nova onda na LGPD) o presente artigo pretende investigar a ética negocial e explicar – conceituando minimamente sua natureza – para demonstrar qual é a função social que existe no compliance e, assim, direcionar de uma maneira mais coerente e coesa a utilização dos mecanismos de cumprimento normativo sem a hipocrisia do Ministério Público de simplesmente encontrar um bode expiatório e, do outro lado da Corte, sem a demagogia das corporações que farão apenas um regimento interno diferente e meia dúzia de cursos para certificar formalmente o compliance.

Para tanto, o primeiro capítulo apresentará uma análise do que realmente se entende por ética negocial – superando o moralismo e os sofismas – relendo-o a partir da própria natureza humana maiêutica para, em seguida, no capítulo seguinte, explicar o que, finalmente, é esse “tal” de compliance e o que se espera

realmente com sua adoção (para além do enquadramento formal) com a busca de uma reformulação da ética negocial internalizada pela corporação.

Por fim, no terceiro capítulo passa-se a interligar os dois capítulos anteriores e numa releitura das contribuições de Paul Collier e Adam Smith demonstrar que a função social do compliance está em promover uma reestruturação da ética negocial para, assim, convergir, na mesma pessoa (seja ela física ou jurídica) a compreensão dos deveres éticos e, conseqüentemente, promover o sentimento de pertencimento social onde tal sentimento ainda exista ou restaurando o sentimento de pertencimento social onde tal sentimento tenha sido mutilado pelos excessos do *homo economicus* que esqueceu de seus deveres como *homo societatis*.

Para tanto, trouxe-se os exemplos históricos dos êxitos empresariais que promoveram a ética negocial e, ao final, o como o compliance promove a ruptura com o novo poder invisível do Século XXI – a corrupção – restaurando o sentimento de enquadramento normativo e democrático e, conseqüentemente, restaurando o pertencimento social com a finalística demonstração de que, portanto, a função social do compliance é promover e restaurar o sentimento de pertencimento social e não apenas velha regras formais para evitar prejuízos às empresas.

2. Em busca de uma definição de ética negocial

Falar de ética contemporaneamente é bastante complexo e diversas razões permeiam essa complexidade. Uma delas é o desgaste terminológico dado a ela, já que tantos e tantos escritos já se fizeram sobre o assunto desde a Antiguidade com Aristóteles a instigar a virtude dizendo que “não é possível ser bom, no sentido estrito da palavra, sem sabedoria prática, nem é possível ter essa sabedoria sem ter a virtude moral” (ARISTOTELES, 2011) até às mais recentes obras sobre o assunto sempre a encher as livrarias e até revistas de banca de jornais. Outra questão é a utilização meramente hipócrita do termo sustentada, entre tantos outros erros, por jornalistas que violam os limites da profissão difundindo fake news, por políticos em seus inalcançáveis palanques

da moralidade e até por advogados que abandonam a dalmática da defesa para participar ativamente da atividade criminosa, fazendo-se, assim, certa a afirmação de que “qualquer um encena a honestidade, poucos, realmente, a praticam” (RIBEIRO, 2011).

Lições de ética, moralidade, virtude e tantos outros sinônimos são abundantes desde os filósofos mais clássicos como o elogio de Montesquieu aos Romanos dizendo que “Tinha probidade o povo romano. Essa probidade foi tão forte, que não raro o legislador só precisou mostrar-lhe o bem para fazer que o seguisse. Parecia que, em vez de ordenações, bastava dar-lhe conselhos” (MONTESQUIEU, 2010), até aos contemporâneos como Cortella a lembrar que “revisitar o tema da ética não é fazê-lo até que as pessoas se cansem, mas até que se convençam da importância de não deixar nossa casa apodrecer e se deteriorar” (CORTELLA, 2015).

A lição de Cortella sobre a preservação de “nossa casa” baseia-se na raiz etimológica da ética cuja lição de Matos reclama citação:

A palavra *ethos* aparece pela primeira vez em Homero, na *Iliada*, significando toca, caverna, “morada”. Antes de referir-se ao carácter ético e à virtude, *ethos* é pertencimento numinoso, a partir do qual construir e habitar são tarefas que participam do sagrado, da indivisão antiga entre os homens, a natureza e os deuses. Na mais modesta casa, o homem imita a obra do deus, “cosmizando” o caos, santificando seu pequeno cosmo, fazendo-o semelhante ao divino. Permanecendo em um lugar determinado e determinável, a maneira de habitar é criação de valores, é *ethos* pelo qual a perfeição dos deuses e manifesta-se na ordem e na beleza do universo – que na Grécia clássica passou a significar busca da harmonia de uma cidade governada pela justiça, na elegância de uma vida de moderação e autarquia. (MATOS, 2011)

Dessa lição que se parte grande parte a maioria das definições como a do professor Barros Filho ao dizer que “toda ética implica renúncia. Abrir mão de alguns dos próprios interesses, apetites ou desejos em nome de uma convivência harmoniosa” (BARROS FILHO, 2014) ou para Miranda, por sua vez, a ética existe porque o homem precisa “viver e conviver em sociedade, o ser humano tem a necessidade de criar regras e de adotar comportamentos comuns”

(MIRANDA, 2011) que seria prontamente acompanhado por Collier ao explicar a esquecida Teoria dos Sentimentos Morais (SMITH, 2015) de Smith lembrando que “o homem social se preocupa com o que os outros pensam a seu respeito: ele quer ser apreciado” (COLLIER, 2019. p. 32) e conclui que não é só pecúnia, mas também ser apreciado e pertencer, anotando com primazia que “assim como a ganância e o pertencimento, ser apreciado é uma motivação básica” (COLLIER, 2019. p. 32).

Collier, portanto, vai lembrar que “a finalidade das empresas é cumprir suas obrigações para com seus clientes e funcionários” (COLLIER, 2019, p. 82), dizendo, mais ou menos, a mesma coisa que Mises (MISES, 2010):

Os capitalistas, os empreendedores e os fazendeiros são essenciais à condução das questões econômicas. O leme lhes está nas mãos e são eles que guiam o navio. Guiam-no, sim, mas não têm liberdade de criar a rota. Não têm poder absoluto; são apenas timoneiros, obrigados a obedecer incondicionalmente às ordens do capitão. O capitão é o consumidor.

Não é o capitalista, o empreendedor ou o fazendeiro que determina o que se produzirá: é o consumidor. (MISES, 2018)

No entanto, Collier trará uma perspectiva da empresa para além de atender as ambições consumistas do cliente e levantará que “uma empresa precisa de um senso de propósito” (COLLIER, 2019, p. 84) trazendo para demonstrar isso exemplos singulares da Nestlé, Johnson & Johnson e Toyota (que serão melhor explicados mais à frente) como símbolos das multinacionais que não só engolem concorrentes, mas ressignificam a vida de todos os envolvidos (sociedade, consumidores e funcionários), mas guardam uma proporção equidistante entre a necessidade (lucro) e os deveres (respeito aos limites pela busca do lucro) anotando que “mesmo que nossas decisões tendam para alguma extravagância de momento, quando consideramos nossas ações, os ‘deveres’ geralmente prevalecem sobre as necessidades” (COLLIER, 2019, p. 33), tornando inquestionável a conclusão de que “seja como for, a realização da ética comercial demanda profunda redefinição do egoísmo racional e da lógica

perversa de incentivos baseados na ideia de homo economicus” (SAAD-DINIZ, 2019).

Porém, para melhor compreensão do que é a ética e seu papel é preciso ir mais longe do que as simples repetições (abundantes hoje em dia) de conceitos abstratos e, assim, investigar questões mais sólidas que tragam, como se faz necessário nesses caóticos dias contemporâneos, elementos mais sólidos para a compreensão da ética no século XXI. Importante, então, é a discussão de William Saad Hossne quando, para analisar a ética, regride até a natureza humana.

Grande debate já se alonga na história do pensamento humano sobre se o homem é bom ou mau por natureza, tendo, de um lado, como símbolo maior (o que não significa ter sido o inventor da tese) Thomas Hobbes quando alerta que “justiça e injustiça só existem entre os homens em sociedade, nunca no isolamento”, concluindo que “as paixões que inclinam o homem a querer a paz são o medo da morte, o desejo das coisas que lhe dão conforto e a esperança de obtê-las por meio de seu trabalho”, (HOBBS, 2012, p. 107) cristalizando o icônico homo hominis lupus, enquanto do outro lado desse ringue intelectual Jean-Jacques Rousseau tornou-se um dos grandes símbolos da ideia de que o homem é bom por natureza (sendo corrompido pela sociedade) dizendo “os homens são maus: uma triste e contínua experiência dispensa prova”, mas, sem se agasalhar em Hobbes concluirá que “no entanto, creio ter demonstrado que o homem é naturalmente bom”.(ROUSSEAU, 2014, p.126)

William Saad Hossne, porém, vai para além (mesmo mantendo-se dentro) desse debate e investigando a natureza humana e levará à compreensão de que o ser humano, diferentemente dos demais animais da natureza, é um Sócrates de todos os dias, questionando retoricamente que “o que distingue o Homem dos demais animais? O ser humano e os outros animais são parte da Natureza. Os animais não humanos, ao que tudo indica, se identificam com a Natureza, formando um só bloco” e respondendo que “já o ser humano, faz perguntas à Natureza” (HOSSNE, 2011, p. 198).

Isto é, conforme Hossne dispôs, enquanto os animais inerentes à natureza seguem os ditames da natureza faz com que “o animal de certa forma vive em harmonia, ainda que às vezes penosa, com a Natureza” enquanto o ser humano vai além de simples resignação aos ditames da natureza e pergunta, “e por isso, ele nasce ‘filósofo’” (HOSSNE, 2011, p. 198), já que “contemplar o Universo, como Tales, ouvir a verdade divina, como Heráclito, conversar com as pessoas, como Sócrates, eis as várias formas de fazer filosofia” (CHAUÍ, 2012).

A grande contribuição dessa perspectiva é que:

Ao fazer perguntas à Natureza, o ser humano tomou conhecimento e ou consciência da existência do outro. Este fato trouxe, como consequência à relação humana, o aparecimento da noção de valores. Ora, os valores humanos constituem o campo da ética. Desse modo, o primata, que virou filósofo e pesquisador, converteu-se também em um ser ético. [...] Em sentido amplo, isso significa que pesquisa e ética são elementos permanentes na atividade humana. (HOSSNE, 2011, p. 199.)

Portanto, a ética negocial é a capacidade de levar em consideração a natureza mesma do mercado (SAYEG e BALERA, 2011) e do homem e indagar, dentro de suas naturezas, quais são os atos aceitáveis, adequados e dignos de serem feitos dentro do campo negocial e, com isso, agasalhar-se nas lições de Saad-Diniz em que:

A ética negocial deveria superar a simples imposição de limites à liberdade de ação empresarial; antes disso, pode voltar toda sua inteligência para encontrar, de forma um pouco mais criativa e inovadora, as estratégias adequadas de geração responsável de valor, inclusive a partir da justificação da atribuição de responsabilidade às corporações como estratégia indissociável do controle social dos negócios. (SAAD-DINIZ, 2019. p. 38)

Deve-se, para melhor compreender, observar as nuances de cada prática negocial (a ética da Bolsa de valores não é a mesma do mercado da Moda ou Desportiva), mas em todas elas observar a fraqueza que existe no mercado: “essa fraqueza não está na sua própria constituição, mas nos seres humanos que participam dele. Existem pessoas que não querem seguir o princípio fundamental do mercado: fazer acordos voluntários, e agir em conformidade com eles” (MISES, 2017), e, assim, “reconhecer os próprios

problemas é o primeiro passo para a legitimação ética da decisão negocial” (SAAD-DINIZ, 2019. P. 145) lembrando-se, em todo o tempo, que “liberdade na sociedade significa que um homem depende tanto dos demais como estes dependem dele” (MISES, 2017).

“Independentemente do referencial teórico, os valores compartilhados são importantes para definição de quase tudo na ética negocial” (SAAD-DINIZ, 2019, p. 63) e, com isso, ética negocial, portanto, é a manter a capacidade produtiva da empresa, mas dentro de um léxico de responsabilidade que preserve valores fundamentais da humanidade repartindo a responsabilidade dos êxitos (que já acontece), mas também dos fracassos (relendo os danos negociais) ao interpretar, corretamente, a natureza do mercado e não suas deturpações imorais e amorais e, com isso, agir dentro do espaço de obtenção de lucro, mas sem recursos subversivos que sirvam para retirar, do agente empresarial, as responsabilidades pelos danos corporativos, de modo que “não se trata da imposição de orientação normativa. Trata-se do comportamento ético concreto e mensurável que expressa normas sociais qualitativamente vinculadas à ética negocial” (SAAD-DINIZ, 2019, p. 66/67).

3 Por um Conceito de Compliance

Antes, contudo, de responder quaisquer indagações é preciso responder uma que precede: o que, afinal, é esse tal de compliance tão na moda hoje? Afinal, não faltam novas empresas e novos cidadãos a criarem programas de compliance, treinamento e palestras com promessas inquestionáveis de adequação normativa quando, no final, a única preocupação é esse novo nicho mercadológico que apareceu (como se começa a ver também com a Lei Geral de Proteção de Dados).

Conceitos, definições e abordagens, como já ressaltado, não faltam, já que “não se sabe exatamente como, mas se multiplicaram em todo o país especialistas em ética e corrupção” (SAAD-DINIZ, 2018, P. 25-53). É preciso resgatar alguns conceitos para não permanecer somente nas críticas aqui já

ressaltadas e, portanto, encontrar elementos comuns que tornem coerentes as inovações que representam essas importações da cultura anglo-saxã, a começar pela seguinte:

El compliance implica una autorregulación empresarial mediante el cual el Estado obliga a que la propia empresa controle y gestione sus propios riesgos y con ello evite o prevenga infracciones al ordenamiento jurídico. Se da, así, una suerte de colaboración funcional entre la regulación privada y la estatal para controlar lo peligros en la actividad empresarial.

Ahora bien, lo anterior significa, en la práctica, que todas las empresas, todos sus administradores y directivos se hallan obligados – a partir de ahora – a actuar como garantes de la no comisión de delitos de blanqueo (o de corrupción) en su organización; en otras palabras, como agentes de policía. La conformación de esta posición de garantía universal es, probablemente, la máxima expresión de la capacidad del delito de blanqueo de capitales (y de los delitos de corrupción) para expandir el Derecho penal. (SILVA SANCHEZ, 2015).

Além dessa renomada voz internacional, é possível trazer ainda a conceituação tecida por uma autarquia em regime especial: CADE (Conselho Administrativo de Defesa da Economia) que publicou um “guia” prático para o compliance:

Compliance é um conjunto de medidas internas que permite prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis decorrentes de atividades praticadas por um agente econômico e de qualquer um de seus sócios ou colaboradores.

Por meio dos programas de compliance, os agentes reforçam seu compromisso com os valores e objetivos ali explicitados, primordialmente com o cumprimento da legislação. Esse objetivo é bastante ambicioso e por isso mesmo ele requer não apenas a elaboração de uma série de procedimentos, mas também (e principalmente) uma mudança na cultura corporativa. O programa de compliance terá resultados positivos quando conseguir inculcar nos colaboradores a importância em fazer a coisa certa.

Uma vez que tais colaboradores podem apresentar diferentes motivações e graus de tolerância a riscos, o programa tem por função ditar valores e objetivos comuns, garantindo sua observância permanente. Programas de compliance podem abranger diversas áreas afetadas às atividades dos agentes econômicos, como corrupção, governança, fiscal, ambiental e

concorrência, dentre outras, de forma independente ou agregada.(CADE, 2016)

Em outras palavras o compliance existe para redesenhar a estrutura corporativa de modo que, efetivamente, dissuada a prática criminosa dentro de sua organização, cristalizando quadros otimizados que reconstruam uma nova epistemologia de ética negocial dentro dela, pois suas normas “no tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial” (CARBAYO, 2016) e, com isso, as ferramentas de cumprimento normativo devem promover uma revolução copernicana da ética negocial existente dentro da empresa com métodos eficientes que causam uma nova recondução social do grupo empresarial de modo que reconstruções de regimentos internos, adoção de mecanismos internos de denúncia, procedimentos internos de investigação e, até mesmo, o ressarcimento de vítimas se dê viabilizando a reformulação da ética negocial interna e não apenas um enquadramento formal da norma.

Mais do que conceitos, todavia, é preciso perseguir um delineamento o mais claro possível de como se implementar esse novo corte de cabelo que hoje está na moda de todas as cabeças empresariais do Brasil: o compliance.

Sofia Bertolini Martineli vai esclarecer que:

A respeito da estruturação de um programa de compliance, Adán Nieto Martín apresenta os elementos básicos gerais, constantes em todo e qualquer programa, bem como os critérios para determinação de sua qualidade. Para ele são elementos comuns a todo e qualquer programa de compliance: 1) análise de riscos, cuja finalidade é detectar os delitos de maior probabilidade de cometimento, bem como os setores mais afetados, a efetividade e a eficácia das medidas de controle existentes; 2) código de ética, que deve estabelecer normas claras de comportamento; 3) controles, isto é, medidas internas que assegurem razoavelmente que as normas serão cumpridas; 4) formação e difusão, buscando garantir que todos sejam competentes para cumprir sua função de maneira consistente com o programa de compliance; 5) mecanismos de detecção e sanção, para assegurar a eficácia das normas; 6) protocolos de reação, ante a constatação de uma infração; 7) institucionalização tanto de responsáveis pelo controle de riscos, quanto pela supervisão e coordenação de setores específicos do compliance; 8) avaliação

periódica da eficácia do próprio sistema de compliance; 10) documentação da atividade.

Quanto à qualidade do programa de compliance, o autor estabelece seis critérios para sua verificação: 1) implicação dos dirigentes, que devem participar na formação, comunicar diretamente as novidades ou modificações, enviando mensagens claras sobre a importância do compliance, bem como assumir a supervisão das medidas de compliance; 2) participação dos trabalhadores e dos grupo de interesse, a fim de conferir legitimidade e eficácia ao programa; 3) coerência com a cultura empresarial e a gestão de recursos humanos; 4) independência, capacidade e formação dos responsáveis pelo compliance; 5) recursos adequados; 6) vigência do programa, que pressupõe o conhecimento, pelos funcionários, de suas funções e obrigações dentro do sistema, bem como a imposição e execução de sanções disciplinares. [...] A respeito dos elementos estruturais, Sieber destaca: 1) determinação de finalidades e valores empresariais e respectiva análise de riscos específicos; 2) determinação das responsabilidades de cada setor organizacional, relativamente à observância do elemento anterior, bem como capacitação dos trabalhadores; 3) a criação de sistemas de denúncia e investigação internas; 4) estabelecimento de controles e avaliações externos; 5) fixação de sanções internas, ante o descumprimento dos preceitos empresariais; 6) criação de mecanismos para incentivo às práticas estabelecidas. (MARTINELLI, 2017. P. 30/31)

De modo que, conclusivamente, o compliance deve ser compreendido “como um programa organizado para incrementar a gestão organizacional e a capacidade regulatória para prevenção de infrações econômicas e controle dos riscos morais” (SAAD-DINIZ, 2018) e “mais tecnicamente, compliance refere-se às estruturas implementadas na organização empresarial para detecção, apuração e reação, com vistas ao incremento da prevenção e redução das infrações econômicas na atividade empresarial” (SAAD-DINIZ, 2019), lembrando, porém, que não se podem reduzir a “mera formalidade para atender a exigências públicas reguladoras ou fiscalizadoras” (SAAD-DINIZ e MARCANTONIO, 2015. p. 125), mas deve proporcionar uma educação executiva capaz de “desenvolver estratégias que combinassem ética negocial, regulação, compliance e controle social do negócio” (SAAD-DINIZ e MARCANTONIO, 2015. p. 125), transformando-se em uma ferramenta

verdadeira de controle ético dos atos negociais no ambiente corporativo aptos a transformação do secular *modus operandi* de gestão brasileiro de ser.

4. A função social do Compliance: para além do *homo economicus*

A todos é consabido que “Aqui está o seu ouro, o pior veneno para a alma humana” (SHAKESPEARE, 2010). A ética, portanto, é o último bastião para que orações como a do velho Romeu não se tornem uma regra insuperável e, por isso, o compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica cuida exatamente disso, proporcionar, onde todos creem ser um ambiente sem regras, limites e escrúpulos, em um cotejo humanizado e detentor de valores como a dignidade da pessoa humana, superando, inclusive, a histórica e malsã tradição brasileira tecida na poderosa crítica de Schwarcz:

No século XVII, viajantes costumavam afirmar que era preferível ser roubado por piratas em alto-mar a aportar no Brasil, onde teria de pagar uma série de taxas sobre a mercadoria comercializada, além de serem obrigados a adular os administradores e grandes proprietários com todo tipo de presente. (SCHWARCZ, Lilia Mortiz, 2019. P. 91.)

E, assim, com essa endêmica contaminação corruptiva, fez que “o certo é que a corrupção leva ao desvirtuamento dos costumes”, mas “lutar contra a corrupção não pode se reduzir a uma cruzada moralista; o fenômeno só será de fato atacado a partir de planos duradouros de desbaratamento dos arranjos”, pois, no fim, “a corrupção só pode existir se estiver disseminada na própria sociedade, a qual, de alguma forma, a acoberta ou redime” (SCHWARCZ, Lilia Mortiz. 2019, p. 114 e 121) o que, em síntese, importa que “a avaliação dos processos de vitimização deve levar em consideração diferentes culturas, classes sociais e contextos urbanos” (SAAD-DINIZ, 2019. p. 119) para que, adentrando na história brasileira, encontre-se a resposta adequada para reversão desse quadro caótico.

A ética negocial aplicada conjuntamente institucionalizada pela adoção eficiente e legítima de um compliance servem, ao final dessa difícil equação, como um meio de restauração do pertencimento social, pois “mensurar o dano

no nível comunitário é mais complexo do que simplesmente agregar consequências colaterais às infrações econômicas” (SAAD-DINIZ, 2019, P. 25) e compreender que:

A grande questão é que a vitimização provocada pela criminalidade econômica é muito mais danosa do que as demais formas de vitimização. O número de mortos pela negligência ou pela simples indiferença da vitimização corporativa é muito maior do que o dano intencionalmente causado pela criminalidade tradicional. [...] Comunidades inteiras padecem de baixa representatividade no sistema de justiça criminal e são vitimizadas pelo comportamento corporativo ofensivo. Desvio de dinheiro e afetação da capacidade distributiva do Estado podem vulnerar dramaticamente uma nação inteira. As doações corporativas, se alheias ao controle social e à regulação, conduzem o processo político e afetam os procedimentos eleitorais democráticos e os princípios de governança pública. O lobby corporativo captura as escolhas públicas, a política institucional e a representatividade popular. A captura regulatória fragiliza a confiança no Estado de Direito, plena de estratégias de desvio, subtração e extorsão que culminam em níveis subótimos de persecução penal, colaboração inidônea com as autoridades públicas, iniciativas corporativas inautênticas e corrupção das medidas de law enforcement. (SAAD-DINIZ, 2019 P. 100 e 140)

Dessa maneira, o compliance devidamente instalado nas corporações e pessoas jurídicas em geral (inclusive os partidos políticos), proporciona a instauração de prática corporativa realmente ética e, ao final, permite a restauração do sentimento de pertencimento e ressignificação do elo social quando coaduna o homo economicus com o esquecido sentimento de afeição do homo societatis, pois “naturalmente o homem não apenas deseja ser amado, mas amável; ou ser objeto natural e apropriado de amor” (SMITH, 2015, p. 143), já que, na verdade, a conduta humana – e sua natureza indagativa da razão de ação – faz com que “sempre levamos mais em conta os sentimentos do espectador do que os da pessoa diretamente envolvida e consideramos mais como sua situação se mostrará aos outros, que como se mostrará a ela mesma”- (SMITH, 2015, p. 223).

Um destre exemplo do como a conduta das empresas e corporações podem favorecer a construção do pertencimento social – e, conseqüentemente,

como o compliance pode auxiliar essa missão – pode ser retirada do próprio Collier que nos mostra, num primeiro caso, o como uma empresa pode ser escoltada por uma sociedade pertencida:

Numa viagem à Indonésia, topei com um grupo de trabalhadores da Nestlé. Estavam tocando uma fábrica de laticínios que transformara as oportunidades para agricultores locais. Num período de distúrbios públicos, os agricultores foram até a cidade e cercaram a fábrica para protegê-la contra os saqueadores. Desses propósitos as pessoas podem ser orgulhar: são empresas que criam empregos em que as pessoas podem contribuir para sua sociedade. (COLLIER, Paul, 2019, p. 83)

E num segundo caso, muito mais delicado, uma tragédia foi evitada, mas, claro, sob um árduo custo financeiro à empresa, mas que se converteu em fenomenal ativo por construir o pertencimento social:

Em 1982, a Johnson & Johnson foi atingida por uma catástrofe. Sete pessoas morreram em Chicago, e o rastreamento da causa das mortes chegou a um veneno que fora colocado em frascos de Tylenol, o produto mais vendido da empresa. O que aconteceu foi tão admirável que ainda hoje é utilizado como estudo de caso nos cursos de administração. Antes mesmo que a direção tivesse tempo de reagir, os gerentes das filiais locais tomaram a iniciativa de retirar todos os frascos de Tylenol das prateleiras dos supermercados, comprometendo-se a reembolsar integralmente as lojas. Hoje em dia, isso não parece tão admirável quanto na época porque, desde esse episódio, tornou-se prática corrente em todo o mundo empresarial. Mas, até 1982, as empresas não recolhiam os produtos; o costume era negar a responsabilidade. Funcionários de menor escalão na Johnson & Johnson sentiram confiança para tomar essa iniciativa – que comprometeu a empresa com uma dívida de cerca de 100 milhões de dólares – porque haviam compreendido a partir daquele credo que a prioridade era para com os usuários do Tylenol. Essa pronta providência, que depois foi plenamente endossada pela alta direção, não foi apenas moral: revelou-se uma boa prática empresarial. Contrariando as previsões, a empresa rapidamente recuperou sua fatia do mercado (COLLIER, Paul, 2019, p. 47/48).

Isso pode ser compreendido a partir da leitura de Collier tanto no Estado quanto na Empresa Ética, pois no momento em que a pessoa jurídica (tanto a corporação quanto o partido político) instauram um sistema de compliance fidedigno e destinado, realmente, à autorregulação capaz de reduzir os espaços

por onde escapam-se as práticas corruptivas, constrói a verdadeira narrativa de vinculação social a partir da restauração da confiança, uma vez que “confiamos nas pessoas se nos consideramos capazes de prever como eles se comportarão” (COLLIER, 2019, p. 64).

No Século XX o grande obstáculo para o desenvolvimento democrático e libertário efetivo foram as ditaduras naquilo que Bobbio chamou de segredo de Estado representado nos agentes subversivos das práticas ocultas, isto é, o poder invisível. “O breve século XX fora de guerras mundiais, quentes ou frias” (HOBSBAWM, 1995. p. 538) impôs, como é inerente aos constantes estados de guerra (sejam internacionais como a I e a II Guerra Mundial ou os diversos conflitos internos vividos pela América Latina), um constante estado de poder invisível notadamente antidemocrático já que que “a democracia é idealmente o governo do poder visível”(BOBBIO, 2015, p. 29.).

O Século XX com os frequentes golpes de estados, a guerra fria e as insurreições civis sendo marcado foi eternizado por dois modelos de poder invisível: (a) o contra o Estado: em que “há antes de tudo um poder invisível que se volta contra o Estado; (b) o poder invisível na mão do Estado: em que “há por fim o poder invisível como instituição do Estado” (BOBBIO, 2015, p. 32 e 34). Havia, então, as lutas revolucionárias e a resposta contrarrevolucionária franqueando poderes invisíveis de ambos dos lados, desenhando-se, assim, o poder invisível em uma guerra revolucionária “que visam conquistar o poder por meio do controle progressivo, físico e psicológico, das populações empregando uma técnica definida e desenvolvendo-se num processo determinado” (FERREIRA FILHO, 1974. p. 69), enquanto o Estado, reiteradamente, adotava o “Salus reipublicae suprema lex esto (‘A salvação da República há de ser a suprema lei’). Tomam-se, então, medidas repressivas ao arrepio da lei” (FERREIRA FILHO, 1974, p. 71).

Esse quadro é substituído por um novo agente de fragilização da democracia (e, conseqüentemente, dos Direitos Humanos uma vez que “a Democracia é um sine qua non para a existência de Direitos Humanos Fundamentais, e, segundo [...], é um Direito Fundamental” (DITÃO, 2019) que é,

segundo Bobbio, a segunda forma de poder invisível: que é um poder invisível que nasce e existe “não somente para combater o poder público, mas também tirar benefícios ilícitos e extrair dele vantagens que não seriam permitidas por uma ação à luz do dia” (BOBBIO, 2015, p. 33) e, portanto, enquanto as violações do Século XX voltavam-se às posturas contrarrevolucionárias do Estado (caçadas, torturas e homicídios), no Século XXI (das corporações e multinacionais) o poder invisível reveste-se de agentes corruptivos financeiramente.

Esse novo poder invisível (não novo propriamente, mas uma nova forma de se ver o poder invisível contemporaneamente) fragmenta a sociedade retirando por completo o sentimento de pertencimento, posto que “antes de podermos adotar o ressentimento do sofredor, devemos desaprovar os motivos do agente, e perceber que nosso coração renuncia a toda a simpatia para com os afetos que influenciaram sua conduta” (SMITH, 2015) e, assim, “a percepção de que negligenciar os Direitos das vítimas e a punição dos infratores adoece não somente aquele cidadão, mas toda a sociedade, com a irradiação da certeza da impunidade, bem como com a conseqüente transformação do ser humano em coisa insignificante” (DITÃO, 2018), de modo que seu controle é uma medida mais do que necessária para que a vulneração contemporânea à democracia (similar às ebulições do apogeu das ditaduras do século XX) não se transforme na derrocada da mesma.

Qual a relevância? É que a existência de poderes invisíveis impulsiona a adoção de medidas fragmentadoras da confiança e levam a inexistência de qualquer sentimento de pertencimento colapsando toda a estrutura social mediante o fracasso do Estado. É nesse momento que compliance entra, pois permite que a ética negocial se mostre não só benéfica, mas necessária para restaurar o pertencimento, pois “aprovamos ou desaprovamos a conduta de outro homem segundo sintamos que, a fazermos nosso seu caso, podemos ou não simpatizar inteiramente com os sentimentos e motivos que a nortearam” (SMITH, 2015).

Para que, então, a corrupção não seja mais um poder invisível no Século XXI o compliance (legítima e corretamente estruturado) promove a consolidação da ética negocial permitindo a restauração de pertencimento porque criam uma narrativa devidamente acompanhada de comportamentos ratificadores da referida narrativa, conforme, aliás, bem ensina Collier ao lembrar que “como ocorre com todas as narrativas, se as ações não forem coerentes com elas, as narrativas de pertencimento comum ao lugar perderão credibilidade” (COLLIER, 2019, p. 79), cujo símbolo que se pode tirar é o caso da Toyota: enquanto a Toyota tinha um controle interno de qualidade a GM seguia sem conseguir entender o distanciamento dela para com os seus consumidores e, conseqüentemente, sua própria concorrente que dia mais dia ganhava cada vez mais campo, então:

Finalmente, um novo diretor-executivo entendeu o problema: a cultura precisava mudar. O confronto entre a administração da GM e o Sindicato dos Trabalhadores Automotivos Unidos seria suplantado pela confiança mútua. “Se eles têm robôs, nós teremos robôs” foi substituído por “Se eles têm cordões Andon, nós teremos cordões Andon”. Por ordens do diretor-executivo, os cordões foram instalados ao longo das linhas de montagem da GM. O diretor-executivo podia anunciar uma mudança de cultura, mas os humildes gerentes da linha de montagem, que sabiam avaliar melhor as atitudes dos operários comuns, sabiam o que se seguiria. Ao longo das décadas havia-se acumulado uma série de antipatias que não se dissolveriam da noite para o dia. Diante da possibilidade de causar danos tremendos à empresa, alguns trabalhadores fizeram questão de aproveitá-la. Puxavam-se os cordões Andon a falsos pretextos, a produtividade despencava, e a responsabilidade recaía sobre os gerentes da linha. Diante disso, eles amarraram os cordões Andon no teto. A tentativa do diretor-executivo de mudar a cultura resultou numa demonstração muito clara de que a gerência não confiava na força de trabalho. Intensificaram-se as identidades oposicionistas (COLLIER, 2019, p. 86/87).

Assim, quando as corporações, as pessoas jurídicas em geral e até mesmo os partidos políticos adotam uma ética negocial realmente coerente impondo-se medidas de compliance realmente destinadas a autorregular (e não somente para atender formalidades normativas impostas pelo Estado, uma vez que é incontestável que “a regulação tem seus limites” e que “as regras não

regulam” fazem de suas narrativas (sobretudo os partidos que são entes criados pelas narrativas) coadunarem com suas práticas, alertando-se, sempre, que “as narrativas são poderosas, mas há limites para a distância que podem tomar em relação à realidade” e, assim, “suas ações precisam ser coerentes com suas narrativas” (COLLIER, 2019, p. 49; 105/106).

Portanto, a ética negocial cristalizada pelo o compliance devidamente instalados nas corporações, nas empresas, nas associações, nas fundações e até mesmo nos intocáveis partidos políticos fará com que o pertencimento seja restaurado, posto que a narrativa (principalmente os repetitivos discursos de justiça, ética e moralismos de alguns partidos políticos) encontre um mínimo de correspondência na vida real com ferramentas que estão à disposição da fiscalização social e que atendem ao anseio de controle do poder econômico que influencia o poder político restaurando a legitimidade das instituições democráticas e aplicando-se um contragolpe a perigosa onda populista que se irradia.

5. Conclusão

É preciso, conforme exposto no presente trabalho, compreender que toda ambição humana trabalha no sentido de que os títulos e os bens conquistados por uma pessoa se transformam em ferramentas aptas a promover o apreço dos outros por nós mesmos. Quando, então, tais títulos e bens são conquistados à margem e ao arrepio da lei e dos valores éticos o apreço pretendido é esvaziado, ficando somente a velha e fria inveja pelos bens conseguidos (juntamente, é claro, com a ojeriza dos demais membros daquela sociedade à pessoa que socorreu a tais métodos subversivos desdenhando de todos ao violar o código ético tatuado no espírito daquele grupo social), a sociedade já encontra seu colapso, afinal, “sentir que não somos notados necessariamente sufoca a mais agradável esperança e decepciona o mais ardente desejo da natureza humana”(SMITH, 2015).

Não é possível encontrar a saída para a fome e as guerras no mundo, uma vez que “o reconhecimento dos limites insuperáveis do conhecimento deve,

de fato, ensinar ao estudioso da sociedade uma lição de humildade” (HAYEK, 2019. p. 49.), mas é devido, sobretudo ao cientista das ciências sociais, (HAYEK, 2017, p. 200) procurar e lutar dia a dia por ferramentas que permitam uma progressiva caminhada em prol da defesa dos Direitos Humanos e do Estado de Direito, vencendo, em cada lide, o obscurantismo dos poderes invisíveis que se levantam subversivamente para minar as alianças sociais que mantem a paz e, este artigo, visa exatamente isso: por meio da ligação entre ética negocial e o compliance bem como a compreensão da natureza indagativa do homem – e sua busca para compreender o que é lícito fazer – ver que a institucionalização correta, eficiente e legítima das ferramentas de compliance promove a restauração do pertencimento social e, portanto, cristaliza-se, aí, sua função social.

Isto é, compreendendo que a natureza humana é a busca sempre inaudita pela resposta – enquanto os demais seres da natureza apenas seguem-na – e, conseqüentemente, que a ética negocial é o exercício dessa natureza humana de indagar qual é a conduta correta e adequada para aquele momento corporativo, pode-se, facilmente, ver que a adoção do compliance promove uma restauração do pertencimento social e, finalmente, demonstra que a função social do compliance é exatamente essa: promover e restaurar o pertencimento social pela adoção da boa prática corporativa baseada em legítima e natural ética negocial que suplanta ou, pelo menos, inibe consideravelmente a prática subversiva do contemporâneo poder invisível que é a corrupção corporativa.

É apenas por meio de compliance adequadamente implantado que o *homo economicus* finalmente encontrará, no mesmo corpo, seu antigo aliado o *homo societatis*, pois “o homem social se preocupa com o que os outros pensam a seu respeito: ele quer ser apreciado” (COLLIER, 2019) e, assim, o lucro voraz e incontrolável compreenderá que existe outros fatores além do exclusivo capital econômico que, se bem alinhados, podem promover o desenvolvimento lucrativo e honesto como atestaram os exemplos levantados neste artigo da Johnson & Johnson e Toyota, já que uma boa empresa pode

durar alguns anos, mas uma empresa que junge a sociedade pode se eternizar nas gerações.

6. Referências Bibliográficas

ARISTOTELES, *Ética a Nicômaco*. 5ª ed. 9ª reimpr. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2011.

BARROS FILHO, Clóvis de. PRAÇA, Sérgio. *Corrupção: Parceria degenerativa*. – Campinas, SP: Papirus 7 Mares, 2014.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 11. Ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

BOBBIO, Norberto, 1909-2004. *Democracia e segredo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. – 1. Ed. – São Paulo: Editora Unesp, 2015.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 16 DE JULHO DE 1934) – Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm -- Acesso em: 19.06.2018.

BRASIL. Lei nº 8.906/94 – Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm -- Acesso em: 23.09.2019.

CADE: Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia Programas de Compliance: orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de compliance concorrencial*. – Coordenação Vinicius Marques de Carvalho, Eduardo Frade Rodrigues: Brasília, 2016.

CARBAYO, Víctor Joménez. Los requisitos mínimos de un Programa de Compliance. *Revista Escura*. pps, 3-11, 2016.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 14ª ed. 4ª impressão. – São Paulo: Editora Ática, 2012.

COLLIER, Paulo, 1949- *O futuro do capitalismo: enfrentando as novas inquietações*. Tradução Denise Bottmann. – 1ª ed. – Porto Alegre [RS]: L&PM, 2019.

CONFÚCIO, 551-479 a.C. *Os Analectos*. Tradução do inglês Caroline Chang; tradução do chinês, introdução e notas [glossário de nomes e apêndices sobre a vida de Confúcio e seus discípulos] de D. C. Lau – Porto Alegre, RS: L&PM, 2012.

CORTELLA, Mario Sérgio. *Pensar bem nos faz bem!: 2. Família, carreira, convivência e ética*. – 4ª ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

CUNHA, Antônio Geraldo da, 1924-1999. Dicionário etimológico da língua portuguesa. – 4ª ed. revista pela nova ortográfica. – Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico universitário. – 1ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

DITÃO, Ygor Pierry Piemonte; MARCELLO, Karen. A revolução democrática: a democracia como um direito humano e seu efeito direto no direito interno. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 112. Ano 27. P. 35-61, São Paulo: Editora RT, mar-abr. 2019.

DITÃO, Ygor Pierry Piemonte. Dano moral presumido: uma reflexão constitucional. São Paulo: LiberArs, 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A democracia possível. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1974.

FILGUEIRAS, Fernando. Transparência e controle da corrupção no Brasil. In Corrupção e sistema político no Brasil. / organizadores Leonardo Avritzer, Fernando Filgueiras. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

FREUD, Sigmund; EINSTEIN, Albert. Um diálogo entre Einstein e Freud: por que a guerra? – Santa Maria: FADISMA, 2005.

FREUD, Sigmund, 1856-1939. O mal-estar na cultura. Tradução Renato Zwick; revisão técnica e prefácio de Márcio Seligmann-Silva. – 2ª ed. – Porto Alegre, RS: L&PM, 2015.

HAYEK, Friedrich August von, 1899-1992. A pretensão de conhecimento. Tradução Leandro Augusto Gomes Roque; Edição Alex Catharino. – São Paulo, SP: LVM Editora, 2019.

_____. Os erros fatais do socialismo. Tradução Eduardo Levy. – 1. Ed. – Barueri: Faro Editorial, 2017.

HOBBS, Thomas, 1588-1678. Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução Rosina D'Angina; consultor jurídico Thélío de Magalhães. – 2. Ed. – São Paulo: Martin Claret, 2012.

HOBBS, Eric, 1917. A era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991. Tradução Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Poli. – São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOSSNE, William Saad. Ética, saúde e biotecnologias. In Ética e cultura. Danilo Santos de Miranda (org.) – São Paulo: Perspectiva: Edições SESC SP, 2011.

MAGALHÃES, Humberto Piragibe. MALTA, Christovão Piragibe Tostes. Dicionário Jurídico: vol. I – 3ª ed. rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S.A., 1972.

MARTINELLI, Sofia Bertolini. Compliance de partidos políticos: Public Compliance e financiamento de campanha eleitoral. – São Paulo: LiberArs, 2017.

MATOS, Olgária. Modernidade e mídia: o crepúsculo da ética. In *Ética e cultura*. Danilo Santos de Miranda (org.) – São Paulo: Perspectiva: Edições SESC SP, 2011.

MIRANDA, Danilo Santos de. *Ética e cultura: um convite à reflexão e à prática*. In *Ética e cultura*. Danilo Santos de Miranda (org.) – São Paulo: Perspectiva: Edições SESC SP, 2011.

MISES, Ludwig von. *Burocracia*. - Tradução de Raul Martins. – Campinas, SP: Vide Editorial, 2018.

_____. *Ação humana*. – São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

_____. *Sobre dinheiro e inflação – Uma síntese de diversas palestras*. Tradução Alexandre S. – Campinas, SP: VIDE Editorial, 2017.

_____. *As seis lições: reflexões sobre política econômica para hoje e amanhã*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. – 8ª ed. rev., ampl. – São Paulo: LVM, 2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *Do espírito das leis*. Tradução Roberto Leal Ferreira. – São Paulo: Martin Claret, 2010.

REALE, Miguel, 1910, *Lições preliminares de direito*. 27. Ed. – São Paulo, 2002.

RIBEIRO, Renato Janine. *Ética, Ação política e conflitos na modernidade*. In *Ética e cultura*. Danilo Santos de Miranda (org.) – São Paulo: Perspectiva: Edições SESC SP, 2011.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 6ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

_____. *Delação premiada: limites éticos ao Estado*. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. *A hora do carvoeiro: história de um amor pelo crime*. – Campinas: LZN Editora, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, 1712-1778. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução Paulo Neves. – Porto Alegre, RS: L&PM, 2014.

SAAD-DINIZ, Eduardo; MARCANTONIO, Jonathan Hernandez. *Financiamento corporativo de campanha eleitoral: controle, transparência e integridade*. Boletim IBCCRIM: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – Ano 23. – nº 266 – Janeiro/2015.

SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética Negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. *Vitimologia corporativa*. 1ª Ed. – São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

_____. *Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em compliance*. - *Revista dos Tribunais*, vol. 988. Ano 107. P. 25-53. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, fevereiro de 2018.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. *O Capitalismo Humanista*. 1ª Ed. – Petrópolis: KBR Editora Digital Ltda., 2011.

SCHWARCZ, Lilia Mortiz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. – 1ª. Ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SHAKESPEARE, William. 1564-1616. *Romeu e Julieta*. Tradução Beatriz Viégas-Faria. – Porto Alegre: L&PM, 2010.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Prólogo*. In *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. Renato de Mello Jorge Silveira, Eduardo Saad-Diniz. – São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. – São Paulo: Saraiva, 2015.

SMITH, Adam, 1723-1790. *Teoria dos sentimentos morais, ou, Ensaio para uma análise dos princípios pelos quais os homens naturalmente julgam a conduta e o caráter, primeiro de seus próximos, depois de si mesmos, acrescida de uma dissertação sobre a origem das línguas*. Tradução Lya Luft; revisão Eunice Ostrensky. – 2ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. Ed. rev., atual e ampl. – Porto Alegre: Livraria do A

A Propriedade Imobiliária Privada e os Desafios dos Países Lusófonos, especialmente Portugal, Brasil, Cabo-Verde, Angola e Moçambique, Aspectos Legais e Sociais na Aplicabilidade das Normas Constitucionais ao Direito da Propriedade

PRIVATE REAL ESTATE AND THE CHALLENGES OF LUSOPHONE COUNTRIES, ESPECIALLY PORTUGAL, BRAZIL, CAPE VERDE, ANGOLA AND MOZAMBIQUE, LEGAL AND SOCIAL ASPECTS IN THE APPLICABILITY FEDERAL CONSTITUTION NORMS TO PROPERTY RIGHTS

Romulo Sérgio De Carvalho Guerra⁴¹

Sumário: 1. Introdução; 2. A transição entre a propriedade da mão de obra escrava para a propriedade de bens imóveis; 3. A criação dos bairros sociais e a expansão das favelas nos países lusófonos, e o direito da propriedade?; 4. A propriedade imobiliária nas favelas em comparação aos bairros da lata e bairros sociais de Portugal, possíveis instrumento de inclusão social; 5. Conclusão; 6. Referências.

Resumo: Este estudo tem por objetivo discutir a propriedade imobiliária privada e os desafios do planejamento urbano nos países lusófonos e as mútuas contribuições ante a realidade interna de cada Estado Democrático de Direito. Pensado nesse reflexo social, percebeu-se alternativas viáveis à comunidade jurídica tendo por base a comparação entre as favelas Brasileiras, os bairros sociais e bairros da lata Portugueses, além das moradias Cabo Verdiana, Angolana e Moçambicana, cujo alcance das mazelas encontradas efetivamente se assemelham. Analisando a formação territorial e imobiliária do Brasil, enquanto colônia portuguesa, até a transição do período escravagista e da propriedade imobiliária pública para o período da exploração da propriedade imobiliária privada, veremos anos depois a criação das favelas brasileiras, a forma de organização daquelas moradias e a ausência do poder público no reconhecimento daquelas propriedades imobiliárias privadas. Em razão disso, tem-se como similar os desafios do planejamento urbano e da efetiva aplicação do direito da propriedade imobiliária privada nos países lusófonos cujo

⁴¹ Doutorando em Direito Civil na Universidade Lusófona do Porto. Mestre e Especialista em Direito Civil e Prática Jurídica pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Bacharel/Livenciado em Direito pela Universidade Veiga de Almeida no Rio de Janeiro. Atualmente é advogado no Brasil e em Portugal Investigador junto ao CEAD CENTRO DE ESTUDOS AVANÇADOS EM DIREITO exerce nas áreas do direito civil, processo civil, direito de propriedade e execuções fiscais. Leiloeiro Oficial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro trabalhou e realizou numerosos leilões. Iniciou a sua carreira jurídica em 2001. E-mail: romulocguerra@hotmail.com. <http://orcid.org/0000-0003-2778-3052>.

objetivo final é garantir a devida aplicação do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana como fundamento jurídico dos direitos fundamentais, especialmente neste tempo de pandemia e isolamento social. A pesquisa possui abordagem qualitativa, método exploratório e revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Propriedade imobiliária privada. Planejamento urbano. Países Lusófonos. Favelas e Bairros sociais.

Abstract: This study aims to discuss private real estate property and the challenges of urban planning in Portuguese speaking countries and the mutual contributions before the internal reality of each Democratic State of Law. With this social reflection in mind, viable alternatives were perceived to the legal community based on the comparison between the Brazilian favelas, the Portuguese social quarters, and slums, as well as the Cape Verdian, Angolan and Mozambican dwellings, whose range of problems found are effectively similar. Analyzing the territorial and real-estate formation of Brazil, as a Portuguese colony, until the transition from the slavery period and public real-estate property to the exploitation of private real-estate property, we will see years later the creation of Brazilian favelas, the form of organization of those dwellings and the absence of public power in the recognition of those private real-estate properties. As a result, the challenges of urban planning and the effective application of private real estate law in Lusophone countries are similar, with the ultimate goal of ensuring the proper application of the principle of equality and human dignity as the legal foundation of fundamental rights, especially in this time of pandemic and social isolation. The research has a qualitative approach, exploratory method, and literature review.

Keywords: Private real estate. Urban planning. Lusophone countries. Slums and Neighborhoods.

1. Introdução

O presente artigo tem como objetivo discutir o direito da propriedade imobiliária privada, suas características e contribuições jurídicas especialmente no presente momento que estamos enfrentando gravíssima crise social e financeira e de frequente isolamento social resultante da presente pandemia.

Como sabemos, todos os países lusófonos foram colônias de Portugal e, tal fato permite analisarmos comparativamente os sistemas jurídicos brasileiro, africano e português, especialmente quando abordada a temática da propriedade imobiliária e da função social da propriedade. No desenvolvimento

deste artigo, percebemos similaridades na aplicação das leis da propriedade imobiliária em ambos os Estados. Nesse sentido, foram identificadas além de similaridades algumas diferenças doutrinárias, e diferenças jurisprudenciais na aplicabilidade dos meios de aquisição da propriedade imobiliária e do instituto da prova da propriedade imobiliária.

Como se sabe, uma das mais importantes medidas para que consiga mitigar a disseminação do vírus do Covid é o distanciamento e, o chamado isolamento social. Ocorre que este isolamento quando relacionado com moradias que possuem condições mínimas de usabilidade permite que os moradores tenham o mínimo de conforto e proteção do vírus. Todavia, não é essa a realidade de uma grande massa de gente pobre que vivem nos países lusófonos aqui citados. O que se vê é que em ambos os Estados não há o reconhecimento do direito da propriedade imobiliária destas pessoas, especialmente dos mais pobres e que sofrem também com falta de planejamento urbano, seja no saneamento básico, na coleta de lixo, na aplicação de políticas públicas etc. Assim, neste momento, faz-se mister refletir nos possíveis impactos jurídicos relacionados com a ausência de políticas públicas junto aos mais pobres e sua relação com a falta do reconhecimento do direito da propriedade das casas que estas pessoas moram, especialmente aplicando-se os atuais institutos e os reconhecidos princípios utilizados no Direito Lusófono.

Historicamente, o Brasil foi habitado por povos indígenas, tendo ocorrido por volta do ano de 1500, a expansão ultramarina territorial portuguesa sob a justificativa da realização da cruzada de fé com fito na evangelização, o que possibilitou o acesso a novos mercados e conseqüentemente, suprir as demandas comerciais, culminando com a descoberta e a ocupação das terras brasileiras.

No seguimento da ocupação portuguesa nas terras do Brasil e dando seguimento aos interesses da Coroa portuguesa, tais terras passaram a pertencer ao reino de Portugal de maneira que, foram constituídas as capitanias hereditárias e concessões de sesmarias, iniciando-se assim a formação de propriedades imobiliárias públicas no território brasileiro.

Ainda neste ponto, verificou-se que durante o período sesmarial, a Coroa portuguesa permitia a concessão de grandes faixas territoriais brasileiras para a sua colonização e a exploração como meio de doação e transferência da posse. Esta medida se aplicava sem que houvesse a transferência da propriedade imobiliária, pois se tratava de terras públicas, de propriedade patrimonial da Coroa portuguesa e que somente transferia a posse desde que os beneficiados custeassem as despesas com a preparação da terra e cultivo que ocorria através da mão de obra escrava essencialmente desenvolvidas pelos Africanos que trabalhavam na terra.

A divisão de terras se deu do mesmo modo como a Coroa portuguesa já havia realizado na ilha da Madeira e no arquipélago dos Açores, via capitânicas hereditárias. Com essa divisão, se fazia fundamental que os exploradores das terras investissem na construção de engenhos de açúcar, no cultivo do tabaco e do algodão, e, sobretudo, no desenvolvimento agrícola do Brasil, suprimindo as demandas por abastecimento, a queda demográfica e a escassez de mão de obra, além de obviamente ensejar lucros para a Coroa portuguesa. Ressalta-se que aqueles que não conseguissem desenvolver sucesso nas atividades agrícolas, teriam o dever legal de devolver as terras para a Coroa, que as recebia como terra devoluta.

Anos após isso, em 25 de março de 1824, foi promulgada a Constituição Imperial do Brasil, também chamada de Constituição Política do Império do Brasil, a qual foi elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo imperador Dom Pedro I. Naquela Constituição, não se fazia menção ao fim da mão de obra escrava que trabalhava na exploração das terras brasileiras, muito menos ao sistema da sesmaria, mas sim no direito da propriedade que, no seu inciso XXII, estabelecia que “É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude”, ou seja, um importante passo para o surgimento do direito da propriedade imobiliária se estabelecia no território brasileiro.

Nesse mister, no dia 24 de setembro de 1864, Dom Pedro cria a Lei n. 1.237 e inaugura aquilo que até hoje se conhece no Brasil como Registro Geral de Imóveis, que tem, dentre suas funções, os preceitos do art. 7º da lei que

assegura que o registro geral compreende na “transcrição dos títulos da transmissão dos imóveis susceptíveis de hypotheca e a instituição dos onus reais” e a “inscrição das hypothecas” cujo efeito erga omnes se observava eis que vigia o sistema de publicidade aos direitos da propriedade, ou seja, à genese dos direitos reais no Brasil, pela qual passou-se a permitir o regular exercício do direito da propriedade imobiliária e, conseqüentemente, se permitia provar aquela propriedade imobiliária junto à quaisquer terceiros interessados, bem como junto ao incipiente Registro Geral de Imóveis brasileiro que garantia a compra e venda e a garantia legal na aquisição e transcrição da propriedade imobiliária no Brasil.

Importa referir, como visto que existiam apenas as propriedades públicas das terras mas que com as mudanças nas Leis, ficou estabelecido que as terras e os imóveis, de um modo geral, seriam bens acessíveis para aqueles que podiam pagar.

Algum tempo depois do início da regulamentação da propriedade privada, ocorria o fim da escravatura o que se deu oficialmente no dia 13 de maio de 1888, com promulgação da Lei n. 3353, em que a princesa Isabel assinou a Lei Áurea, e extinguiu a escravidão no Brasil.

É neste momento da história que ocorria a transição entre a propriedade da mão de obra escrava para a propriedade de bens imóveis, o que foi concebido através da regularização da propriedade privada dos imóveis, ou seja da regularização do direito da propriedade imobiliária privada que foi consolidada com o advento da Lei 601 de 1850 e com o Código Civil de 1916 que no seu artigo 524 garantia ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e até de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possuía.

Logo, o direito da propriedade imobiliária se figura como um instituto jurídico que visa garantir dentre outros direitos, a tríplice função regulamentada na pretérita legislação (que vigora até os dias de hoje): Usar, gozar e dispor.

Nas palavras de Alves “é o direito de propriedade que faz a coisa e separa, protetivamente, o meu do teu”. Invoca-se, aqui, as palavras de Diniz acerca do direito da propriedade, ao afirmar que: [...] todos temos faculdade de

ser proprietário, porém essa faculdade não é o direito de propriedade, porque o direito de propriedade não é mera faculdade de ser proprietário, mas a permissão, dada a quem é proprietário, de usar, gozar e dispor de seus bens (CCB, art. 1.228, caput).

Nota-se comparativamente com os exemplos brasileiros que o artigo 62.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP), assegura que “A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição”, e no seu n.º 2, afirma que “A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efetuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização”. Logo, o artigo 62.º da Constituição portuguesa apresenta conteúdos básicos da garantia constitucional que se complementam e permitem ao detentor do direito da propriedade imobiliária: a) o direito de adquirir bens; b) o direito de não ser arbitrariamente privado da sua propriedade; c) o direito de transmitir inter vivos ou causa mortis. Sobre este aspecto, na ótica de Leitão, “[...] o primeiro dos direitos reais de gozo é o direito da propriedade” e, indubitavelmente, esta regra portuguesa fundamentaram a praxe brasileira.

Como há de se verificar, o direito angolano previsto dentre outros no artigo 37º da Constituição da República de Angola garante o direito à propriedade privada e à sua transmissão, nos termos da referida Constituição.

Já o número 1 do artigo 68 da Constituição do Cabo Verde, assegura à todos o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição e da lei, fato que possui a mesma essência da Constituição da República de Moçambique no número 1 do seu artigo 82 em que o Estado reconhece e garante o direito de propriedade.

Ou seja, no que consiste à observação ao direito da propriedade imobiliária, ficou claro que de fato em ambos os Estados existem garantias constitucionais e infraconstitucionais sobre este tema. Além disso, ainda a título de exemplo de similaridade sobre o direito da propriedade imobiliária, podemos citar, por exemplo, a aplicação excepcional acerca da desapropriação de um

imóvel que em ambos os Estados permitem, com base no princípio do interesse público, mediante o pagamento de justa indenização.

Entretanto, ficará mais claro ainda que assegurar o direito da propriedade imobiliária privada no escopo Constitucional é apenas o início da efetivação de direitos mínimos existenciais de milhares senão milhões de pessoas nos países lusófonos aqui citados e que existem muitos outros problemas enfrentados.

Será de importante valia enfatizar que em ambos os Estados, existem inúmeras moradias não regularizadas, sem inscrição registral e, sobretudo sem que hajam aplicações de forma justa dos recursos de ambos os Estados para políticas públicas, por exemplo com a saúde comunitária, de acesso à educação, de segurança pública e de saneamento básico destas pessoas que vivem à margem dos direitos mínimos previstos em ambas as Constituições, seja nas favelas brasileiras, moçambicanas, caboverdianas, angolanas ou nos bairros da lata ou em prédios de apartamentos inacabados em alguns bairros sociais de Portugal.

Assim, considerou-se como hipótese principal deste estudo os benefícios alcançados no reconhecimento do direito da propriedade imobiliária e não somente isso, mas também o direito à moradias dignas nos países lusófonos, e que, se implementados em larga escala, com a construção de casas humanamente dignas, permitirá ganhos em alta escala, seja na ênfase econômica, social quiçá na ênfase humanitária e jurídica, sobre tudo, na preservação de vidas humanas caso seja necessário a manutenção de novas adoções extremas de quarentena chamado lockdown.

A abordagem de natureza qualitativa desta pesquisa tomou por start o método exploratório, pela qual se busca dados elementares acerca de fenômenos recentes nas pesquisas acadêmicas. O procedimento adotado foi a revisão bibliográfica sobre as características, princípios, aspectos legais inovações trazidas pela instituição do Direito da propriedade imobiliária privada.

O desenvolvimento do estudo inicia-se com uma abordagem do direito da propriedade, seus fundamentos e princípios e a atual crise Pandêmica. O tema interfere na maneira que os Estados têm agido ou deixado de agir na

observação ao direito da propriedade imobiliária privada e, mostra-se importante em tempos de isolamento social imposto pelo COVID-19 cujo relato decorre de dezembro de 2019 e desde então a vida de milhões de pessoas tem sido alguma forma afetada.

Nestes termos, espera-se que os Juristas, o Judiciário, e a sociedade de uma forma geral devam buscar alternativas juridicamente viáveis para que se permita o regular exercício ao direito da propriedade imobiliária privada para todas as pessoas, sem nenhuma distinção.

2. A transição entre a propriedade da mão de obra escrava para a propriedade de bens imóveis

Com o início da regulamentação da propriedade privada, ocorria o fim da escravatura e a efetiva transição entre a propriedade da mão de obra escrava para a propriedade de bens imóveis como forma de substituir a propriedade do escravo como bem central da economia da época para que se pudesse mercantilizar as terras, que era concebida através da regularização da propriedade privada dos bens imóveis.

Com efeito, o que se pretende com este estudo é que possíveis soluções legislativas no sentido de se conferir a propriedade imobiliária para os moradores destas regiões sejam realizados como forma de inclusão social e conseqüentemente a concretização de meios legais de se provar aquelas propriedades imobiliárias.

É notório o aumento populacional no planeta. Segundo os últimos dados das Nações Unidas, a atual população mundial é de 7,2 bilhões de pessoas, cuja previsão projetada de crescimento é de cerca de 9,7 bilhão de pessoas em 2050. Ainda de acordo com um relatório lançado pelas Nações Unidas, se aponta que o crescimento será maior nos países em desenvolvimento, enquanto a população tem crescido lentamente em Portugal que terá considerável diminuição populacional devido às reduções na natalidade portuguesa e na frequente imigração.

Por sua vez, o Brasil tornou-se um país bastante miscigenado, resultado não só da presença dos portugueses, mas também dos espanhóis, italianos e de diversos imigrantes que juntamente com os índios foram para os centros urbanos nos chamados cortiços, cabeça de porco. O governo brasileiro, diante das demandas por moradias, autorizou que os estrangeiros e os ex-escravos pudessem firmar moradia na praia, no morro do Caju e no morro chamado Favela.

Como sublinha Bernardes, “no morro, onde o governo permitia a instalação de pequenas casas, em princípio provisórias, multiplicaram-se as novas moradias” e havia por parte do governo brasileiro da época o interesse pela demolição do cabeça de porco, pois era comum haver muitos focos de doenças além da violência.

Com a destruição dos cortiços e dos cabeças de porco, adicionado ao fim da escravatura e da ausência de moradias dignas para os ex-escravos, a fórmula foi perfeita para que se formassem cada vez mais favelas no Brasil.

Na ótica de Valadares, o fim do cabeça de porco permitiu o início da criação do morro da Providência, (a 1ª favela brasileira) e das demais favelas no Brasil. Isto porque, antes da chegada dos soldados de Canudos, e durante a destruição do maior cortiço, o Rio de Janeiro passou a receber os ex-escravos e “a abrigar ex-combatentes que ali se instalaram para pressionar o Ministério da Guerra a lhes pagar os soldos devidos”, ou seja, aqueles ex-combatentes estavam com os salários atrasados e sem moradia, e como não tinham onde morar, se juntaram com os ex-moradores do então demolido cortiço cabeça de porco e com os ex-escravos e formaram a primeira favela do Brasil.

Foi através da imprensa local, no século XX que os jornalistas começaram a se referir as moradias dos mais pobres como favela e não ao somene ao citar o morro da Providência, haja vista já haver inúmeras construções não registradas no país.

Desta forma, diante da posse precária das favelas, surgiu as favelas brasileiras que era “uma nova categoria para designar as aglomerações pobres, de ocupação ilegal e irregular, geralmente localizadas em encostas” e que se

deu pela falta de coordenação pelo Estado brasileiro com o fim dos cortiços, cabeça de porco demolidos.

Percebe-se que o Estado Brasileiro não realizou construções de moradias dignas para aqueles moradores que, sem saída, foram morar na informalidade, à margem da lei civil e sem nenhum direito da propriedade imobiliária.

Neste momento da história, foram sendo construídas centenas de milhares de moradias em áreas abandonadas em todo o território brasileiro, e essas propriedades na grande maioria formadas por barracos, assim como o morro da favela foram construídas sem nenhuma garantia legal para o regular exercício do direito da propriedade imobiliária, tudo por força única e exclusiva da ausência de políticas públicas por parte do Estado brasileiro.

3. A criação dos bairros sociais e a expansão das favelas nos países lusófonos, e o direito da propriedade?

Na análise do ordenamento jurídico Lusófono, verificamos que na Europa os ingleses organizaram os mais pobres em moradias populares chamados bairros sociais e, quem seriam os moradores que ocupariam aqueles imóveis, BYRNE apud PEREIRA “[...] a habitação social em larga escala foi originalmente construído para alojar a classe trabalhadora e não para os pobres”, sendo está a ideia central do Estado português, que definia o entendimento de que “toda a política do alojamento social era assumidamente selectiva e concorria activamente para a reprodução do espaço das posições sociais.”

Seguindo o conceito Inglês, o Estado português também definiu a criação dos bairros sociais que GROS afirma que “toda a política do alojamento social era assumidamente selectiva e concorria activamente para a reprodução do espaço das posições sociais.”

Percebe-se ainda que, na ótica de Pinto, que a maioria das pessoas que residem nos bairros sociais portugueses faziam parte de uma “[...] combinação de baixos níveis escolares e profissionais, reduzidos recursos económicos e sociais geradores de múltiplas situações de exclusão social” e que os bairros sociais “[...] agem na interiorização de uma série de condições de vida que fixam

um círculo limitado de possibilidades de mudança e de expectativas quanto ao futuro [...]”. Guerra tem a idéia de que os bairros sociais são “[...] um processo de ‘urbanização à força’”, cujo entendimento de Barreto é “[...] do crescimento do Estado – Providência, sem solidez e sem capitalização. A falta de contribuição financeira da maior parte dos que hoje são dependentes da segurança social”. Ou seja, “um envelhecimento demográfico mais rápido do que a maioria dos países europeus. As baixas produtividades do trabalho e das empresas, que geram menos riqueza do que noutros países”

Ainda no caso português, surgiu-se outro bairro, ainda mais degradante, chamado de bairros da lata. O significado dos bairros da lata é “aglomerado de casas pobres, sem infraestruturas fundamentais, normalmente habitado por pessoas carenciadas e localizado na periferia de centros urbanos” que se deu com a “chegada de centenas de milhares de africanos para Portugal, a partir do anos 60, mas com maior ênfase após o fim das colónias, concentrando-se nas áreas periféricas da Grande Lisboa, tais como nos concelhos da Amadora, de Loures, do Seixal e de Setúbal. Efetivamente em relação aos bairros sociais de Portugal, estes eram algures semelhantes no sentido do perfil social dos moradores das favelas brasileiras e africanas, na sua maioria formada por pessoas financeiramente pobre, com baixa taxa de escolaridade.

Notadamente e corriqueiramente vimos notícias de violência nos bairros sociais de Portugal, como aquelas vistas no caso do bairro Jamaica, cujo característica física se assemelha em muito com as casas estabelecidas nas favelas brasileiras.

Na ótica de Pinto os bairros sociais fazem parte de um “[...] reflexo de um tempo longo de residência e da sedimentação de importantes redes de sociabilidades locais, [...] o bairro aparece como objecto de uma apreciação fortemente negativa, fundada numa imagem igualmente negativa” que na visão da autora, “estigmatizante, e num sentimento de insegurança e de desidentidade sentidos em relação ao novo espaço habitacional”, idêntico às mazelas das favelas brasileiras e das favelas africanas.

Lingel afirma que na África o que se vê é também uma enormidade de mazelas sociais como o “não abastecimento de água, a higiene é uma catástrofe, não há esgotos, há lixo e doenças. Entre os bairros mais abastados e estas favelas há muita agressividade que ainda pode piorar muito” e que “na capital moçambicana, Maputo, que foi projetada para 400 mil habitantes, já vivem hoje um milhão e meio de pessoas, muitas das quais em favelas.”

Em recentes estudos, a ONU certificou que a maioria dos agolanos, moçambicanos, cabo-verdianos, vivem em favelas. Ainda segundo a ONU, em 2010, mais de 86% da população urbana de Angola, quase 80% dos habitantes de Moçambique e mais de 70% da população de Cabo Verde viviam em favelas.

Por sua vez, como se sabe, deve-se observar que somente o detentor do título da propriedade imobiliária pode garantir diversos direitos previstos na legislação privada dos países Lusófonos.

Todavia, o que se vê é que os moradores das favelas brasileiras e africanas não possuem o título de propriedade assim como nos bairros sociais de Portugal, percebe-se que a maioria dos moradores dos bairros sociais (95,5%) são inquilinos, e não podem vender, alugar muito menos dispor daquele bem porque o Estado não concede a transferência da propriedade e não dá garantias mínimas para aquelas pessoas.

Dentre as garantias mínimas que se espera em ambos os ordenamentos jurídicos, podemos citar aquelas que permitam adequadas condições de higiene, conforto, intimidade pessoal e privacidade familiar a garantia de segurança pública e segurança sanitária, especialmente em tempo de pandemia.

Nos referidos ditames constitucionais, seja do Brasil, da África ou de Portugal, tem-se em evidência as expressas previsões das responsabilidades de cada Estado para que seja permitido que todo cidadão desfrute do efetivo direito da propriedade imobiliária e consequentemente da função social da propriedade, que na ótica de Sundfeld, é “a propriedade, como elemento fundamental da ordem econômica, há de servir à conquista de um desenvolvimento que realize a justiça social”

Percebe-se que o direito da propriedade imobiliária, especialmente dos mais pobres nos países lusófonos não cumpre o princípio da função social da propriedade, muito menos apresenta respostas para os eventuais conflitos de se provar a propriedade imobiliária daquelas casas uma vez que não existem títulos, impedindo uma das faculdades que o proprietário tem que é de desfrutar da coisa de forma econômica.

In fine, o que se nota é que a realidade dos mais pobres nos países Lusófonos é que o direito da propriedade imobiliária privada embora encontre escopo no texto Constitucional, a prática demonstra que não existem garantias mínimas existencial dessa gente, muito menos o reconhecimento oficial daquelas residências.

Portanto, cabe a ambos os Estados a implementação de políticas que: elabore programas habitacionais; promova construções de moradias sociais; estimule o acesso à habitação própria; estimule as iniciativas comunitárias tendentes a resolver os problemas habitacionais, adote políticas que favoreçam um sistema de renda compatível com o acesso à habitação própria; elabore regras de ocupação, uso e transformação dos solos urbanos; garanta a participação dos interessados na elaboração dos instrumentos de planejamento urbanístico e físico do território, garantindo assim a observância e aplicação da função social da propriedade com a devida expedição do título de propriedade das atuais moradias e das futuras moradias.

4. A propriedade imobiliária nas favelas em comparação aos bairros da lata e bairros sociais de Portugal, possíveis instrumento de inclusão social

Sobre o surgimento das favelas Valladares indaga o leitor sobre o porquê de se estudar a favela? E qual o nexos de causalidade entre a falta da efetivação do direito da propriedade dos mais pobres e a violência imposta naquelas regiões? Este autor comenta a questão e também pergunta: não seria mais fácil estudar a propriedade imobiliária e suas características tomando, por exemplo os imóveis já regularizados? Não seria mais fácil buscar julgados e jurisprudências de como provar a propriedades nas demandas judiciais tomando,

por exemplo, os melhores imóveis nos estados democráticos de direito aqui citados?

O que se vê em Portugal nos Bairros da Cova da Moura (Amadora), da Torre (Camarate), Quinta da Serra (Prior Velho), Quinta da Vitória (Portela) e Talude Militar (Frielas, Camarate e Unhos) é apenas uma gotícula (obviamente pelo tamanho do país) daquilo que se vê em África e no Brasil.

Muitos estudos defendem que existem possíveis soluções para que se permita aos moradores das favelas adquirirem a propriedade imobiliária (na plenitude), Coutinho diz que “[...] o subdesenvolvimento deve ser combatido pela reforma institucional, mas que o modelo inspirador era equivocado”, que deve observar a praxe Americana “sobre a evolução da legislação sobre terras nos Estados Unidos”, De Soto desenha uma possível saída para os países pobres: o sistema oficial deve incorporar os costumes e as práticas vigentes”, visto que “se a lei não consegue atender às necessidades dos cidadãos dos quais regula a vida, ela deve se adaptar – e não aqueles” além do mais, sugere o autor, “. O problema das iniciativas desenvolvimentistas que visavam à reforma institucional foi o de ignorar a realidade de cada um dos países, buscando impingir, como adverte Trubek, um modelo-padrão a uma centena de países diferentes.”

No caso brasileiro e africano, admite-se como urgente a regularização das moradias construídas nas favelas com a adoção de medidas urgentes por cada Estado à realidade individual de cada comunidade, descrevendo os becos e as vielas e ruas além de cada casa ali estabelecida, facultando o acesso a escritura definitiva e permitindo-se provar aquela propriedade imobiliária, lavrando amplo e completo estudo para que se construa calçamento, iluminação pública, serviços de água potável e esgoto sanitário, educação, serviço médico dentre outras medidas para aqueles milhões de moradores que sofrem com as mazelas impostas pela pobreza e atualmente pela crise da atual pandemia.

A experiência do Rio de Janeiro mostra que somente com o apoio de arquitetos e engenheiros civis e militares das Forças Armadas brasileiras será possível a ocupação social daquelas áreas ao molde da ocupação da favela da Maré pelo Exército brasileiro que mapeou todas as ruas e casas daquele local,

tudo conforme se vê no estudo de Eliana Sousa Silva em “A ocupação da Maré pelo Exército brasileiro: percepção de moradores sobre a ocupação das Forças Armadas na Maré.”

O certo é que, para muitos, existe a dúvida se “[...] a concessão de títulos e a regularização da posse sejam capazes de trazer crescimento econômico, será que elas, de fato, poderão se traduzir em efetivos ganhos sociais?”. Este autor entende que sim, o start para a solução de dezenas de problemas sociais constante nas favelas passa pelo Estado brasileiro e pelos Estados africanos além do estado português reconhecer (segundo o caso concreto) aquelas moradias e conceder para todos o título daquelas propriedades imobiliárias como meio de manifestação da política positiva e social por parte de ambos os Estados.

Nota-se que depois de anos da criação da primeira favela brasileira e das favelas africanas e dos bairros da lata é que até os dias de hoje, ambos os Estados não são eficazes na adoção de políticas públicas e até mesmo nos bairros sociais o Estado português vê o crescente aspecto de favelização em Portugal, como por exemplo no já citado Bairro Jamaica e ao que tudo indica nada fez e nada faz para reverter este quadro.

Reconhecer e conceder a propriedade imobiliária para essas pessoas é também requisito fundamental de cumprimento com a obrigação de ambos os Estados Lusófonos são signatários, e instrumento de inclusão social, cujo previsão encontra-se prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 10 de dezembro de 1948, cujo previsão encontra-se no seu artigo 17 fala acerca do tema direito da propriedade “Toda a pessoa, individual ou colectiva, tem direito à propriedade.”

Vieira diz que: “[...] a propriedade varia em função do momento temporal no qual é analisada e do ordenamento jurídico que a consagra” e que “a propriedade é o direito que atribui todo o aproveitamento possível de uma coisa corpórea”, e que “o direito da propriedade sofre delimitação negativa e esta sujeito aos limites gerais do exercício da ordem jurídica”

Nesse sentido, cita-se em resumo o artigo publicado pelas Nações Unidas no dia 06 de dezembro de 2018 que descreve acerca da necessidade da garantia

pelo Estado australiano de reconhecer o povo aborígine como detentor de uma determinada propriedade imobiliária localizada no Deserto de Vitória e da importância da entrega do título de propriedade imobiliária (prova da propriedade) daquele vasto território, como meio de garantia da observância do artigo 17 (DUDH), in verbis:

O povo aborígine australiano não possui linguagem escrita, transmitindo sua tradição por meio de cerimônias e histórias contadas oralmente. Conforme os mais velhos recitam, outros frequentemente desenham ícones na areia, representando crenças, eventos e lugares onde água e comida podem ser encontradas. O tribunal julgou o território como lar ancestral dessa população, aceitando as pinturas como prova da reivindicação do povo Spinifex, no lugar de uma escritura formal. Kirsten Anker, especialista em lei indígena, disse que, para este grupo, “a pintura não é somente um fato sobre a lei, ela é lei”. O Artigo 17 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) garante o direito à propriedade.

Desta maneira, ad argumentandum tantum, após importante relato histórico e legal, considerando a realidade de cada Estado Lusófono, e que a construção de moradias irregulares nas favelas e nos bairros da lata e a deterioração de alguns bairros sociais, na ótica de Pinto se deram por impulso negativo pelo poder Estatal como causa possessionis daquelas moradias

De todo o modo, o resultado que chegamos no presente artigo, almeja a aplicação de soluções de forma equilibrada para que ambos os Estados apliquem as leis em vigor ou que legislem no sentido de transferir a propriedade imobiliária aos moradores das favelas e dos bairros da lata bem como dos bairros sociais de Portugal. Que criem mecanismos que garantam a aquisição daquelas propriedades imobiliárias, resultante da aplicação de inúmeros direitos fundamentais e ao final realizem política pública que garanta amplo acesso aos meios de transporte, saúde, educação, além da implementação de obras nas favelas e nos bairros da lata, bem como naqueles edifícios de prédios, muitos deles mal-acabados, tudo isso como requisito mínimo de garantia, observância e aplicação do escopo Constitucional aqui citado, especialmente em tempos de pandemia causado pelo COVID-19 e as suas atuais mutações.

5. Conclusão

Em sede de conclusão, percebe-se a importância deste artigo quando notou-se a importância do tema ora proposto, ao analisar o fim da propriedade de escravos com o início da propriedade imobiliária privada.

Além disso, ficou latente que o direito da propriedade imobiliária uma vez que não se tem notícias de soluções concretas especificamente para os problemas das favelas Lúsofonas muito menos dos bairros da lata e dos bairros sociais portugueses onde uma massa de gente (95,5%) que são inquilinos e exatamente por isso não possuem a propriedade imobiliária daquelas moradias.

Trata-se, portanto, de uma reflexão sobre a necessidade de que sejam pensadas e adotadas medidas legais para que ambos os Estados garantam o regular exercício do direito à propriedade imobiliária privada, bem como o regular exercício da prova da propriedade imobiliária, e que também sejam adotadas políticas do ponto de vista social, partindo do reconhecimento histórico, social e humano daqueles moradores, principalmente no cumprimento do dever estatal de se observar e cumprir com o princípio da dignidade da pessoa humana, para toda e qualquer pessoa humana, seja brasileira, africana ou portuguesa, cujos aspectos analisados seguiram a medida estritamente necessária para fins de comparação, não tendo o autor interesse em prestigiar ou desprestigiar quaisquer dos países.

Em suma, esse artigo faz um convite à reflexão sobre a necessidade de que sejam pensadas e adotadas medidas para garantir o direito à propriedade privada dos bens imóveis localizados nas regiões mais pobres dos países Lusófonos aqui citados, bem como se garanta o regular exercício da prova da propriedade, sobretudo, daqueles que historicamente vivem à margem do direito da propriedade imobiliária.

6. Referências

BRASIL. Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Brasília, DF: Presidência da República, 1850, art. 3º.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0601-1850.htm
Acesso em: 2 dezembro de 2021.

BRASIL. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm.
Acesso em em: 2 dez. 2021.

BRASIL. Lei nº 1.237, de 24 de setembro de 1864. Reforma a Legislação Hypothecaria, e estabelece as bases das sociedades de credito real. Brasília, DF: Presidência da República, 1865, art. 7º. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM1237.htm. Acesso em: 2 dez. 2021.

BRASIL. Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888. Declara extinta a escravidão no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1888, art. 1º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3353.htm. Acesso em: 2 dez. 2021.

BRASIL. Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Brasília, DF: Presidência da República, 1850, art. 13. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0601-1850.htm. Acesso em: 2 dez. 2021

BRASIL. Lei nº 3071, de 1 de janeiro de 1916. A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua. Código Civil Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 1916, art. 524. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm. Acesso em: 2 dez. 2021.

ALVES, Wilson Rodrigues. Uso nocivo da propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 59.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 24

PORTUGAL. Constituição (1976). Constituição da República Portuguesa. Lisboa: Assembleia da República, 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 02 dezembro. 2021). <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 02 dezembro. 2021.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direitos reais. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ANGOLA. Constituição (1991). Constituição da República de Angola: Assembléia

https://governo.gov.ao/fotos/frontend_1/editor2/constituicao_da_republica_de_angola.pdf. Acesso em: 02 dezembro. 2021.

CABO VERDE. Constituição (1991). Constituição da República Do Cabo Verde: Assembléia https://www.asg-plp.org/upload/legislacao/doc_24.pdf. Acesso em: 02 dezembro. 2021.

MOCAMBIQUE. Constituição (1991). Constituição da República de Moçambique: Assembléia <https://portaldogoverno.gov.mz/por/Media/Files/Constituicao-da-Republica-PDF>. Acesso em: 03 dezembro. 2021.

WORLD HEALTHORGANIZATION (WHO). Painel de situação do COVID-19. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>. Acesso em 02 de dez. de 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. População mundial deve atingir 9,6 bilhões em 2050, diz novo relatório da ONU. Nações Unidas, Brasil, 13 jun. 2013. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/populacaomundial-deve-atingir-96-bilhoes-em-2050-diz-novo-relatorio-da-onu/>. Acesso em: 02 dez. 2021.

REBELO, Ana Rita. Estes 20 países estão a perder população (e Portugal está na lista). Executive Digest, Lisboa, 15 nov. 2019. Disponível em: <https://executivedigest.sapo.pt/estes-20-paises-estao-a-perderpopulacao-e-portugal-esta-na-lista/>. Acesso em: 2 dez. 2021.

BERNARDES, Lysia Maria Cavalcanti. Pescadores da Ponta do Caju: aspectos da contribuição de portugueses e espanhóis para o desenvolvimento da pesca na Guanabara. Revista Brasileira de Geografia, Rio de Janeiro, ano XX, n. 2, p. 181-201, abr./jun. 1958. p. 191. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/115/rbg_1958_v20_n2.pdf. Acesso em: 02 dez. 2021.

VALLADARES, Licia. A gênese da favela carioca. A produção anterior às ciências sociais. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 15, n. 44, p. 7, out. 2000. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092000000300001>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v15n44/4145.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2021.

BYRNE apud PEREIRA, Patrícia Isabel Marques do Vale. Habitação social, um modelo habitacional em equação: um estudo de caso no Bairro do Cabeço (Tortosendo). 2009. 113 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Universidade da Beira Interior, Tortosendo, 2009, p. 7. Disponível em: <https://ubibliorum.ubi.pt/handle/10400.6/2421>. Acesso em: 02 dez. 2021.

GROS, Marielle Christine. “Pequenas” histórias do alojamento social em Portugal. Sociedade e Território, Porto, n.º 20, p. 85, maio 1994.

PINTO, Teresa Costa. A apropriação do espaço em bairros sociais: o gosto pela casa e o desgosto pelo bairro. *Sociedade e Território*, Porto, n. 20, p. 37, abr. 1994.

PINTO, 1994, p. 37.

GUERRA, Isabel. Reflexões em torno do realojamento: como produzir o espaço é produzir uma sociedade. *Cadernos do Noroeste*, Braga, v. 9, n. 1, p. 173, 1996.

BARRETO, António. Portugal na periferia do centro: mudança social, 1960 a 1995. *Análise Social*, Lisboa, v. 30, n. 134, p.854, 1995. Disponível em: http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223388784X1kPT5fa3Yr_88TD2.pdf. Acesso em: 02 dez. 2021.

bairro de lata in *Dicionário infopédia da Língua Portuguesa [em linha]*. Porto: Porto Editora, 2003-2020. [consult. 2021-12-02 20:49:32]. Disponível na Internet: [https://www.infopedia.pt/dicionarios/linguaportuguesa/bairro de lata](https://www.infopedia.pt/dicionarios/linguaportuguesa/bairro_de_lata).

HAUSER, Disponível em: <https://www.dw.com/pt-002/maioria-dos-angolanos-mo%C3%A7ambicanos-e-cabo-verdianos-vive-em-favelas/a-15715854>. Acesso em: 02 dez. 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. Função social da propriedade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.). *Temas de direito urbanístico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 13.

COUTINHO, Laura. Hernando de Soto e a sua tentativa de solucionar o mistério do desenvolvimento. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 313-320, jan./jun. 2010. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322010000100015>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n1/15.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2021.

SILVA, Eliana Sousa. A ocupação da Maré pelo Exército brasileiro: percepção de moradores sobre a ocupação das Forças Armadas na Maré. *Redes da Maré*, 2017. Disponível em: http://www.iea.usp.br/pessoas/Livro_Pesquisa_ExercitoMare_Maio2017.pdf. Acesso em: 03 dez. 2021.

COUTINHO, 2010, p. 317.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, artigo 17, item 1.

VIEIRA, José Alberto. *Direitos reais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 28.

VIEIRA, 2018, p. 585-587.

Sandbox regulatório e novos modelos de serviços jurídicos: os impactos da liberalização no Brasil

REGULATORY SANDBOX AND NEW MODELS OF LEGAL SERVICES: THE IMPACTS OF LIBERALIZATION IN BRAZIL

Bernardo de Azevedo e Souza⁴²

Wilson Engelmann⁴³

Sumário: 1. Introdução; 2. A liberalização no Reino Unido; 3. A liberalização nos Estados Unidos; 4. A liberalização em outros países e o caso brasileiro; 5. Considerações finais; 6. Referências.

Resumo: Este artigo busca entender como sandbox regulatório poderá contribuir na experimentação de modelos de autorregulação, a fim de acomodar novos contornos aos serviços jurídicos decorrentes da utilização de tecnologias digitais no Brasil. Para tanto, inicia-se analisando características da liberalização dos serviços jurídicos, para conhecer algumas experiências estrangeiras de liberalização de serviços jurídicos e condições para a sua aplicação no Brasil. Em seguida, são examinados os elementos estruturantes de um sandbox regulatório, para, ao final, propor um modelo de sandbox regulatório destinado a normatizar, por meio da estrutura autorregulatório, as experiências de liberalização de serviços jurídicos e em condições promover a interligação entre o Brasil e outros países.

Abstract: *This article seeks to understand how the regulatory sandbox can contribute to the experimentation of self-regulation models, in order to accommodate new contours to legal services arising from the use of digital technologies in Brazil. To this end, it begins by analyzing characteristics of the liberalization of legal services, in order to learn about some foreign experiences of liberalization of legal services and conditions for its application in Brazil. Then, the structuring elements of a regulatory*

⁴² Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista PROEX/CAPES. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor dos Cursos de Especialização em Direito da Universidade FEEVALE e da Universidade de Caxias do Sul (UCS). Advogado. Pesquisador de Direito, inovação e novas tecnologias. E-mail: contato.bernardodeazevedo.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2320-1652>.

⁴³ Doutor e Mestre em Direito Público, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, Brasil; realizou Estágio de Pós-Doutorado em Direito Público-Direitos Humanos, no Centro de Estudios de Seguridad (CESEG) da Universidade de Santiago de Compostela, Espanha; Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado e do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios, ambos da UNISINOS; Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq; Líder do Grupo de Pesquisa JUSNANO. E-mail: wengelmann@unisinis.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0012-3559>

sandbox are examined, in order to, in the end, propose a regulatory sandbox model intended to standardize, through the self-regulatory structure, the experiences of liberalization of legal services and in conditions to promote the interconnection between Brazil and other countries.

1. Introdução

Em seu livro *Tomorrow's Lawyers*, Richard Susskind (2017) sustenta que a liberalização dos serviços jurídicos é um dos principais propulsores que transformarão o setor jurídico nos próximos anos. De acordo com o britânico, a flexibilização das leis que regulamentam a advocacia apresentará impactos dentro de uma década, modificando a atividade dos profissionais da advocacia e, conseqüentemente, a forma como os serviços jurídicos são oferecidos.

Grande parte da legislação mundo afora restringe a participação de não advogados na condição de sócios ou investidores de escritórios de advocacia. Tradicionalmente, somente advogados são autorizados a figurar como sócios de negócios jurídicos e a prestar tais serviços. No entanto, um número crescente de movimentos ativistas está buscando flexibilizar as leis que regulamentam a advocacia, para ampliar os tradicionais modelos de serviços jurídicos e permitir que não advogados também ofereçam serviços jurídicos. Esses movimentos de liberalização trazem consigo desafios, mas, ao mesmo tempo, “novos caminhos para investimentos em escritórios de advocacia e aperfeiçoamento na prestação de serviços jurídicos com uma melhor especialização de atividades-meio e, por vezes, atividade-fim na prestação dos serviços jurídicos” (Cendão, 2021).

A partir desse contexto, o problema que este artigo pretende enfrentar tem os seguintes elementos estruturantes: como o laboratório real, do tipo *sandbox* regulatório, poderá contribuir para testar modelos de autorregulação, a fim de albergar os novos contornos aos serviços jurídicos decorrentes da utilização de tecnologias digitais no Brasil?

Para se buscar encaminhamentos e respostas para esse problema, o objetivo geral do artigo é: estudar as possíveis contribuições do *sandbox* regulatório voltado a testar modelos de autorregulação, em condições de suportar os novos contornos para serviços jurídicos decorrentes da utilização de

tecnologias digitais no Brasil. Já os objetivos específicos são: a) analisar as características da liberalização dos serviços jurídicos; b) conhecer algumas experiências estrangeiras de liberalização de serviços jurídicos e condições para a sua aplicação no Brasil; c) examinar os elementos estruturantes de um sandbox regulatório; d) propor um modelo de sandbox regulatório destinado a normatizar, por meio da estrutura autorregulatório, as experiências de liberalização de serviços jurídicos e em condições promover a interligação entre o Brasil e outros países.

O desenvolvimento da pesquisa e a escrita do artigo serão orientados pela pesquisa exploratória, de base bibliográfica e documental. A pesquisa bibliográfica será conduzida, principalmente, a partir do Portal de Periódicos da CAPES.

2. A liberalização no Reino Unido

No Reino Unido, sobretudo na Inglaterra e no País de Gales, a estrutura regulatória dos serviços jurídicos está sendo revisada desde o ano de 2004. À época, após reivindicações de grupos ativistas, o executivo de negócios Sir David Clementi (2004) elaborou parecer independente para analisar o tema com mais profundidade. O documento, contendo mais de 140 páginas, recomendou uma "liberalização considerável" da atividade e destacou que não advogados devem ter permissão para gerenciar e oferecer serviços jurídicos.

O parecer não somente aqueceu o debate em relação ao tema, como incentivou a promulgação, no ano de 2007, do Legal Services Act. Entre outras disposições, a legislação passou a permitir, em seu capítulo cinco, a criação de novos tipos de negócios jurídicos, denominadas *alternative business structures* – ABS's (estruturas de negócios alternativas, em tradução livre), permitindo que não advogados administrem negócios jurídicos. Os efeitos do Legal Services Act começaram a ser percebidos a partir de 2011, quando se iniciou um ciclo de ressignificação no mercado jurídico britânico. Na Inglaterra, 5% dos serviços jurídicos não são mais prestados por escritórios de advocacia tradicionais, mas

por ABS's (Baksi, 2015). O patamar cresce a cada ano e vem incentivando outros países, como os Estados Unidos (EUA), a apostar no modelo.

3. A liberalização nos Estados Unidos

Nos últimos anos temos presenciado novos modelos de serviços jurídicos oferecidos por startups, que oferecem benefícios como diminuição de custos e soluções pautadas na experiência do usuário. Tradicionalmente, o mercado e os profissionais que dele participam foram refratários à inovação e à tecnologia, mas o cenário mudou após a pandemia de COVID-19. Não que antes inexistisse abertura ao novo, mas, sem dúvida, o isolamento forçado no primeiro semestre de 2020 exigiu a adoção de novas tecnologias pelos profissionais do Direito, para a manutenção dos serviços jurídicos e a continuidade das empresas.

Influenciada pelo contexto pandêmico e pela demanda de novos modelos de serviços jurídicos, a Suprema Corte de Utah (EUA) aprovou, em agosto de 2020, uma lista de reformas para permitir que não advogados experimentassem novas maneiras de atender clientes e consumidores (Moran, 2021). O tribunal classificou a decisão como um dos esforços mais promissores para "enfrentar a crise de acesso à justiça nos últimos 100 anos", destacando ser necessária uma reforma de longo alcance baseada na "abertura do mercado jurídico a novos fornecedores", por meio do desenvolvimento de novos modelos de negócios e serviços. A Suprema Corte destacou, ainda, que a pandemia de COVID-19 e suas consequências econômicas atingiram "níveis de crise", demandando, mais do que nunca, o oferecimento de serviços jurídicos mais acessíveis.

Algumas semanas após a decisão, a Suprema Corte do Arizona decidiu de forma semelhante, entendendo que não advogados também podem oferecer serviços jurídicos. Em comunicado, o juiz-chefe do tribunal, Robert Brutinel, referiu que o objetivo é "melhorar o acesso à justiça e incentivar a inovação na prestação de serviços jurídicos" (Moran, 2021). Com a decisão, a Suprema Corte passou a permitir uma nova categoria de profissionais capazes de representar clientes em tribunais, os legal paraprofessionals (LPs). Os LPs deverão ser aprovados em processo de qualificação e caráter para exercer suas atividades

e estarão sujeitos às mesmas regras ético-disciplinares exigidas aos advogados. Entre as atividades permitidas estão a prática de Direito Administrativo, Direito da Família, cobrança de dívidas e disputas entre locadores e proprietários.

Com a decisão das Supremas Cortes de Utah e Arizona, não advogados passaram a ter a oportunidade de serviços jurídicos em solo estadunidense, desde que atendidos determinados requisitos. Enquanto a Suprema Corte de Utah restringiu o alcance dos serviços oferecidos a uma área pré-definida, o tribunal do Arizona ampliou a possibilidade para mais regiões estadunidenses, exigindo apenas que os candidatos sejam aprovados no em seu “processo de aplicação rigoroso” (Moran, 2021). Ambos os tribunais definiram, no entanto, um período mínimo de sandbox regulatório, no qual os candidatos poderão submeter seus projetos a uma comissão, que avaliará quais deles são capazes de fornecer serviços jurídicos de qualidade a baixo custo (ou mesmo sem qualquer custo), e que abordem soluções para os problemas causados pela pandemia.

Com a decisão das Supremas Cortes de Utah e Arizona, não advogados passaram a ter a oportunidade de serviços jurídicos em solo estadunidense, desde que atendidos determinados requisitos. Enquanto a Suprema Corte de Utah restringiu o alcance dos serviços oferecidos a uma área pré-definida, o tribunal do Arizona ampliou a possibilidade para mais regiões estadunidenses, exigindo apenas que os candidatos sejam aprovados no em seu “processo de aplicação rigoroso” (Moran, 2021). Ambos os tribunais definiram, no entanto, um período mínimo de sandbox regulatório, no qual os candidatos poderão submeter seus projetos a uma comissão, que avaliará quais deles são capazes de fornecer serviços jurídicos de qualidade a baixo custo (ou mesmo sem qualquer custo), e que abordem soluções para os problemas causados pela pandemia.

A história do sandbox está relacionada ao desenvolvimento da Tecnologia da Informação, quando se cria um sistema novo e se testa ele, mas isolado do sistema completo de determinada organização. Serve como uma caixa de teste, sem colocar em risco o funcionamento do sistema como um todo. Desde 2015, o sandbox passou a ser usado no Reino Unido, a fim de se fazerem testes de regulação para as fintechs. Percorrendo o foco para uma compreensão literal da

palavra “sandbox”, se chega à conclusão que se trata de uma “caixa de areia”, onde as crianças brincam e tem um pequeno pedaço do mundo onde podem estabelecer as regras sobre as brincadeiras (BBVA, 2017).

Transportado para o mundo real, o sandbox regulatório ganha importância na testagem das estruturas regulatórias que sejam adequadas para o cenário onde ainda não existe regulação (GOO; HEO, 2020). O modelo representa um ambiente de teste de estruturas inovadoras, uma espécie de playground regulatório (MARTIN; BALESTRA, 2019) no qual se projetam regras para constituição e funcionamento de ambiente regulatório experimental. Essa estrutura metodológica real serve para que os próprios reguladores testem novas ideias e façam ajustes nas abordagens regulatórias em pequena escala e ao longo do processo legislativo.

Pode-se sublinhar que o sandbox serve para gestão dos riscos (ISIGONIS et al, 2019); para testar a regulação e propor medidas de governança; assim ele pode ter múltiplas finalidades: para testar medidas de políticas públicas para a gestão de risco e regulação (ZETZSCHE et al, 2017). O espaço dessa metodologia de teste regulatório pode ser caracterizado como uma preparação da regulação (GOMES; SCOTT-FORDSMAND; AMORIN, 2021), viabilizando a estrutura da conscientização oportuna dos reguladores sobre inovações, combinada com ações para verificar se a legislação atual cobre todos os aspectos de segurança de cada inovação.

Para ilustrar o conceito na prática, selecionamos um projeto recentemente aprovado pela Suprema Corte de Utah. Trata-se do Law on Call, uma espécie de “call center jurídico”. A iniciativa, lançada pela Northwest Registered Agent, oferece serviços jurídicos a uma fração do custo tradicional, por meio de uma assinatura mensal. O serviço funciona da seguinte forma: o cliente paga US\$ 9 por mês para obter acesso telefônico ilimitado a advogados, sempre que desejar, para aconselhamento jurídico. Caso o assinante tenha interesse em contratar o trabalho do profissional com quem conversou, poderá fazê-lo, efetuando um pagamento adicional. As taxas são definidas com base no tempo de experiência

dos profissionais disponíveis: 1 a 3 anos: \$ 100 por hora; 4 a 7 anos: \$ 150 por hora; 8 a 10 anos: \$ 200 por hora; mais de 10+ anos: \$ 250 por hora.

A proposta do Law on Call é oferecer consultoria jurídica instantânea por meio de advogados plantonistas. Todos os atendimentos são realizados por profissionais licenciados, sem necessidade de agendamento; basta fazer o login e contatar um advogado. Resumidamente: é como um call center jurídico com a possibilidade de contratação. Haja vista que muitas pessoas deixam de contratar advogados porque os serviços são caros e porque precisam vencer obstáculos até o efetivo atendimento, o Law on Call propõe uma nova forma de oferecer serviços jurídicos, que envolve mais eficiência, menos custo e atendimento centrado nas necessidades reais dos clientes.

O Law on Call foi uma das propostas apresentadas ao Office of Legal Services Innovation – Divisão da Suprema Corte de Utah responsável pela avaliação e recomendação dos melhores candidatos – e aprovada pelo Chief Justice Matthew B. Durrant (SANDBOX AUTHORIZATION PACKET, 2020). O serviço ficará dois anos sob análise (período de sandbox), com possibilidade de prorrogação. Caso a startup demonstre que seus serviços não causam danos ao consumidor "acima dos limites", receberá um selo de aprovação do Office of Legal Services Innovation para continuar praticando suas atividades:

Imagem 1: Selo de aprovação do Office of Legal Services Innovation



For more information or to file a complaint,
please visit innovationoffice.org

Fonte: SANDBOX AUTHORIZATION PACKET, 2020

4. A liberalização em outros países e o caso brasileiro

Um relatório da ABA Commission on the Future of Legal Services (ABA, 2014) revelou que Inglaterra e País de Gales são as únicas nações a permitir escritórios de advocacia formados por sócios não advogados. Em nenhum outro país é possível identificar tal nível de liberalização. Mesmo em países como Escócia e Itália, que autorizam a flexibilização da estrutura dos serviços jurídicos, o controle majoritário deverá ser de sócios advogados. A tabela a seguir reúne a porcentagem permitida de sócios não advogados em seis países:

Tabela 1: Percentual de sócios não advogados por país

País	Percentual
Inglaterra	100%
País de Gales	100%
Escócia	49%
Itália	33%
Espanha	25%
Dinamarca	10%

Fonte: ABA, 2014

Em nosso país, a atividade da advocacia é regulada pela Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil). Publicada durante o governo transitório de Itamar Franco, que substituiu Collor de Mello após sua renúncia em 1992, a legislação disciplina os contornos técnicos e jurídicos da advocacia, elencando suas atividades privativas e requisitos para ser advogado. No modelo hoje vigente, as atividades de Postulação em juízo, Consultoria, Assessoria e Direção jurídicas são privativas da advocacia. O modelo PCAD está disposto no art. 1º, Lei 8.906/94: “Art. 1º São atividades privativas de advocacia: I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.”

Já em relação aos requisitos para ser advogado, a lei exige os seguintes: I - capacidade civil; II - diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em

instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada; III - título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro; IV - aprovação em Exame de Ordem; V - não exercer atividade incompatível com a advocacia; VI - idoneidade moral; e VII - prestar compromisso perante o conselho.

Para exercer a advocacia no país é necessário primeiro concluir o curso de Direito, depois passar no Exame da Ordem para, finalmente, se inscrever no quadro de profissionais da OAB. Somente quando encerradas essas etapas, o bacharel, agora advogado, terá permissão para postular em juízo e realizar as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas (PCAD). Os estagiários de advocacia regularmente inscritos, embora capazes de praticar as atividades elencadas no art. 1º, não podem executá-las por conta própria: os atos devem ser praticados em conjunto com os advogados e sob responsabilidades destes (art. 3º, §2º). Assim, apenas advogados devidamente habilitados têm permissão para desempenhar as atividades do modelo PCAD.

A despeito de tais limitações, discussões em torno da liberalização dos serviços jurídicos já foram objeto de projetos de lei no Congresso Nacional. O PL 5.749/2013 sugeriu a criação da carreira do "paralegal", assegurando a essa figura as mesmas prerrogativas dos estagiários de advocacia. Como dispõe a redação do projeto, atualmente aguardando deliberação de recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA): “Art. 3º (...) § 2º O estagiário de advocacia e o paralegal, regularmente inscritos, podem praticar os atos previstos no art. 1º, na forma do regimento geral, em conjunto com advogado e sob responsabilidade deste.”

Já o PL 232/2014 dispõe sobre a figura do "assistente de advocacia", referindo que o exercício da atividade profissional desse profissional é privativa do bacharel em Direito ou em ciências jurídicas e sociais, abrangendo as seguintes funções (art. 5º, § 1º): “todas as que não estejam definidas nesta lei como privativas de advogado; a assistência técnica superior em escritórios e departamentos jurídicos, privados ou públicos, sob a supervisão geral de advogado; e a mediação, na esfera pública ou privada.”

Esse projeto aproxima-se mais da pauta da liberalização dos serviços jurídicos, permitindo a não advogados realizar funções auxiliares e diversas dos estagiários. A proposta refere ainda que o assistente, por ser graduado em Direito, tem condições de compreender a dinâmica de um escritório e auxiliar da forma que sua vocação e conhecimentos indique ser a mais adequada.

Entre as possíveis atividades do assistente de advocacia estão: a) ser o encarregado de levantar fatos e colher provas para instruir ações; b) ser um elemento de contato entre o escritório e clientes ou mesmo servidores do Judiciário; c) ser o organizador de audiências, julgamentos e reuniões, fornecendo material de apoio; d) auxiliar nas questões de informática, pesquisar precedentes na internet, incluindo de Tribunais de outros países, fornecendo apoio permanente às petições; e) auxiliar na administração do escritório, valendo-se da vantagem de ter conhecimento do Direito.

5. Considerações finais

Muito embora a discussão seja embrionária no Brasil, Richard Susskind acredita, à semelhança da Inglaterra e do País de Gales, a liberalização será uma realidade nos países do Ocidente e em outras jurisdições emergentes. O professor prevê resistência nos primeiros anos, mas acredita que a liberalização produzirá efeitos dentro de uma década. Susskind está convencido de que a liberalização desempenha um papel fundamental, pois incentiva a criação de negócios e serviços jurídicos que superem o que ele chama de desafio do “mais por menos” (more-for-less challenge).

A ideia central do desafio reside no fato de que, atualmente, os clientes estão pressionando os profissionais da advocacia a entregar serviços de maior qualidade a um custo menor. Em um mundo no qual os mesmos clientes usam aplicativos para solicitar entregas de produtos em domicílio ou para se deslocar pelas cidades a custos baixíssimos, os clientes desejam pagar cada vez menos pelos serviços prestados. Sendo assim, os tradicionais modelos de cobranças adotados pelos advogados têm sua própria aplicabilidade questionada.

Uma das estratégias para superar o desafio do “mais por menos” envolve identificar quais atividades dos escritórios de advocacia podem ser realizadas de maneira mais eficiente, seja por meio de profissionais menos qualificados (e mais baratos), seja por meio da automação. Susskind (2017) chama essa primeira modalidade de “estratégia de eficiência”. A redação de contratos, a revisão de documentos jurídicos e a pesquisa de jurisprudência são três exemplos de tarefas que podem ser “rotinizadas” e, desse modo, aprimoradas.

A segunda estratégia de Susskind para enfrentar o problema, mais radical que a primeira, envolve reunir os clientes, para que compartilhem os custos de certos tipos de serviços. Susskind (2017) chama essa segunda modalidade de “estratégia de colaboração”. Na visão do professor britânico, tal estratégia é ideal na área do compliance bancário. Os principais bancos do mundo gastam milhões por ano em compliance e não ventilam a possibilidade de reunir e compartilhar os custos dos trabalhos de conformidade que têm em comum. A estratégia de colaboração seria adequada, assim, para a parte administrativa do trabalho.

Por todos esses motivos, Richard Susskind acredita que a liberalização produzirá um efeito cascata em todo o mundo. Empresas que tiverem acesso a serviços inovadores em países liberalizados pressionarão países com quem se relacionam a adotar modelos similares. Diante do contexto, o professor pode ter sido muito generoso em sua previsão (“dentro de uma década”), pois a demanda por serviços jurídicos mais acessíveis e pautadas na experiência do usuário vem se intensificando no mundo pós-pandemia, exigindo que os profissionais do Direito se reinventem em um mercado em constante transformação.

6. Referências

AMERICAN BAR ASSOCIATION (ABA). For comment: issues paper regarding alternative business structures. Disponível em: <<https://bit.ly/3nBHpw9>>. Acesso em: 8 abr 2016

BASKI, Catherine. Reaping the benefits of an alternative business structure. *Raconteur*, 26 nov 2015. Acesso em: 20 nov 2021. Disponível em: <<https://bit.ly/2Za71XK>>.

BBVA. ¿Qué es un ‘sandbox’ regulatorio? 20 de novembro de 2017. Disponível

em: <https://www.bbva.com/es/que-es-un-sandbox-regulatorio/>. Acesso em 13 jul. 2020.

CENDÃO, Fabio. Os escritórios de advocacia do futuro: sócios não advogados e novos modelos de sociedade. In: O fim dos advogados? FEIGELSON, Bruno; BECKER, Daniel; RAVAGNANI, Giovanni. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

CLEMENTI, David. Review of the regulatory framework for legal services in England and Wales. Disponível em: <<https://bit.ly/3mEdRMM>>. Acesso em: 10 out 2021.

GOMES, Susana I.L.; SCOTT-FORDSMAND, Janeck J.; AMORIM, Monica J.B. Alternative test methods for (nano)materials hazards assessment: Challenges and recommendations for regulatory preparedness. *Nano Today*, v. 40, 2021. Disponível em: <<https://bit.ly/3G8NZ3K>>. Acesso em 01 nov. 2021.

GOO, Jayoung James; HEO Joo-Yeun. The Impact of the Regulatory Sandbox on the Fintech Industry, with a Discussion on the Relation between Regulatory Sandboxes and Open Innovation. *Journal of Open Innovation: technology, market, and complexity*, v. 6, n. 43, 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3G3rddE>>. Acesso em 01 nov. 2021.

ISIGONIS, Panagiotis et al. Risk governance of nanomaterials: review of criteria and tools for risk communication, evaluation, and mitigation. In: *Nanomaterials*, v. 9, n. 696, p. 1-26, 2019.

MARTIN, Aaron; BALESTRA, Giulia. Using regulatory sandboxes to support responsible innovation in the humanitarian sector. In: *Global Policy*, v. 10, issue 4, November 2019.

MORAN, Lyle. Utah embraces nonlawyer ownership of law firms as part of broad access-to-justice reforms. *ABA Journal*, 14 ago 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3lqtUhV>>. Acesso em: 10 out 2021.

MORAN, Lyle. Arizona approves nonlawyer ownership, nonlawyer licensees in access-to-justice reforms. *ABA Journal*, 28 ago 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3ls5qEY>>. Acesso em: 10 out 2021.

SANDBOX AUTHORIZATION PACKET. Disponível em: <<https://bit.ly/3lq78H0>>. Acesso em: 10 out 2021.

SUSSKIND, Richard. *Tomorrow's lawyers: an introduction to your future*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2017.

ZETZSCHE, Dirk A. et al. Regulating a revolution: from regulatory sandboxes to smart regulation. *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*. v. 23, n. 1, 2017.

Uma nova marca de democracia? O caso chinês

A NEW BRAND OF DEMOCRACY? THE CHINESE CASE

Maria João Pereira de Melo⁴⁴

Sumário: Introdução; 1. Das insuficiências do direito de autodeterminação dos povos: a problemática do reconhecimento de um direito à democracia; 1.1 Enquadramento; 1.2. A possibilidade do reconhecimento de um direito à democracia; 1.3. Ponderações da doutrina sobre o reconhecimento de um direito; 2. Das consequências do não reconhecimento de um direito à democracia; 2.1 Identificação das consequências; 2.2. Análise das consequências à luz do caso de Taiwan; 2.3. Formulação de Questões; 3. Das respostas às questões suscitadas; 3.1. A democracia; 3.2. O Modelo Chinês de Democracia; 3.3. Formulação de Respostas; Conclusão; Bibliografia Relevante.

Resumo: Cientes do não reconhecimento de jure da dimensão interna do direito de autodeterminação dos povos, do direito à democracia, e atentos ao discurso adotado pela China no que concerne ao regime democrático, optámos por desenvolver a problemática que o caso de Taiwan configura para responder a duas interrogações essenciais. Primeiro, a de saber se existe uma nova marca de democracia na China – interpelando o conceito democrático à luz da obra de Hans Kelsen. Segundo, a de aferir qual o significado-consequência deste debate político no quadro jurídico-internacional, notadamente para o reconhecimento de um direito à democracia.

Palavras-chave: Autodeterminação dos povos; Direito à Democracia; China; Taiwan.

Abstract: Aware of the non-recognition de jure of the internal dimension of the peoples' right to self-determination, of the right to democracy, and attentive to the discourse adopted by China regarding the democratic regime, we chose to develop the problematic that the Taiwan case embodies to answer two essential questions. First, whether there is a new brand of democracy in China – approaching the democratic concept considering the work of Hans Kelsen.

⁴⁴ Maria João Pereira de Melo, institucionalmente vinculada à Universidade Lusófona do Porto, onde está a realizar o Doutoramento. Licenciada em Direito (Universidade do Minho); Mestre em Direito (Universidade Católica Portuguesa); e Investigadora Convidada no Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez. E-mail: mariajoapereirademelo_96@hotmail.com Orcid: ORCID: 0000-0002-1923-2624.

Second, to assess the meaning-consequence of this political debate in the international legal framework, notably for the recognition of a right to democracy.

Keywords: Self-determination of peoples; Right to Democracy; China; Taiwan.

Introdução

O presente artigo pretende situar no atual quadro jurídico internacional a célebre questão da efetivação da dimensão interna do direito de autodeterminação dos povos⁴⁵ - do direito à democracia - mediante a análise do caso chinês. De facto, as posições tomadas pela China, no passado, a propósito do reconhecimento de tal direito, aliadas ao discurso que tem vindo a adotar, no presente, sobre a democracia em geral, merecem a nossa reflexão mais atenta. Desde logo, porque levantam um problema: existe na China uma nova marca de democracia? E, sintomaticamente, qual o significado-consequência deste debate político no plano jurídico internacional?

Nesse sentido, para uma melhor concretização do tema, decidimos dividir o trabalho em três partes. Na primeira, abordaremos as insuficiências concetuais do direito de autodeterminação dos povos, mediante a articulação teórica e prática das duas dimensões do direito: a interna e a externa. Na segunda, dilucidaremos as consequências das insuficiências supra referidas, através do estudo de caso das relações entre China, Taiwan e Estados Unidos da América, situando a problemática jurídico-internacional que o caso de Taiwan configura. Por fim, na terceira parte, concretizaremos uma resposta para o problema formulado.

Para tal, além do devido enquadramento jurídico, histórico e doutrinal, a metodologia preferida consistiu na análise do contributo académico de dois autores, Rory Truex e Daniel A. Bell, à luz do trabalho de Hans Kelsen, no livro

⁴⁵ Para efeitos do presente artigo, a interpretação seguida no que concerne à autodeterminação dos povos, inspirada em Lopes, 2003, é a que se expõe: “significa liberdade, independência, democracia, e tudo o que se considera que estas noções incluem” (Trifunovska, 1997, p. 178), assim como a articulação de “três paradigmas diferentes: o Estado, o Homem, o Povo” (Lopes, 2003, p. 23).

A Democracia. Deste modo, será a definição kelsiana que tomaremos como fundamento da presente investigação: “A democracia, no plano da ideia, é uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou, sem tantas metáforas, a ordem social, é realizada por quem está submetido a essa ordem, isto é, pelo povo.” (Kelsen, 2000, p.35)

O objetivo pretendido será uma reflexão inovadora sobre a ideia democrática que nos permita determinar o seu futuro no plano jurídico atual. Para tanto, considerando a suma importância do caso chinês, escolhemos analisar o recente aumento de tensões em Taiwan, utilizando como mote as declarações prestadas pelo porta-voz do Ministério dos Negócios Estrangeiros chinês, Wang Webin, na regular conferência de imprensa do Ministério, a dezanove de outubro do ano corrente:

One should not try to turn democracy into Coca-Cola, which tastes the same across the world with the syrup produced by one country and deprive countries of the right and freedom to explore their own democratic path, in total disregard of the diversity of history, culture, social system and development stage of countries (Webin, W., [Ministry of Foreign Affairs of the People’s Republic of China⁴⁶], 2021).

Na verdade, justificando o vocabulário em causa, é tomando em consideração esta peculiar forma de apresentar o problema – comparando a democracia a uma marca comercial –, que, utilizando a mesma analogia, articulamos a questão – O caso chinês: Uma nova marca de democracia? – e refletimos as consequências.

1. Das insuficiências do direito de autodeterminação dos povos: a problemática do reconhecimento de um direito à democracia

1.1. Enquadramento

A eventual concretização de um direito à democracia como consequência natural da dimensão interna do direito de autodeterminação dos povos não é um

⁴⁶ Ministry of Foreign Affairs of the People’s Republic of China (https://www.mfa.gov.cn/mfa_eng/).

tema novo. O seu debate remonta à segunda metade do século vinte e tem merecido especial atenção desde a eclosão das Revoltas no Médio Oriente. Assim, para que se estabeleça um fio condutor no que tratamos, é necessário esclarecer a que se deve o interesse na altura, a que se deve o interesse em 2010 e a que se deve o interesse ainda hoje.

Segundo o que nos parece, o punctum crucis residirá, em última análise, nas insuficiências conceptuais que oneraram o direito desde a sua efetivação enquanto tal. Por outras palavras, o direito de autodeterminação dos povos, embora nascido das ideias que estiveram na origem das revoluções inglesa, americana e francesa, intencionando a autonomia plena dos povos, ao sedimentar-se de facto no plano jurídico internacional, não foi concretizado com o mesmo alcance.

Tal insuficiência é evidente se considerarmos dois pontos. O primeiro é o esclarecimento concetual de que a autonomia plena de um povo só existe se, no direito que a concretiza, operar mutuamente uma dimensão externa – que abrange o estatuto de um povo em relação a outro povo, Estado ou império – e uma dimensão interna – que contempla a relação entre um povo e o seu próprio Estado ou governo. O segundo é que, na verdade, ao analisarmos alguns dos passos mais significativos na constituição de facto do direito – como as célebres Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas⁴⁷, ou o artigo primeiro dos dois Pactos elaborados pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas⁴⁸ – só podemos extrair verdadeiramente uma dimensão externa.

Com justeza se dirá que a primeira metade do século vinte, desde os ímpetos wilsonianos e leninistas até ao fenómeno de descolonização, propiciou

⁴⁷ Não podendo destacar todas, sublinhamos a que consideramos mais importante, nomeadamente a Resolução 1514 (XV), designada *Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais*, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a 14 de dezembro de 1960. Disponível em: <https://documents.un.org/prod/ods.nsf/home.xsp>.

⁴⁸ Ambos adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a 16 de dezembro de 1966, e com o artigo primeiro em comum. Reproduzimos de seguida, por maior pertinência, o conteúdo do primeiro parágrafo: “Todos os povos têm o direito à autodeterminação. Por virtude desse direito, determinam livremente o seu estatuto político e perseguem livremente o seu desenvolvimento económico, social e cultural.” Disponíveis em: <https://www.ohchr.org/EN/pages/home.aspx>.

esta última dimensão. Todavia, ainda que se reconheça com naturalidade este fenómeno, a omissão reiterada da dimensão interna, i.e., o não reconhecimento de um direito à democracia, não poderá ser percebido da mesma forma.

A nosso ver, são estas as insuficiências jurídico-conceituais que se não podem contornar quando se aborda o tema da autodeterminação dos povos, sob pena das suas consequências se manifestarem uma e outra vez no tempo e no espaço: seja através de revoltas no Médio Oriente, seja através das especificidades do caso chinês.

1.2. A possibilidade do reconhecimento de um direito à democracia

Pois bem, mesmo não tendo existido um reconhecimento expresso da dimensão interna no quadro jurídico-internacional, os seus subentendimentos materiais não deixaram de se revelar das mais variadas formas, tanto em geral como em abstrato, em instrumentos regionais e internacionais, ad exemplum: o Ato Final da Conferência sobre Segurança e Cooperação na Europa, associado aos Acordos de Helsínquia, de 1975⁴⁹; a adoção da Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos, de 1981⁵⁰; os valores defendidos pelo Conselho da Europa⁵¹; as ações pró-democráticas realizadas por Organizações Não-

⁴⁹ Respetivamente, na secção primeira – “Questões relativas à segurança na Europa” –, na alínea a) – “Declaração sobre os Princípios que guiam as relações entre Estados participantes” – ponto oitavo – “Direitos Iguais e Autodeterminação dos Povos”, o segundo parágrafo: “Por virtude do princípio de direitos iguais e da autodeterminação dos povos, todos os povos têm o direito, em liberdade total, de determinar, quando e como desejarem, o seu estatuto político interno e externo, sem interferência externa, e de perseguir como desejarem o seu desenvolvimento político, económico, social e cultural.” Disponível em: <https://www.osce.org>.

⁵⁰ Designadamente, na parte primeira – “Direitos e Deveres” –, no capítulo primeiro – “Direitos Humanos e dos Povos” –, o primeiro ponto do artigo vigésimo: “Todos os povos devem ter o direito à existência. Eles devem ter o inquestionável e inalienável direito à autodeterminação. Eles devem determinar livremente o seu estatuto político e devem perseguir o seu desenvolvimento económico e social de acordo com a política que escolheram livremente.” Disponível em: <https://www.achpr.org>. Em relação à Carta Africana, alguma doutrina tem proposto que o artigo vigésimo é propositadamente vago (Cassese, 1995). Sobre esta questão, discordamos na medida em que o artigo vigésimo, aliado ao ponto primeiro, do artigo décimo terceiro da mesma Carta – “Todo o cidadão deve ter o direito de participar livremente no governo do seu país, ou diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos de acordo com a lei.” – é revelador da dimensão interna do direito de autodeterminação dos povos.

⁵¹ O Conselho da Europa, desde que criado em 1949, tem como parte dos seus valores fundamentais, que orientam a sua ação, a defesa da democracia. Cf.: <https://www.coe.int/pt/web/about-us/values>.

Governamentais⁵²; as inúmeras Resoluções da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas⁵³.

Do que dos exemplos se retira, ultima analysis, é que embora estivessem em causa manifestações importantes e assinaláveis, eram ainda muito espontâneas e não apontavam propriamente uma coerência global no sentido do reconhecimento da dimensão interna do direito de autodeterminação do povos, muito menos um direito à democracia in statu nascendi.

Não obstante, em 1992 – utilizando como ponto de partida a Resolução da Assembleia Geral nas Nações Unidas no caso do Haiti de 1991⁵⁴ – Thomas Frank publica o célebre artigo – The Emerging Right to Democratic Governance – que iniciaria o debate académico sobre a questão de saber se um direito estaria de facto a emergir⁵⁵.

1.3. Ponderações da doutrina sobre o reconhecimento de um direito

Sobre a matéria sobredita, a doutrina foi propositadamente cautelosa, e, mesmo admitindo a possibilidade da formação de um costume internacional de ordem democrática, sublinhou a importância de que decorresse mais tempo para

⁵² Neste ponto, como exemplo paradigmático, sublinhamos a importância da *National Endowment for Democracy* (NED), na medida em que o trabalho que desenvolveu desde os anos oitenta permitiu o financiamento e a fundação de outras inúmeras e significativas Organizações Não-Governamentais. Cf.: <https://www.ned.org/about/history/>.

⁵³ A que nos parece mais relevante, naquilo que se pode denominar como o movimento de assistência eleitoral levado a cabo pelas Nações Unidas, é, respetivamente: a Resolução 46/137, denominada *Aumentar a efetividade do princípio de eleições periódicas e genuínas*, adotada pela Assembleia geral das Nações Unidas, a 17 de dezembro de 1991, que iniciava o procedimento para autorizar a monitorização de eleições nacionais. Disponível em: <https://www.un.org/en/our-work/documents>.

⁵⁴ A Resolução em causa apoiava as Resoluções da Organização de Estados Americanos, no sentido de restituir o poder, no Haiti, a Jean-Bertrand Aristide, que, embora democraticamente eleito, havia sido retirado do executivo por um golpe militar. Cf.: Resolução 46/7, designada *A situação da democracia e dos direitos humanos no Haiti*, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a 11 de outubro de 1991. Disponível em: <https://www.un.org/en/our-work/documents>.

⁵⁵ O autor sustentava a emergência de um direito à democracia nas normas em vigor sobre autodeterminação dos povos, liberdade de expressão e eleições livres, retirando legitimidade do costume e da interpretação coletiva de tratados, defendendo ainda a existência de uma expectativa normativa da comunidade de Estados nesse sentido (Frank, 1992).

que tal se aferisse com certeza e os perigos do reconhecimento imediato de um tal direito⁵⁶.

Prima facie, a dimensão interna do direito de autodeterminação dos povos, na medida em que diz respeito à relação entre um povo e o seu próprio Estado ou governo, sob o fundamento da sua mesma autonomia, parece não levantar dúvidas sobre o que está em causa: a democracia. Mas se a democracia como um princípio de autodeterminação interna é dificilmente questionável, o mesmo não se dirá de um direito à democracia per se, nem tão-pouco da sua aplicação e conteúdo. Nessa medida, as hesitações da doutrina não serão menos do que razoáveis⁵⁷.

É possível que tenha sido devido a tais ponderações que a União Interparlamentar, em 1997, aprovou a Declaração Universal da Democracia, onde é manifesta uma tentativa de desenvolver o conteúdo do exercício democrático⁵⁸. Não obstante, o que se constata é que, após a Declaração ter sido adotada, a China expressou reservas ao texto⁵⁹.

Não cabendo aqui desenvolver ex professo o conteúdo do documento, e numa tentativa de enquadrar o fundamento de tais reservas, escolhemos destacar dois pontos propostos na declaração, a saber: (I) a defesa da

⁵⁶ Nesta matéria, sobre os perigos do reconhecimento de um tal direito, contra a tese de Thomas Franck, há dois autores que destacamos. Primeiro, Stefan Oeter, que nega absolutamente a existência de um direito à democracia ocidental derivado da dimensão interna do direito de autodeterminação dos povos (Oeter, 1992). Segundo, José Azeredo Lopes, que nega o que julga ser o caminho para teses intervencionistas. (Lopes, 2019). Por outro lado, sobre a necessidade de que mais tempo decorra e, eventualmente, de criação de um aparelho de controlo com poderes sancionatórios, temos Antonio Cassese (Cassese, 1995).

⁵⁷ Sobre as ponderações que dizem respeito a um receio de imposição ideológica em particular, é importante assinalar a nossa discordância. Em contrapartida, este receio parece ter-se consolidado na doutrina nos últimos anos (Bueno, 2015).

⁵⁸ Disponível em: www.ipu.org.

⁵⁹ Note-se esta informação expressa no *site*, designadamente no final do documento Declaração Universal de Democracia. É significativa esta atitude da China: indicia um modo de pensar o tema que não deixará de se apresentar. Dois anos mais tarde, o que fundamenta esta prudência é posto a claro na discussão da Resolução 1999/57, adotada em 27 de abril de 1999, sob o título “Promoção do direito à democracia”. A posição adotada é a de que, não existindo um único modelo democrático, um direito à democracia permitiria ao seu abrigo a ingerência em assuntos internos dos Estados, sob o argumento de que determinado governo não seria democrático (Lopes, 2019); Resolução 1999/57, denominada “Promoção do direito à democracia”, adotada pela Comissão das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, a 27 de abril de 1999: E/CN.4/RES/1999/57. Disponível em: <https://ap.ohchr.org/Documents/gmainec.aspx>.

universalidade do ideal democrático – independentemente de diferenças culturais, políticas, sociais e económicas –, presente no princípio primeiro; (II) assim como a proteção da tolerância axiológica – abrindo a possibilidade a diferentes modelos democráticos, consoante as diferentes experiências e particularidades culturais, desde que se não violassem princípios, normas e padrões internacionalmente reconhecidos –, presente no princípio segundo.

Em boa verdade, se atendermos à ressalva *sui generis* do princípio segundo, facilmente se repara onde reside o fundamento da questão: Quais são estes princípios, normas e padrões internacionalmente reconhecidos?

Data venia, embora compreendamos as ponderações que se constatarem neste sentido, não deixamos de observar o problema que tal argumentação suscita: o da continuação de uma insuficiência conceptual do direito de autodeterminação dos povos, na medida em que se não concretiza a sua dimensão interna, suscitando consequências *ad aeternum*.

2. Das consequências do não reconhecimento de um direito à democracia

2.1. Identificação das consequências

As consequências podem ser apresentadas da seguinte forma: em um mundo cada vez mais globalizado, e em que o acesso à informação é cada vez maior, a ideia de democracia como forma de governo que permite o respeito pelos Direitos Humanos é amplamente promovida no quadro-internacional; assim, ainda que não exista um direito reconhecido, existe a sua pretensão, bem como exigências nesse sentido.

De facto, desde 1993, com a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, de que resultou a Declaração e Programa de Ação de Viena, a relação de mútua dependência entre democracia e Direitos Humanos é explorada sobremodo⁶⁰. E ainda que, desde a Resolução 1999/57 de 27 de abril de 1999,

⁶⁰ A este propósito, o ponto oitavo – “A democracia, o desenvolvimento e o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais são interdependentes e reforçam-se mutuamente. A

não se tenha voltado a utilizar nas Resoluções do atual Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas a referência a um direito propriamente dito, a promoção de um ideal democrático não deixa de merecer uma Resolução do Conselho quase anualmente⁶¹. O mesmo se passa, ainda que com relativamente menos frequência, com as Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas⁶².

Conseqüentemente, fruto da difusão de ideias democráticas, e daquilo que nos parece ser a sua legitimidade universalmente reconhecida, o não reconhecimento no quadro jurídico internacional de um direito à democracia, a nosso ver, cria um defraudamento entre aquilo que são as expectativas criadas e aquilo que realmente se constata.

As conseqüências são várias decerto, mas destacamos as seguintes: (I) O surgimento de pontos de revolta, avançando, como exemplo paradigmático, as Revoltas no Médio Oriente, mas também o que neste artigo versamos, considerando as manifestações pró-democracia na China e o caso de Taiwan em concreto. (II) Assim como, e cada vez mais, o padrão democrático como critério de legitimidade no plano político internacional.

democracia assenta no desejo livremente expresso dos povos em determinar os próprios sistemas políticos, económicos, sociais e culturais e na sua participação plena em todos os aspetos das suas vidas. Neste contexto, a promoção e proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, a nível nacional e internacional, devem ser universais e conduzidas sem restrições adicionais. A comunidade internacional deverá apoiar o reforço e a promoção da democracia, do desenvolvimento e do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais do mundo inteiro.” – da Declaração e Programa de Ação de Viena, adotados a 25 de junho de 1993, pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, Áustria. Disponível em:

https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/declaracao_e_programa_acao_viena.pdf .
Sobre a relação entre democracia e Direitos Humanos ver ainda em Grimm, 2004.

⁶¹ A mais recente é a Resolução A/HRC/RES/48/8, adotada pelo Conselho dos Direitos Humanos das Nações Unidas, em 8 de outubro de 2021, sob o título “Promoção de uma ordem internacional democrática e equitativa”. O que destacamos nesta resolução é o voto a favor da China, o que nos faz voltar a questionar se na China se caminha para um regime democrático. Todas as resoluções sobre democracia disponíveis, mediante pesquisa do termo, na Biblioteca Digital das Nações Unidas (<https://digitallibrary.un.org>).

⁶² A mais recente é a Resolução A/RES/72/172, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 2017, sob o título “Promoção de uma ordem internacional democrática e equitativa”. Todas as resoluções sobre democracia disponíveis, mediante pesquisa do termo, na Biblioteca Digital das Nações Unidas (<https://digitallibrary.un.org>).

2.2. Análise das consequências à luz do caso de Taiwan

As consequências supra referidas, como especificamos, poderão ser dilucidadas mediante a análise de um caso em concreto que tem marcado a atualidade internacional, notadamente o do estatuto de Taiwan.

Uma breve contextualização poderá colocar-se do seguinte modo, a saber: após o término da Guerra Civil Chinesa, em 1949, é proclamada a República Popular da China, sob a liderança do Partido Comunista Chinês. Desse modo, o governo da anterior República da China – cujo território atualmente corresponde à ilha de Taiwan, e outras menores – desloca-se para Taipei. Desde então, pese embora tenha existido o reconhecimento internacional maioritário do governo da República Popular da China, a que designaremos China, a questão de saber da existência e legitimidade da República da China, a que designaremos Taiwan, nunca cessou (Maizland, 2021).

Naturalmente, a China tem apresentado sistematicamente uma forte oposição a qualquer tipo de reconhecimento do governo de Taipé, recusando relações diplomáticas com países que reconheçam Taiwan como Estado soberano, bem como exigindo de todos os países com quem têm relações diplomáticas uma declaração onde perfilhem a “Política de uma só China”, segundo a qual a China Popular, o Tibete, Hong Kong, Macau, Xinjiang e a China Nacional (Taiwan) são todos parte, precisamente, de uma só China. Esta política também é conhecida como “Uma China – Dois Governos”, sustentando, perdoe-se o pleonasma, que existe apenas uma só China, atualmente governada por dois sistemas diferentes. Deste modo, Taiwan apenas mantém relações diplomáticas oficiais com 14 Estados membros da ONU, mantendo com a maioria dos países relações não oficiais⁶³ (Maizland, 2021).

Ao mesmo tempo, os diversos líderes taiwaneses têm vindo a adotar posições diferentes nesta matéria: por um lado, os que defendem que Taiwan é um país soberano e independente, separado da China continental, e que não há

⁶³ Consultar, sobre as relações diplomáticas, a página oficial do Ministério dos Negócios Estrangeiros da República da China (Taiwan): <https://en.mofa.gov.tw/AlliesIndex.aspx?n=1294&sms=1007>.

necessidade de uma declaração formal de independência; e os que consideram que a República da China é um país soberano e independente, incluindo Taiwan e a China continental (Scheffer, 2021).

Em todo o caso, recorda-se a entrada em vigor na China da Lei Antissecessão, em 14 de março de 2005, mediante a qual, na eventualidade de uma declaração formal de independência ou de outras ações de jure nesse sentido por parte de Taiwan, a política oficial da China será, na falta de alternativas pacíficas, o uso da força militar⁶⁴. À luz do direito internacional, teríamos nesse caso de meditar entre a defesa da integridade territorial da China e a defesa da autodeterminação externa de Taiwan.

No últimos anos a China tinha vindo a promover relações pacíficas com Taiwan, com reforço dos laços económicos, pretendendo a unificação mediante o princípio “um país, dois sistemas”, conforme a política em Macau e Hong Kong. Não obstante, em março de 2021, Johnny Chiang, na altura líder taiwanês do partido nacionalista chinês Kuomintang (KMT), rejeitou este princípio, referindo a resposta da China aos protestos em Hong Kong e o valor que os taiwaneses atribuem às liberdades políticas (Blanchard, B., & Lee, Y., 2021).

Na verdade, é possível reconduzir esta problemática, desde o seu começo, a uma só: à dimensão interna do direito de autodeterminação dos povos, isto é, do direito à democracia. Verificamos aqui, como a falta da dimensão interna daquele direito conduziu à divisão de um país em dois e poderá conduzir, em último caso, à eventual declaração de independência de uma das partes. Efetivamente, tanto poderemos estar perante a integridade territorial da China versus a autodeterminação externa de Taiwan, como, segundo nos parece, do direito à democracia do povo chinês.

⁶⁴ Consultar, sobre a Lei Antissecessão, a página oficial do Ministério dos Negócios Estrangeiros da República Popular da China: <https://www.mfa.gov.cn/ce/cegv/eng/zt/twwt/t187207.htm>.

2.3. Formulação de Questões

Recentemente, o fortalecimento de laços económicos e militares entre os Estados Unidos da América e Taiwan tem proporcionado um aumento de tensão a nível mundial. As razões explicativas são algumas, mas podemos destacar o fortalecimento de relações económicas e políticas entre a potência estadunidense e a ilha, notadamente, mediante o aumento considerável de armas vendidas a Taiwan, a aterragem de aviões militares norte-americanos no território e a passagem navios de guerra pelo estreito; bem como a resposta chinesa, designadamente, mediante o aumento de incursões militares na denominada pelo governo taiwanês Zona de Identificação da Defesa Aérea de Taiwan (Lusa, 2021).

Para um enquadramento compreensivo, recordemos que a potência americana substituiu a República da China (Taiwan), na Organização das Nações Unidas, pela República Popular da China, em 1971⁶⁵, e que reconheceu a República Popular da China como único governo legítimo da China, em 1979. Recordemos ainda que aquela potência no mesmo ano, a 10 de abril de 1979, adotou o Taiwan Relations Act⁶⁶, no qual se comprometeu com a defesa da ilha e com o fornecimento de equipamento militar. Neste contexto, sempre existiu alguma tensão, especialmente sedimentada em motivos políticos. Não obstante, tem aumentado com o crescimento da importância de Taiwan no quadro mundial, visto como território resistente de influência democrática no leste asiático.

Neste preciso sentido, para contrariar a sobredita narrativa, terá o porta-voz do Ministério dos Negócios Estrangeiros chinês, Wang Webin, na regular conferência de imprensa do Ministério, declarado que não existe um único modelo de democracia e que esta não poderia ser transformada em Coca-Cola, com o mesmo sabor em todo o mundo, privando os outros países do seu direito e liberdade de explorar o seu próprio caminho democrático. Considerando esta

⁶⁵ Resolução 2758 (XXVI), designada *Restauração dos direitos legítimos da República Popular da China nas Nações Unidas*, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a 25 de outubro de 1971. Disponível em: <https://documents.un.org/prod/ods.nsf/home.xsp>.

⁶⁶ Disponível em: <https://www.ait.org.tw>

ideia, surgem duas interrogações essenciais. Primeiro, a de saber se existe uma nova marca de democracia na China. Segundo, a de saber qual o significado-consequência deste debate político no plano jurídico internacional.

No próximo capítulo, esforçar-nos-emos por responder as estas questões, partindo de uma análise geral, sobre o que entendemos por democracia, para uma análise mais particular do caso chinês, e, por fim, para a formulação de respostas.

3. Das respostas às questões suscitadas

3.1. A democracia

Na época contemporânea, desde a publicação de *Da Democracia na América*, por Alexis Tocqueville, em 1835, já muito se discorreu sobre a democracia. Nessa medida, cientes do muito que poderíamos escrever para enquadrar devidamente o conceito, decidimos privilegiar o trabalho de um autor, assim como dilucidar apenas o essencial para efeitos do presente artigo. Com efeito, e sem prejuízo do mérito de autores outros, optámos por distinguir o trabalho empreendido por Hans Kelsen, no seu livro *A Democracia*, na medida em que apresenta noções essenciais em que nos revemos⁶⁷.

Muito sumariamente, Kelsen associa a democracia à concretização ideal de dois valores: o da Igualdade e o da Liberdade. O modelo de democracia, então, estará intimamente relacionado com o grau de liberdade e de igualdade que nele se permite, bem como com a consequente articulação dos dois valores obtidos (Kelsen, 2000), ad exemplum: com certeza, na democracia direta, o grau de liberdade é maior do que aquele que existe na democracia indireta, não obstante, nos dois casos, estarmos perante democracias. A nosso ver, o que daqui retiramos é que será possível aferir a validade de determinado modelo

⁶⁷ A análise do trabalho de Hans Kelsen sobre a democracia é particularmente interessante se tivermos em consideração a empresa do autor em *Teoria Pura do Direito*, respetivamente o contraste seguinte: a presença de um dever-ser em *A Democracia* e a ausência dele na conhecida obra jurídica; assim como a falta de divulgação daquela vertente kelsiana (Kelsen, 2018; Kelsen, 2000).

democrático pela sua capacidade de concretizar os dois valores primeiros, i.e., só existindo um mínimo aceitável de concretização daqueles valores se poderá um modelo dizer democrático.

Por outro lado, e no mesmo sentido, importa esclarecer o que se pretende dizer com a expressão modelo democrático, porquanto nos permitirá recortar o domínio do artigo sobremodo. Nesse sentido, se no Estado Moderno a democracia direta é dificilmente concretizável (Kelsen, 2000), quando neste artigo se versa sobre diferentes modelos de democracia, apenas se considera o âmbito específico das democracias indiretas; e, tratamos em concreto, as diferentes formas de realizar a legitimação do poder democrático.⁶⁸

Reconhecido que assim se sucede, e que esta legitimação pode ser realizada de diversas formas, é necessário assinalar o seguinte: independentemente de modelos de legitimação do poder democrático, a democracia terá sempre por base a representação, pois é nela que reside o mínimo aceitável de Liberdade e de Igualdade. Assim, se um novo modelo/marca de democracia existe na China, só se o poderá aferir por referência a este parâmetro: existe um mínimo aceitável de representação?

3.2. O Modelo Chinês de Democracia

Para melhor contextualizarmos o modelo chinês e a possibilidade de configurar uma nova marca de democracia, considerando a ideia do mínimo aceitável de representação, decidimos tomar em consideração o trabalho de dois autores, com notável projeção no debate académico internacional, na medida em que apresentam contributos excepcionais para o afinamento da questão. Por um lado, Rory Truex, cuja investigação nos leva a questionar se pode existir um mínimo aceitável de representação em regimes autocráticos, tomando como caso de estudo a China. Por outro lado, Daniel A. Bell, cuja interpretação do modelo político daquele país, à luz dos conceitos de democracia e de

⁶⁸ Sobre as diferentes formas de legitimar o poder democrático, ver Canotilho, 2003; e Cunningham, 2009.

meritocracia, se provará instrumental para ajuizar a existência – ou não – de um novo modelo democrático.

No que diz respeito ao dissertado por Rory Truex, no livro *Making Autocracy Work*, podemos destacar uma análise teórica que nos conduz à articulação de três termos: o cidadão, o deputado e o autocrata, assim como uma empresa empírica que nos permite a dilucidação de cada um dos termos, especialmente o segundo, i.e., é através da figura do deputado, membro do Congresso Nacional do Povo, que o autor, analisando as propostas de deputados e a sua aceitação – ou não – pelos líderes da Província, defende existir representação no Congresso Nacional do Povo⁶⁹ (Truex, 2016). Não obstante, desenvolve o conceito de *Representation within Bounds*: um padrão comportamental em que os deputados refletem os interesses dos que representam numa larga margem de assuntos, sem que o façam nos temas sensíveis ao regime, ad exemplum: exigências de reformas democráticas (Truex, 2016).

Por outro lado, Daniel A. Bell, no livro *O Modelo Chinês*, critica o princípio “uma pessoa, um voto”, na medida em que permite a subida ao poder de candidatos, proporcionada por factores que em nada estão relacionados com o mérito⁷⁰. O autor explica como, no modelo chinês, o facto dos governantes terem de passar por um longo processo de aferição de capacidades políticas – desde o nível básico até ao nível municipal, distrital, seguindo-se o ministerial ao nível da província, o Comité Central, o Politburo e, por último, o Comité Permanente do Politburo – poderá legitimar mais adequadamente o poder político do que o processo eleitoral. De tal sorte, aponta a importância desta forma de legitimação do poder, a que designa meritocracia política⁷¹, para a prossecução do bem

⁶⁹ O Congresso Nacional do Povo é o órgão legislativo mais importante da República Popular da China.

⁷⁰ O autor aponta inúmeras críticas às democracias eleitorais, i.e., às democracias que adotam o sistema “uma pessoa, um voto”, como o facto de os candidatos serem maioritariamente escolhidos de forma irracional ou o conhecido argumento, iniciado por Stuart Mill e continuado por Tocqueville, da tirania da maioria (Bell, 2017; Mill, 2021; Tocqueville, 2008).

⁷¹ A meritocracia política, para o autor, é a ideia de que o “sistema político deve ser concebido para escolher dirigentes com capacidades e virtudes superiores” (Bell, 2017, p.145).

comum⁷². Por fim, reconhecendo de igual modo as debilidades da meritocracia chinesa⁷³, defende que se una a meritocracia à democracia, propondo três modelos de meritocracias democráticas⁷⁴ (Bell, 2017).

3.3. Formulação de Respostas

O ponto de partida terá sido sempre a questão de saber se existe na China uma nova marca de democracia e, sintomaticamente, o significado-consequência deste debate político no plano jurídico internacional.

Com efeito, começemos por responder à primeira questão, refletindo sobre os contributos supra mencionados de Rory Truex, em primeiro lugar, e Daniel A. Bell, sucessivamente. Ora, a nosso ver, quanto ao conceito de Representation within Bounds, de Rory Truex, diremos que não existe na China, ainda assim, um mínimo aceitável de representação, pois se as falhas de representação que existem, como o autor sublinhou, ocorrem nos temas mais sensíveis, não se pode com justeza defender a existência daquele parâmetro. Por outro lado, quanto ao argumento de Daniel A. Bell que indica a meritocracia como modo de legitimação do poder eficaz, negamo-lo com veemência. De facto, não podemos contrapor ao regime democrático o, designado pelo autor, regime meritocrático⁷⁵, sob pena de se confundir legitimação de competência governativa com legitimação de poder soberano. Em suma, podemos dizer com segurança que não existe uma nova marca de democracia na China.

Assim, cabe agora responder à questão segunda, a de saber o significado-consequência deste debate político no plano jurídico internacional.

⁷² O autor estabelece a ascensão económica da China como causa de bem estar social (Bell, 2017).

⁷³ Note-se algumas debilidades da meritocracia chinesa mais significativas, segundo o autor: permite violações de direitos humanos, perseguição de dissidentes políticos, proibição de criar partidos, falta de liberdade de imprensa (Bell, 2017).

⁷⁴ Os modelos propostos consistem em aglomerações compreensivas do que possam ser consideradas qualidades dos dois regimes, na perspetiva do autor (Bell, 2017).

⁷⁵ De facto, o regime democrático – onde o poder reside no povo – poderá contrapor-se ao regime tirano – onde apenas um detém o poder – ou ao regime oligarca – onde somente alguns detêm o poder. A China, no momento, considerando as alterações constitucionais de 2015, dir-se-á, segundo a definição clássica aristotélica, uma tirania (Aristóteles, 2009).

Comecemos a partir de uma pergunta: se não existe um novo caminho democrático na China, por que motivo é que os representantes chineses persistem em dizer-se em um?

Segundo o que nos parece, e demonstrando o significado-consequência deste debate político no plano jurídico internacional, porque o regime democrático não é apenas um regime político, mas um regime de Direito, i.e., é aquele tipo de regime capaz de concretizar os fins de Direito, o mesmo seria dizer, alicerçado em um plano axiológico de Liberdade e Igualdade que concretiza da melhor forma possível o fim a que o Direito se destina: o da realização de Justiça. O que isto significa é que as consequências das insuficiências conceptuais do direito de autodeterminação dos povos, da falta de reconhecimento de um direito à democracia, não deixarão de se manifestar, seja pelo aumento de revoltas localizadas, seja pelo aumento de pressão internacional. De outro modo, acreditamos que o direito à democracia, mais tarde ou mais cedo, será reconhecido no plano jurídico internacional. Neste exato sentido, debates políticos conduzidos publicamente por meio da imprensa mundial serão tudo menos inconsequentes para quadro jurídico internacional.

Conclusão

Tudo visto e ponderado, e em razão da sua pertinência, é mister elaborar as reflexões finais à luz de uma preleção conhecida do Senhor Professor Doutor José Gomes Canotilho:

A autodeterminação precede o Estado de Direito e precede a democracia: ela é o momento verdadeiramente fundacional de qualquer comunidade constituída como Estado democrático de direito. O cumprimento das pré-condições políticas jurídico-internacionalmente reconhecidas permite também estabelecer uma clara indissociabilidade entre a “forma de Estado” interna e a sua “imagem” na ordem jurídica internacional. Por outras palavras, que colhemos em Hans Kelsen: existe uma correspondência tendencial entre “State-Form” e “World-Outlook” (Canotilho, 2003, p. 233).

De facto, observando com atenção os eventos recentes no quadro jurídico e político internacional, parece-nos o excerto supra citado conformador do que temos vindo a versar, pois encerra devidamente a relação ineliminável entre autodeterminação, direito e democracia; bem como entre o direito interno dos Estados e a sua forma de se apresentar no panorama internacional. Concluimos pois, sem dificuldade, a importância do debate político neste contexto, assim como da alusão estratégica ao pluralismo democrático por parte de representantes chineses, reconhecendo de igual modo que pluralismo democrático é inexoravelmente incompatível com regimes autocráticos e que, nesses precisos termos, não é possível confundir-se os dois.

Ipsa facto, o caso de Taiwan, continuará a afirmar-se no debate académico e político internacional, na medida em que é paradigmático e fundamentante das insuficiências da retórica chinesa – tanto na sua política interna, como na sua política externa – e da abrangência do direito de autodeterminação dos povos – da falta de reconhecimento da sua dimensão interna.

Quanto à concretização de facto de um direito à democracia, primo conspecto, poderíamos considerar-nos longe de um tal resultado, contudo, atentos a estes pequenos sinais que se vão desvelando política e estrategicamente, sempre diremos que não.

De resto, dir-se-á que o objetivo primeiro da presente investigação terá sido sempre uma reflexão inovadora sobre a ideia democrática, e, considerando a análise empreendida, a par do mote que nos norteou, julgamos ter podido alcançá-la. Em obediência a esta ideia, ultima analysis, resta-nos responder à declaração paradigmática do porta-voz do Ministério dos Negócios Estrangeiros chinês, Wang Webin, na regular conferência de imprensa do Ministério, a dezanove de outubro do ano corrente: “One should not try to turn democracy into Coca-Cola”. Para tanto, apresentamos a modesta resposta, no mesmo idioma, com a mesma metáfora: One should not try to turn democracy into Coca-Cola, one should not try to turn democracy into something that is not.

Bibliografia Relevante

Aristóteles (2009). *Política*. Lisboa: Editora Nova Vega

Bell, D. (2017). *O Modelo Chinês*. Lisboa: Gradiva.

Bueno, N. (2015). *Le droit de prendre son destin en main: Le droit international de la démocratie et l'avenir des Droits politiques*. Berne: Stämpfli Editions.

Canotilho, J. (2003). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina.

Cassese, A. (1995). *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*. Cambridge: Cambridge University Press.

Cunningham, F. (2009). *Teorias da Democracia*. Porto Alegre: Artmed.

Frank, T. (1992). *The Emerging Right to Democratic Governance*, *The American Journal of International Law*, Vol. 86, 46-91.

Grimm, S. (2004). *Veröffentlichungsreihe der Abteilung Demokratie: Strukturen, Leistungsprofil und Herausforderungen des Forschungsschwerpunkts Zivilgesellschaft, Konflikte und Demokratie*, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, Discussion Paper SP IV 2004-201, 1-25.

Kelsen, H. (2000). *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes.

Kelsen, H. (2018). *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes.

Lopes, J. (2003). *Entre Solidão e Intervencionismo: Direito de Autodeterminação dos Povos e Reações de Estados Terceiros*. Porto: Universidade Católica Editora.

Lopes, J. (Ed.). (2019). *Regimes Jurídicos Internacionais: Volume I*. Porto: Universidade Católica Editora.

Mill, J. S. (2021). *Sobre a Liberdade*. Lisboa: Edições 70.

Oeter, S. (1992). *Selbstbestimmungsrecht im Wandel: Ueberlegungen zur Debatte um Selbstbestimmung, Sezessionsrecht und "vorzeitige" Anerkennung*. *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 52, 760-761.

Tocqueville, A. (2008). *Da Democracia na América*. Lisboa: Relógio D'Água Editores.

Tomuschat, C. (1993). *Modern Law of Self-Determination*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.

Trifunovska, S. (1997). One Theme in Two Variations: Self Determination for Minorities and Indigenous Peoples. *International Journal on Minority and Group Rights*, 5(2), 175-197.

Truex, R. (2016). *Making Autocracy Work*. Cambridge: Cambridge University Press.

Links Relevantes

Blanchard, B., & Lee, Y. (2021, 2 de março). Taiwan opposition chief in no rush for China meeting. Reuters. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-taiwan-politics/taiwan-opposition-chief-in-no-rush-for-china-meeting-idUSKCN2AU0IV>.

Lusa (2021, 5 de outubro). Taiwan anuncia maior incursão de aviões militares da China. Público. Disponível em: <https://www.publico.pt/2021/10/05/mundo/noticia/taiwan-denuncia-maior-incursao-avioes-militares-china-1979923>.

Maizland, L. (2021, 10 de maio). Why China-Taiwan relations are so tense. Council on Foreign Relations. Disponível em: <https://www.cfr.org/backgrounder/china-taiwan-relations-tension-us-policy>.

Scheffer, D. (2021, 23 de novembro). Does Taiwan have the right of self-defense? Council of Foreign Relations. Disponível em: <https://www.cfr.org/article/does-taiwan-have-right-self-defense>.

A responsabilidade penal do administrador e os programas de Compliance: aportes dogmáticos acerca da possibilidade de isenção ou mitigação da pena

INDIVIDUAL CRIMINAL LIABILITY AND COMPLIANCE PROGRAMS: DOGMATIC CONTRIBUTIONS ABOUT THE POSSIBILITY OF EXEMPTION OR MITIGATION OF THE PENALTY

Francis Rafael Beck⁷⁶

Fabrizio Bon Vecchio⁷⁷

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. A responsabilidade penal do administrador diante da violação dos seus deveres de garantia; 3. O efeito preventivo do compliance e a possibilidade de afastamento e mitigação da responsabilidade penal do administrador a partir de um programa efetivo; 4. Considerações finais.

Resumo: Os programas de compliance representam um estado dinâmico de conformidade a orientações normativas (internas e externas) desenvolvidos, implementados e executados a partir de um sistema complexo de políticas, controles internos e procedimentos destinados a garantir que a organização se mantenha em um estado de integridade normativa e ética. O criminal compliance, por sua vez, enquanto um dos enfoques do programa, tem por finalidade assegurar o cumprimento das normas de natureza jurídico-penal e a prevenção de riscos. Nesse contexto dos programas de conformidade, a análise da responsabilidade penal do administrador adquire novos contornos e complexidades, especialmente relacionados à omissão imprópria, não apenas a partir da teoria da delegabilidade das funções - e, conseqüentemente, dos deveres de garantia - mas também pela criação da figura de um responsável pelo cumprimento (compliance officer), a quem a alta administração delega deveres de vigilância e fiscalização sobre determinados riscos empresariais (os escolhidos para integrar o programa de compliance). Embora os benefícios penais decorrentes de um programa de compliance efetivo venham sendo analisados, quase que exclusivamente, a partir do viés da pessoa jurídica, é possível e adequado sustentar que, sob determinadas circunstâncias concretas, a exclusão ou mitigação da responsabilidade penal também possa ser alcançada aos administradores, especialmente nos crimes comissivos por omissão. A

⁷⁶ Advogado, Mestre e Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Pós-doutorado em Coimbra. E-mail: francis@francisbeck.com.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4086-7958>.

⁷⁷ Advogado, Mestre e Doutorando pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. E-mail: fabrizio@vecchioassociados.com.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9519-2492>

proposta defendida no presente artigo é a de que o criminal compliance, a partir de um programa efetivo pode (e deve) produzir efeitos de exclusão e mitigação da responsabilidade penal, não apenas em relação à pessoa jurídica, mas também em relação ao administrador, delimitando regras que permitam o afastamento do fato típico (especialmente em razão da análise do agir esperado como garantidor, imputação objetiva – risco permitido e tolerado e princípio da confiança – e subjetiva), antijuridicidade (causa de lege ferenda ou mesmo uma causa supralegal) e culpabilidade, ou abrandamento da punibilidade, sem descurar de outros benefícios processuais ou inovações legislativas.

Palavras-chave: Compliance. Criminal compliance. Responsabilidade penal.

Abstract: Compliance programs represent a dynamic state of compliance with regulatory guidelines (internal and external) developed, implemented and executed from a complex system of policies, internal controls and procedures designed to ensure that the organization remains in a state of regulatory integrity and ethics. Criminal compliance, in turn, as one of the focuses of the program, aims to ensure compliance with the rules of a criminal-law nature and the prevention of risks. In this context of compliance programs, the analysis of the administrator's criminal liability acquires new contours and complexities, especially related to improper omission, not only from the theory of the delegability of functions - and, consequently, from the guarantee duties - but also by the creation the figure of a person responsible for compliance (compliance officer), to whom senior management delegates duties of oversight and inspection of certain business risks (those chosen to be part of the compliance program). Although the criminal benefits arising from an effective compliance program have been analyzed, almost exclusively, from the perspective of the legal entity, it is possible and appropriate to sustain that, under certain concrete circumstances, the exclusion or mitigation of criminal liability can also be achieved to administrators, especially in commission crimes of omission. The proposal defended in this article is that criminal compliance, from an effective program can (and should) produce effects of exclusion and mitigation of criminal liability, not only in relation to the legal entity, but also in relation to the administrator, delimiting rules that allow the departure from the typical fact (especially due to the analysis of the expected act as guarantor, objective imputation - allowed and tolerated risk and principle of trust - and subjective), anti-legality (cause of lege ferenda or even a supralegal cause) and culpability, or mitigation of punishment, without neglecting other procedural benefits or legislative innovations.

Keywords: Compliance. Criminal Compliance. Criminal Liability.

1. Considerações iniciais

Os compliance programs têm recebido grande destaque no cenário empresarial e jurídico, representam uma realidade cada vez mais consolidada, seja em razão de imposições normativas ou regulamentares, seja pela própria busca espontânea de uma cultura de conformidade e ética, sempre atenta aos benefícios (reais ou projetados) dela decorrentes. Como uma área específica dos programas de compliance, o criminal compliance abrange a prevenção aos riscos de conformidade e de lesão a bens jurídicos de relevância penal. Ao mesmo passo, estabelece discussões práticas e dogmáticas quanto a sua repercussão no campo da responsabilização penal na hipótese de falha do programa que importe no cometimento de um crime.

Nesse contexto, o presente artigo realiza uma análise das particularidades da responsabilidade penal dos administradores a título de omissão imprópria, no âmbito de um programa de conformidade, com especial destaque à teoria da delegabilidade das funções, em uma perspectiva de afastamento e mitigação da responsabilização penal.

O tema do artigo, portanto, é a responsabilidade criminal do administrador no âmbito de um programa de compliance. A justificativa reside na atualidade e na complexidade da temática, bem como nos efeitos práticos que podem advir por conta da elaboração, implementação e execução de um programa de cumprimento. O problema do presente ensaio é verificar quais são as particularidades da possibilidade de afastamento ou mitigação da responsabilidade penal do administrador em um programa de compliance. Como hipótese, essa responsabilidade se ampara nas especificidades dogmáticas e práticas do compliance e da delegação de funções, que justifica o eventual afastamento ou abrandamento da responsabilidade penal do administrador. O objetivo, portanto, é responder adequadamente ao problema, confirmando ou não a hipótese. Quanto à metodologia, o artigo adota o método de abordagem dialético e a técnica de pesquisa a documentação indireta, especialmente documental e bibliográfica.

2. A responsabilidade penal do administrador diante da violação dos seus deveres de garantia

De acordo com Silva Sánchez, são quatro os elementos a serem analisados para a imputação da responsabilidade aos administradores das empresas por delitos comuns: (1) inversão do princípio clássico do executor direto como principal responsável, com os problemas de atribuição da responsabilidade ao inferior hierárquico (por razões como o erro e o estado de necessidade); (2) irrelevância jurídico-penal da ostentação meramente formal da condição de administrador; (3) identificação da forma de atribuição da responsabilidade a um superior hierárquico (comissão – autoria mediata – e comissão por omissão); (4) consequências do fenômeno da delegação de competências (Silva Sánchez, 2016).

Por uma opção metodológica, o presente artigo não tratará da imputação penal do administrador a título comissivo, doloso ou culposo, individual ou coletivo, mas apenas a título omissivo, mais precisamente a modalidade de omissão imprópria do gestor. Justifica-se essa opção, em primeiro lugar, porque o cometimento de um crime através de uma ação, em autoria ou participação, pouca ou nenhuma relevância confere a um programa de compliance. Em segundo lugar, porque em relação aos efeitos da exclusão ou mitigação da responsabilidade penal individual decorrentes de um programa de cumprimento, não parece fazer maior sentido que a discussão se dê a partir da comissão de um delito (justamente o que o programa busca evitar), mas sim a partir dos deveres de garantia do administrador, devidamente moldados com base na realidade e circunstâncias do compliance.

Fixados esses pressupostos de delimitação do objeto, tem-se que a comissão por omissão, no âmbito da empresa, permite estimar que cometem os delitos por omissão os chamados “homens de trás”, superiores hierárquicos que não atuam para impedir a produção de um determinado fato delitivo. Para configuração dessa responsabilidade são necessários os seguintes requisitos:

(a) que o fato (situação de perigo) esteja no seu âmbito de competência (posição de garantia); (b) que pudesse e devesse ter agido de acordo com o compromisso adquirido de controlar os correspondentes fatores de risco; (c) que, ao fazê-lo, pudesse evitar a produção do fato lesivo; (d) que se verifique a imputação subjetiva (dolo e, excepcionalmente, culpa) (Silva Sánchez, 2016).

A ideia básica da imputação em comissão por omissão no ambiente empresarial é a de que a estrutura hierárquica e a divisão funcional do trabalho na empresa geram âmbitos de competência individual e, em consequência, a responsabilidade de pessoas em particular, que passam a ser responsáveis pelos fatos que nela surjam, independentemente do subordinado que diretamente executem as tarefas. Essa responsabilidade de controle dos riscos a bens jurídicos no respectivo âmbito de competência refere-se apenas às atividades afins da empresa e aos fatos que possam ser evitados mediante uso dos mecanismos da sua posição. Logo, não se trata de uma genérica posição de garantia do administrador em relação a todos os delitos que possam ocorrer na atividade empresarial (Silva Sánchez, 2016).

As posições de garantia podem ser divididas, segundo a direção dos deveres, em garantia de proteção de um bem jurídico (função de proteção e deveres de proteção) e em garantia de vigilância sobre fontes de perigo (função de vigilância e deveres de controle e vigilância). Em ambos os casos o garantidor deve agir para evitar o resultado ofensivo ao bem jurídico ameaçado, seja porque deve defendê-lo (garantidor de proteção), seja porque deve controlar e conter a fonte de perigo (garantidor de vigilância), não sendo incomum que haja duplicidade ou sobreposição desses deveres (Estelitta, 2017). Na atividade empresarial, os deveres de garante a serem considerados competem originariamente ao empresário, que é quem constrói, fabrica, transporta, comercializa, enfim, realiza o objeto social da pessoa jurídica, obtendo em contrapartida o correspondente lucro. No entanto, essas tarefas não são realizadas diretamente por ele, apenas de modo mediato na medida em que delega sua realização a outras pessoas. Junto com a tarefa, delega boa parte da

responsabilidade pela sua execução, convertendo o delegado em garante dos riscos derivados da atividade (Gómez-Aller, 2013).

Assim, serão garantidores originários na empresa aquelas pessoas que tenham uma relação juridicamente fundada de controle sobre a fonte de perigo, confirmada pela assunção fática dessas tarefas, devendo ficar claro que a mera designação nos documentos da empresa será irrelevante se não corresponder ao seu exercício fático (Estelitta, 2017). Logo, a realidade deve primar sobre a aparência, de forma que, para a determinação das esferas de competência no interior da empresa, a sua organização formal (organograma e descrição de cargos) constitui o ponto de partida e não a resposta definitiva para apuração de responsabilidades. De fato, a posição hierárquica não basta, por si só, para fundar a responsabilidade por omissão imprópria, sendo necessário a existência de uma efetiva assunção da função que se vincule à garantia (Hernandez Basualto, 2010).

Como afirma Nieto Martín, nos delitos praticados no âmbito das empresas os responsáveis individuais diretos da lesão não costumam ser membros da alta administração, mas sim dos quadros técnicos, executivos ou administradores de nível baixo ou médio, haja vista que o processo de delegação de funções determina que os níveis superiores não realizem, como regra, atividades operacionais, mas apenas a supervisão (Nieto Martín, 2019). Assim, um fenômeno decisivo nas organizações complexas é a delegação de competências ou funções, conduta através da qual um sujeito de hierarquia superior (delegante) transfere a um subordinado (delegado) uma parte maior ou menor da sua competência (não sendo admitida a delegação por completo uma vez que existem competências indelegáveis). A delegação de funções relacionada com a divisão de tarefas reconfigura as esferas de responsabilidade entre delegante e delegado. Por um lado, constitui uma nova posição de garantia primária na pessoa do delegado e, por outro, promove certa exoneração de responsabilidade em favor do delegante. Isso porque, o delegante não se libera por completo da sua responsabilidade quanto ao objeto da delegação, pois mantém uma posição de garantia secundária (ou residual) amparada em competências de seleção,

informação, formação, dotação de meios, controle, vigilância e coordenação sobre a atividade do delegado. Essas competências, embora chamadas de residuais, não se mostram menos importantes (Silva Sánchez, 2016). Em suma, mesmo que ocorra a delegação, o administrador não extingue sua posição de garante, apenas a modifica, pois os deveres de controle e evitação de resultados lesivos se transformam em deveres de supervisão e vigilância da atividade do delegado (Gómez-Aller, 2013).

As variáveis fáticas, no entanto, são as mais diversas, razão pela qual a determinação da responsabilidade dos administradores de uma empresa deve partir de uma concreta estrutura organizacional, sendo necessário esclarecer não apenas a hierarquia e a divisão de trabalho, mas a também a delegação de funções ou competências (Silva Sánchez, 2016).

Devidamente identificadas as funções de cada pessoa relacionada à empresa, (a) o indivíduo pode responder penalmente porque omite a contenção de um curso de risco que gera um resultado delitivo (inclusive a conduta delitiva de outro), gerando a responsabilidade a título de autor caso ostente uma posição de garantia (na empresa, como visto, ostentam uma posição de garantia quanto aos riscos próprios da atividade empresarial, como regra, o administrador e seus delegados); (b) cada delegante ostenta uma posição de garantia, consistindo seu dever em supervisionar o delegado e corrigi-lo caso não desempenhe corretamente sua função; (c) um indivíduo sem posição de garantia pode responder penalmente por sua omissão a título de participação (não como autoria, mas como contribuição dolosa ao delito de outro), o que ocorrerá, no âmbito da empresa, quando de forma dolosa descumprir um dever que não era de garantia e facilitou a prática de um delito (Lascuráin Sánchez, 2019).

Desse modo, por menor que seja a contribuição para o delito - desde que dolosa ou culposa, se for o caso - são responsáveis não apenas os executantes, mas também aqueles que detêm um dever de garantia e poder de decisão em virtude da organização vertical de responsabilidades e divisão horizontal das tarefas (Silva, 2008).

3. O efeito preventivo do compliance e a possibilidade de afastamento e mitigação da responsabilidade penal do administrador a partir de um programa efetivo

O criminal compliance envolve a redução de crimes (prevenção) e o afastamento ou mitigação da responsabilidade penal na hipótese de cometimento de um delito. De fato, em um primeiro momento, quando existe a decisão empresarial de adoção de um programa de compliance que englobe o criminal compliance, claramente a expectativa não é a de um incremento de imputação penal, seja no que tange ao cometimento de crimes, seja em relação a um aumento das pessoas a serem responsabilizadas (especialmente os administradores) ou do quantum de sancionamento. O que se busca, em essência, é justamente o contrário, ou seja, que o cumprimento criminal evite que os crimes ocorram, hipótese em que sequer se discutirá eventual responsabilidade penal.

Nesse panorama, o compliance centra-se na identificação das normas jurídico-penais com maior probabilidade de violação por parte da empresa, assim como na determinação do que deve ser feito para prevenir a comissão de fatos delitivos ou, caso isso não seja possível, evitar que a imputação penal se expanda na estrutura empresarial (Garcia Caveró, 2014).

Um sistema de controle preventivo das normas, portanto, implica em um giro da orientação prática tradicional do direito penal, assim como da atuação do penalista, que passa a ser orientada à prevenção dos riscos normativos a que estão expostas as empresas, bem como de ataques desde dentro e fora (Bacigalupo, 2011).

Assim, uma vez verificado o cometimento de um crime por terceiro no contexto de um criminal compliance, importa analisar qual é o papel que os programas e deveres de compliance desempenham para fins de atribuição de responsabilidade penal em relação não só às pessoas jurídicas, mas especialmente quanto aos seus administradores (Rodrigues, 2019). Isso porque, afóra o já referido efeito preventivo, o criminal compliance, em primeiro lugar,

pretende afastar a responsabilidade penal da empresa e, num segundo momento, pode ser analisado como um benefício a partir da responsabilidade individual dos administradores e colaboradores (delegados) decorrentes da omissão do cumprimento dos deveres do programa (Rodrigues, 2019), uma vez que representa, em muitas matérias, parte do dever de cuidado do empresário (Nieto Martín, 2019).

A proposta aqui defendida, portanto, é a de que o criminal compliance, a partir de um programa efetivo pode (e deve) produzir efeitos de exclusão e mitigação da responsabilidade penal, não apenas em relação à pessoa jurídica, mas também em relação à pessoa do administrador, delimitando regras que permitam o afastamento do fato típico (especialmente em razão da análise do agir esperado como garantidor, imputação objetiva e subjetiva), antijuridicidade e culpabilidade, ou abrandamento da punibilidade.

No que tange ao afastamento da responsabilidade em razão da limitação do dever de garante, de se destacar que os programas de compliance apresentam novas questões relacionadas à repartição de responsabilidades no âmbito empresarial, em especial no que diz respeito às implicações sobre um eventual dever de garantia dos administradores (Sousa, 2019), pois esses programas formalizam a delegação de funções no âmbito empresarial (Nieto Martín, 2019).

Como já afirmado, aos dirigentes da empresa, como regra, é imposto o dever de vigiar que os riscos criados pela atividade empresarial não levem à realização de fatos delitivos. Nessa lógica, quando ocorre um delito no âmbito da empresa, o fato de a organização contar com um programa de cumprimento normativo, desde que efetivo, permitirá demonstrar que a situação de infração da norma penal escapou da possibilidade razoável de vigilância dos dirigentes da empresa e, portanto, não se verificariam as condições suficientes para a responsabilização penal (Garcia Caveró, 2014).

Em termos dogmáticos poder-se-ia afirmar que os riscos de infração penal que excedem o que um criminal compliance pode razoavelmente evitar ficariam dentro do risco permitido ou tolerado em relação à atividade empresarial, já que

em uma sociedade de riscos é impossível prescindir de certos níveis de risco tolerado (Garcia Caveró, 2014). Dessa forma, também possível a abordagem da exclusão ou mitigação da responsabilidade penal do administrador a partir da teoria da imputação objetiva, mais precisamente na ideia de ausência de criação ou incremento de um risco não permitido ou não tolerado.

No mesmo âmbito da imputação objetiva, uma vez implementado um programa de cumprimento eficaz, o princípio da desconfiança que rege as relações verticais é substituído pelo princípio da confiança, por força do qual os administradores podem confiar que não se produzirá um fato lesivo, salvo se existirem sérios indícios em contrário (que o funcionamento do próprio programa de cumprimento deve identificar) (Silva Sánchez, 2016).

Em relação à tipicidade subjetiva, pode-se afirmar que nos crimes dolosos, a ausência de conhecimento das atividades delitivas praticadas pelos subordinados ou inferiores hierárquicos impede a responsabilidade do superior, por mais que, objetivamente, ele possa ser responsabilizado por não haver exercido o seu dever de controle ou supervisão com o fim de impedir o comportamento (Nieto Martín, 2019).

Ademais, como as modalidades de tipicidade subjetiva dependem do grau de conhecimento que os administradores possuem da situação de perigo, a fragmentação da informação tornará mais comum que o desconhecimento decorra da falta de cuidado, ou seja, uma conduta culposa, raramente prevista tipicamente no direito penal empresarial (Estelitta, 2017).

Por outro lado, quando o administrador deliberadamente criar obstáculos ao conhecimento dos riscos submetidos ao seu dever de garantia, dificultando o acesso e a comunicação por parte do delegado responsável pelo compliance, tal fato poderá configurar o dolo eventual ou mesmo a (criticada) cegueira deliberada como justificadora do elemento subjetivo na imputação do delito a título de omissão imprópria, não sendo suficiente para o afastamento da sua responsabilidade a alegação de desconhecimento do risco ou invocação da delegação do controle do risco a terceiro.

No campo da antijuridicidade, o programa de compliance também pode ter efeitos limitadores da responsabilidade penal individual (Sieber, 2013), a partir de uma excludente específica ou de uma causa supralegal de exclusão da antijuridicidade.

A culpabilidade do administrador igualmente pode ser um fator de análise a partir de um programa de integridade. Isso porque a estrutura normativa da responsabilidade penal individual na criminalidade de empresa tem como referência os casos em que é reunida a informação, o poder de decisão e um comportamento executivo (Estelitta, 2017). Assim, a ocorrência de um crime não detectado pelo administrador no contexto de um programa de compliance efetivo também pode importar na ausência de reprovação da conduta com amparo na inexigibilidade de conduta diversa.

Por fim, não sendo o caso de afastamento da responsabilidade penal do administrador, o programa de compliance pode ser utilizado como forma de redução da intensidade da reprovação, a serem utilizados quando da fixação da pena.

A ausência de regulamentação normativa, precedentes jurisprudenciais ou entendimento doutrinário consolidado tornam a utilização das possibilidades aqui trazidas um tema ainda nebuloso, muito mais no plano da expectativa do que no da realidade.

O papel desempenhado pelos administradores da empresa deverá ser analisado caso a caso, a fim de que possa ser apurada eventual responsabilização penal, sendo que não se deve partir de modelos jurídicos pré-estabelecidos para adequá-los à realidade, mas sim o contrário. Isso porque é legítimo e justificado questionar se a descentralização dos processos de decisão não retira dos administradores o efetivo domínio da organização ao ponto de gerar uma espécie de responsabilidade criminal meramente funcional, que decorre objetivamente das funções exercidas (Sousa, 2019).

Dessa forma, como afirma Aires de Sousa (Sousa, 2019) em relação aos estudos de autoria e coparticipação no contexto empresarial, também em relação às implicações do afastamento ou redução da responsabilidade penal no

contexto de um programa de compliance, especialmente quando direcionados ao administrador, as perguntas tendem a superar as respostas, uma vez que grande parte dos problemas decorrem da complexa estrutura a que está vinculada a atividade empresarial os entes empresariais atuais. Diante desse contexto, os princípios e categorias clássicos do direito penal podem e devem ser chamados a participar da resolução destas dificuldades, contudo, necessitam ser repensadas no quadro específico do contexto empresarial dos programas de compliance, de modo a serem refletidos o mais fielmente possível no plano jurídico.

Na medida em que se mostrem efetivos, através de avaliações que somente podem ser feitas no processo de decisão do caso concreto, como aqui analisado, os programas de compliance poderão, na prática, ter impacto na avaliação da responsabilidade individual e da determinação das sanções aplicáveis (Mendes, 2018).

4. Considerações Finais

O direito, por essência, tem a finalidade de que todas as pessoas, físicas e jurídicas, cumpram as normas estabelecidas. No entanto, ultrapassadas as possibilidades do Estado regular adequadamente todas as áreas em que deve atuar, a autorregulação se mostra uma evolução na disciplina e controle do âmbito empresarial.

O termo compliance, embora relacionado a um mecanismo complexo e estruturado de integridade e conformidade às normas em geral, possui especificidades relacionadas a cada área identificada como relevante na matriz de riscos da empresa (ambiental, tributária, trabalhista, regulatória, penal etc.).

Nesse sentido, o criminal compliance, destinado à identificação, vigilância e controle dos riscos de natureza penal, pressupõe duas análises fundamentais, quais sejam, a observância das normas jurídico-penais (muitas vezes relacionadas a normas jurídicas de outras áreas, o que aumenta a complexidade da tarefa), com o fim de evitar a prática de crimes (análise preventiva), e as

consequências penais decorrentes da prática de um crime não evitado pelo programa de cumprimento (análise punitiva).

No âmbito dos programas de cumprimento penal, a responsabilidade criminal do administrador da empresa, tema já há muito discutido no âmbito do direito penal empresarial, sob o enfoque da omissão imprópria, é afetado por três razões fundamentais: (a) verificação de um organograma e descrição de cargos que usualmente se mostra mais minucioso, colaborando na identificação dos indivíduos com funções de garantia, assim como da cadeia de delegação das referidas funções (com a manutenção dos deveres de vigilância e fiscalização do delegado pelo delegante); (b) o surgimento específico da figura do compliance officer, responsável pela estruturação, implementação e execução do compliance, com o consequente dever de controle dos riscos relacionados ao programa (e, via de regra, sem funções executivas, o que lhe retiraria a condição de garante); (c) uma certa privatização do controle e investigação das denúncias, recebidas através dos canais de denúncia e apuradas pelas investigações internas (ou seja, o sistema penal atuaria apenas *ex post*, a partir dos fatos e provas apresentados pela empresa), o que permitiria um direcionamentos dos responsáveis pelo fato e, conseqüentemente, uma preservação da pessoa jurídica ou da alta administração.

Quando existe a decisão empresarial de adoção de um programa de cumprimento que englobe o criminal compliance, resta claro que a expectativa não é a de um incremento de imputação penal, seja no que tange ao aumento das pessoas responsabilizadas (especialmente em relação aos dirigentes), seja em relação ao quantum de apenamento.

O que se busca, em essência, é justamente o contrário, ou seja, que o cumprimento criminal evite que os crimes ocorram, caso em que sequer se discutirá eventual responsabilidade penal. Caso se verifique eventual falha, vinculada ao cometimento de um delito, o programa de compliance pode servir como um instrumento de defesa para a imputação criminal, seja afastando a responsabilidade (em relação à pessoa jurídica ou a algumas ou todas as pessoas físicas a ela vinculadas), seja a mitigando. O criminal compliance,

portanto, por uma questão lógica, gera a expectativa de uma redução da carga penal sobre a conduta da empresa e das pessoas a ela vinculadas.

A proposta defendida no presente artigo é a de que o criminal compliance, a partir de um programa efetivo pode (e deve) produzir efeitos de exclusão e mitigação da responsabilidade penal, não apenas em relação à pessoa jurídica, mas também em relação à pessoa do administrador, delimitando regras que permitam o afastamento do fato típico (especialmente em razão da análise do agir esperado como garantidor, imputação objetiva – risco permitido e tolerado e princípio da confiança – e subjetiva), antijuridicidade (causa de lege ferenda ou mesmo uma causa supralegal) e culpabilidade, ou abrandamento da punibilidade, sem descuidar de outros benefícios processuais ou inovações legislativas.

No que tange ao afastamento ou mitigação da responsabilidade em razão da limitação do dever de garante, o fato de a organização contar com um programa de cumprimento normativo, desde que efetivo, permitirá sustentar que a situação de infração da norma penal escapou da possibilidade razoável de vigilância dos dirigentes da empresa e, portanto, não se verificariam as condições suficientes para a responsabilização penal.

Os riscos de infração penal que excedem o que um criminal compliance pode razoavelmente evitar ficariam dentro do risco permitido ou tolerado em relação à atividade empresarial, sendo também possível a abordagem da exclusão ou mitigação da responsabilidade penal do administrador a partir da teoria da imputação objetiva, mais precisamente na ideia de ausência de criação ou incremento de um risco não permitido ou não tolerado.

No mesmo âmbito da imputação objetiva, uma vez implementado um programa de cumprimento eficaz, pelo princípio da confiança os administradores podem confiar que não se produzirá um fato lesivo, no sentido de que todos estão exercendo adequadamente as suas funções, o que igualmente deve ser objeto de análise no caso concreto.

Em relação à tipicidade subjetiva, a ausência de conhecimento das atividades delitivas praticadas pelos subordinados ou inferiores hierárquicos

impede a responsabilidade do administrador. Dessa forma, o conteúdo das delegações e os fluxos de informação poderão evitar a imputação criminal a administradores delegantes.

Em relação à antijuridicidade, quanto melhor esteja configurado o programa de compliance para a prevenção de infrações, menos provável será que o resultado produzido pela violação do dever de vigilância pudesse ter sido impedido ou dificultado através de outras medidas, o que possibilita a incidência de uma excludente específica, ou mesmo o uso de uma causa supralegal de exclusão da antijuridicidade.

A culpabilidade do administrador também pode ser discutida, tendo em vista que ocorrência de um crime não detectado pelo administrador no contexto de um programa de compliance efetivo também pode importar na ausência de reprovação da conduta a partir de uma inexigibilidade de conduta diversa, já que o fato era desconhecido.

No âmbito do processo penal, raciocínio semelhante ao aplicado às pessoas jurídicas pode ser aplicado também aos administradores, para incentivar a realização de acordos de não persecução penal, seja aproveitando-se de previsões já existentes no ordenamento jurídico ou criando-se normas específicas, com requisitos próprios a serem identificados nos programas de cumprimento.

No plano legislativo, a criação de um delito próprio do administrador apenas pela infração dos seus deveres de controle se mostra uma importante alternativa dogmática e político-criminal.

Caso não verificada a possibilidade de afastamento da responsabilidade penal do administrador, a partir das considerações trazidas, será o caso de ser o programa de compliance utilizado como forma de redução da intensidade da reprovação, seja através de critérios judiciais ou legislativos, genéricos ou específicos, a serem utilizados quando da fixação da pena.

Nesse contexto, a ausência de regulamentação normativa, jurisprudência ou doutrina sedimentada tornam ainda mais necessária a discussão e

aprofundamento do tema, a fim de que a academia possa ter um papel relevante na praxis jurídica.

Referências Bibliográficas

Bacigalupo, E (2011). Compliance y derecho penal. Pamplona: Arazandi, 2011. p. 31-32.

Estelitta, H. (2017). Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons.

Garcia Cavero, P. (2014). Criminal compliance. Piura: Universidad de Piura.

Gómez-Aller, J. (2013). Posición de garante del compliance officer por infracción del “deber de control”: Una aproximación tópica. In L. Arroyo Zapatero & A. Nieto Martín (Eds.), El derecho penal económico en la era compliance (pp. 165-189).

Hernandez Basualto, H. (2010). Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de empresa. In R. Berruezo (Org.), Derecho penal económico (pp. 217-250).

Lascuraín Sánchez, J. (2019). A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais. In A. Nieto Martín (Coord.), Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas (pp. 199-299).

Mendes, P. (2018) Law enforcement & compliance. In M. Palma, A. Dias & P. Mendes (Coords.), Estudos sobre law enforcement, compliance e direito penal (pp. 11-20).

Nieto Martín, A. (2019). Compliance, criminologia e responsabilidade penal de pessoas jurídicas. In A. Nieto Martín (Coord.), Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas (pp. 61-122).

Rodrigues, A. (2019). Direito penal económico: Uma política criminal na era compliance. Coimbra: Almedina.

Silva, G. (2008). Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes. Lisboa: Verbo.

Silva Sánchez (2016). Fundamentos del derecho penal de la empresa. Madrid: Edisofer.

Sieber, U. (2013). Programas de compliance en el derecho penal de la empresa: una nueva concepción para controlar la criminalidade económica. In L. Arroyo

Zapatero & A. Nieto Martín (Eds.), El derecho penal económico el la era compliance (pp. 63-109).

Sousa, S. (2019). Questões fundamentais de direito penal da empresa. Coimbra: Almedina.

Reabilitação Profissional no Brasil na contramão do direito ao trabalho⁷⁸

PROFESSIONAL REHABILITATION IN BRAZIL AGAINST THE RIGHT TO WORK

Joana D’Arc Nicolau De Melo⁷⁹

Sumário: 1. Introdução; 2. Direito ao trabalho e política pública de Previdência Social; 3. Reabilitação Profissional: história e base Legal internacional e nacional; 4. Na contramão do direito ao trabalho: algumas considerações; 5. Bibliografia.

Resumo: Neste artigo, a partir de algumas considerações preliminares, apresentamos a política pública de Reabilitação Profissional como um serviço previsto no art. 89 da Lei Federal 8213/1991 da previdência social brasileira. Esta política traz, na formalização do direito, a proposta de viabilizar condições para que os(as) trabalhadores(as) com deficiência e/ou com incapacidade total ou parcial para sua função laborativa retornem ao mercado de trabalho com mais segurança e dignidade. Entretanto, vamos demonstrar que esta política de seguridade social está cada vez mais distante de efetivar o direito ao trabalho, como direito humano fundamental e constitucional. Aqui, fomentamos a reflexão acerca da efetividade deste serviço previdenciário para atingir, o que deveria ser, o objetivo principal, que é habilitar e reabilitar para garantir a inclusão social ao trabalho. Principalmente, porque a precarização da reabilitação profissional veio no bojo das reformas da previdência social, com a redução do Estado e a corrosão do trabalho sob manutenção do receituário neoliberal desde a década de 1990.

Palavras-chaves: Direito ao trabalho. Reabilitação Profissional. Saúde do trabalhador. Política pública de previdência social no Brasil.

⁷⁸ Comunicação apresentada online no I Seminário de Doutoramento em Direito da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias (ULHT) - Lisboa - Portugal 10 de dezembro de 2021. Linha temática: Direito do Trabalho e da Segurança Social

⁷⁹ Doutoranda em Direito do Programa Administração, Fazenda e Justiça no Estado Social da Universidade de Salamanca – USAL/Espanha (início em 2021). Desde 2013, é Analista do Seguro Social com Formação em Serviço Social do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS - Brasil), com atuação profissional no Serviço Social e na Reabilitação Profissional. Assistente Social graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ/Brasil (2000), pós-graduada Lato Sensu “Prevenção às Drogas na Escola” pela Faculdade de Educação da Universidade Federal Fluminense – UFF/Brasil (2004), Mestre em Serviço Social, trabalho e políticas sociais pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ/Brasil (2008) e Mestre em Estudos Latino-Americanos pela Universidade de Salamanca – USAL/Espanha (2022). Tem experiência profissional na área da Previdência Social, Assistência Social, Educação, Criança e Adolescente, Família, Violência Doméstica Contra Mulher e Saúde Mental infanto-juvenil. E-mail: joana3d@gmail.com. Orcid: Orcid. 0000-0002-8029-1607.

Abstract: In this article, from some preliminary considerations, we present the Public Policy of Vocational Rehabilitation as a service provided in Article 89 of Federal Law 8213/1991 of the Brazilian social security system. This policy brings, in the formalization of the right, the proposal to enable conditions for workers with disabilities and/or with total or partial disability for their work function to return to the labor market with more security and dignity. However, we will demonstrate that this social security policy is increasingly far from making the right to work effective, as a fundamental and constitutional human right. Here, we encourage the reflection about the effectiveness of this social security service in reaching, what should be, its main objective, which is to qualify and rehabilitate in order to guarantee the social inclusion to work. Mainly because the precariousness of vocational rehabilitation came in the wake of social security reforms, with the reduction of the State and the corrosion of work under the maintenance of the neoliberal prescription since the 1990s.

Keywords: Right to work. Vocational rehabilitation. Worker's health. Public policy of social security in Brazil.

1. Introdução

O trabalho é central e essencial na vida dos indivíduos sociais; e ter este direito reconhecido é uma luta coletiva e constante. Uma luta que também é travada no cotidiano profissional, onde nos dividimos entre interesses institucionais e a garantia do direito aos(as) trabalhadores(as) através das políticas públicas, que estão, cada vez mais, esvaziadas de conteúdo e de efetividade. No âmbito da luta para o direito ao trabalho, encontram-se as pessoas com incapacidades que, não só enfrentam o preconceito para o acesso ao mercado de trabalho, mas a desvalorização e desmonte das políticas de inclusão social ao emprego pleno e decente. Uma lógica que vai na contramão do “trabalho decente” presente no 8º Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS-8) da Agenda 2030⁸⁰. Nos deparamos com a dialética da luta por direito ao trabalho e redução do Estado, condição que afeta a política pública de reabilitação profissional brasileira, enquanto política de previdência social, que

⁸⁰ Agenda destaca 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, que foram provados na assembleia na ONU no ano de 2015, com a participação de 193 países signatários, dentre os quais, está o Brasil. O ODS-8 propõe promover o crescimento econômico sustentável, que possa garantir o "emprego pleno e produtivo", com foco na promoção do “trabalho decente” para todos/as (CGLU, 2015).

deveria ter como norte a garantia do direito com vista a reinserção no mercado de trabalho.

Como política pública de inclusão social, de importante relevância jurídica ao tratar de direito previdenciário e trabalhista, a reabilitação profissional integra o sistema de benefícios da previdência social brasileira, instituída como direito dos(as) trabalhadores(as) com incapacidade e com deficiência para reingresso ao mercado de trabalho em condições dignas, considerando as compatibilidades para as novas atividades laborativas. É uma proposta pautada nos preceitos constitucionais da garantia da igualdade e da universalização do direito ao trabalho, que é um direito humano fundamental necessário para a reprodução material dos indivíduos sociais.

O tema reabilitação profissional⁸¹, como serviço previdenciário, é complexo nas diversas vertentes de análise, seja político, social e jurídico. Com esta direção, tendo por base a nossa experiência profissional e o estudo preliminar a partir dos resultados de algumas investigações acadêmicas sobre reabilitação profissional brasileira e o seu desmonte no decorrer da história (Takahashi & Iguti, 2008; Lourenço & Bertani, 2010; Vacaro, 2011; Varandas, 2013; Freitas, 2013; Maranhão, Ferreira & Costa, 2017; Silva, 2021, e Spielmann & Bovo, 2021), estamos refletindo sobre a efetividade deste serviço como política pública de garantia de direito ao trabalho para os(as) trabalhadores(as) com incapacidade adquirida (seja por doença ou por acidente no trabalho) e para as pessoas com deficiência. Para garantia do direito ao trabalho, a efetividade da política de reabilitação profissional teria que se materializar na inclusão social ao mercado de trabalho, promovendo o retorno dos(as) trabalhadores(as) com segurança e com capacitação profissional, respeitando as suas restrições e limitações.

⁸¹ Cabe registrar que, embora seja o nosso primeiro ano no doutorado (2021-2022), nos atrevemos fazer uma breve sistematização do serviço de Reabilitação Profissional no Brasil que, como política pública de seguridade social, é parte da nossa proposta de investigação, na qual buscaremos desenvolver um estudo comparado entre Brasil e Espanha no que toca o direito ao trabalho e inclusão social a partir da perspectiva jurídica e social.

A partir desta proposta, dividimos o artigo em três partes: na primeira, resgatando a gênese histórica e fundamentação legal, apresentamos a reabilitação profissional como direito constitucional, implementado pela política pública de previdência social. Na parte dois, com base no estudo preliminar, partimos do marco histórico para esboçar a nossa análise, que questiona a efetividade do serviço de reabilitação profissional como política de inclusão social e de reinserção no mercado de trabalho. Por último, tecemos algumas considerações sobre o contexto atual da reabilitação profissional brasileira, que vem sendo corroída desde a década de 1990. Sob orientação neoliberal, a política de reabilitação profissional rema na contramão do direito ao trabalho, porque não é efetiva com os escassos recursos humanos e materiais para a sua execução.

2. Direito ao trabalho e política pública de Previdência Social

O direito é um elemento constitutivo do Estado na sua “forma complexa de organização social” (Bobbio, 1987), que engloba o executivo, o legislativo e o judiciário, demandando a coordenação destas três instâncias na direção de consolidar os preceitos constitucionais de igualdade e universalidade no Estado democrático. Portanto, na condição de Estado Social, o Estado tem como diretrizes, para a implementação de políticas públicas, os direitos fundamentais constitucionais, dentre os quais, o direito ao trabalho é parte integrante. Neste sentido, é no âmbito do direito e das políticas públicas, que esperamos que a reabilitação profissional se efetive como direito previdenciário dos(as) trabalhadores(as) com incapacidade e das pessoas com deficiência para inclusão social no mercado de trabalho. Queremos reafirmar que o papel do Estado é crucial no enfrentamento das desigualdades sociais, que tornam este segmento da classe trabalhadora mais vulneráveis e excluídas por ter sua capacidade laborativa reduzida.

De acordo com a Lei Federal 8213/1991, a previdência social brasileira, como direito constitucional fundamental, tem a obrigatoriedade de suprir as necessidades dos(as) trabalhadores(as) e sua família (Maranhão, Ferreira &

Costa, 2017), quando na condição de incapacidade por doença ou acidente, invalidez permanente, aposentadoria por idade e por tempo de contribuição, gravidez e morte. Esta configuração doutrina a capacidade laborativa como um “bem jurídico” tutelado pela previdência social; que como política de seguridade social, atua nas adversidades pelas quais estão sujeitos os(as) trabalhadores(as) contribuintes (Ibidem).

O tripé de Seguridade Social é constituído pela previdência social, assistência social e saúde, compreendendo “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade” (cf. art. 194 da Constituição Federal de 1988) para garantir estes direitos sociais. Porém, a previdência social é a única política que exige contribuição do empregador e dos(as) trabalhadores(as) para acessar os benefícios de proteção ao trabalho. O Regime Geral de previdência social⁸², na concepção de seguro social, tem o objetivo de preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, por isso o caráter contributivo e de filiação obrigatória da classe trabalhadora com vínculo empregatício ou com atividade laboral autônoma (art. 5º Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999- Decreto alterado pelo Decreto nº 10.410 de 30 de junho de 2020). Portanto, o caráter contributivo da previdência social, consolida o status de seguro social, previsto na Constituição Federal Brasileira de 1988. Condição que qualifica o Estado na função de “segurador” para garantir a proteção social aos trabalhadores(as) e suas famílias em situação de vulnerabilidade. Por direito constitucional previdenciário, o Estado assume a responsabilidade de prover benefícios para substituir a remuneração salarial dos(as) segurados(as), em momentos de adversidades e, assim, afiançar a sobrevivência e reprodução material.

Neste sentido, quando pensamos no direito ao trabalho, a previdência social deve garantir renda, em caso de incapacidade laborativa, e viabilizar

⁸² Cabe destacar que os(as) trabalhadores(as) regidos(as) pela Consolidação das Leis Trabalho – CLT (Decreto-Lei nº 5.452/1943) são, obrigatoriamente, filiados(as) no Regime Geral de Previdência Social – RGPS, adquirindo a qualidade de segurados(as) para acesso aos benefícios previdenciários através do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Já os(as) funcionários(as) do serviço público brasileiro pertencem ao Regime Próprio de Previdência Social – RPPS no âmbito municipal, estadual e federal.

condições para reingresso ao mercado de trabalho, sendo a reabilitação profissional uma política pública importante na garantia deste direito humano e fundamental. Em suma,

a finalidade última da Previdência Social [deveria ser] é a proteção da dignidade da pessoa humana, assegurando condições mínimas de vida digna. Para o alcance desse desiderato, é necessário que a sociedade (representada pelos trabalhadores, empregadores e outras fontes de custeio) contribua para um fundo comum, daí o princípio previdenciário da solidariedade social, que dá sustentação ao sistema, por meio da cotização coletiva, de maneira a garantir os recursos necessários para sua sustentabilidade (Maranhão, Ferreira & Costa, 2017, p. 161, acréscimo nosso).

Como bem sintetizam Maranhão, Ferreira & Costa (2017), de acordo com a doutrina jurídica, o Direito Previdenciário se divide em três princípios gerais, sendo o primeiro, a “solidariedade inter e intrageracional”; o segundo, “a proteção ao hipossuficiente”, e, o terceiro, a “vedação do retrocesso”. A lógica jurídica, como instituído na CF1988, que consolida a previdência social brasileira, tem como objetivo reduzir os efeitos das desigualdades sociais da sociedade de classe sem pretensão de superá-la.

3. Reabilitação Profissional: história e base Legal internacional e nacional

Ao refletir sobre a previdência social como direito e política de proteção ao trabalho, nos remete a refletir sobre a reabilitação profissional na história e a base legal que lhe dar consistência. Por base legal, o direito ao trabalho, como direito positivo de igualdade, em 1948, é apresentado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, precisamente, no Art. 23-em especial §1 e §2, que destaca que todos(as) têm igual direito ao trabalho sem discriminação e em condições equitativas. Esta Declaração subsidiou a construção das Constituições de diversos países na conformação do Estado Democrático de Direito, principalmente, nos períodos pós ditaduras, em transição democrática, como é o caso do Brasil em 1988, e de alguns países da América Latina. Cabe sublinhar que não foi um direito dado, mas conquistado; pois o direito ao

trabalho, declarado como direito humano, registra uma vitória da luta internacional da classe trabalhadora por direitos.

Entretanto, antes da Declaração dos Direitos Humanos, a Reabilitação Profissional já era uma proposta do governo de Getúlio Vargas, no ano 1943, com orientação da política para a saúde do trabalhador, pois o Brasil estava em processo de industrialização e necessitava de qualificar toda mão de obra necessária ao crescimento econômico. Está proposta vem atrelada à promulgação da Consolidação das Leis Trabalho – CLT (Decreto-Lei nº 5.452/1943). Contudo, o serviço de reabilitação profissional se torna obrigatório no ano de 1967, contraditoriamente, no governo da ditadura militar. Nesta época, é a estatização do Seguro de Acidente de Trabalho (SAT) que possibilita uma fonte permanente para custear esta política (Takahashi & Iguti, 2008). Havia a necessidade de utilizar toda mão de obra disponível, independente de possuir alguma deficiência ou incapacidade, além de garantir a hegemonia conjugando o autoritarismo e “inclusão social”. É justamente nos governos populistas e autoritários – sem a percepção do trabalho como direito humano, sem ter por base a Declaração de 1948 – que a reabilitação profissional brasileira se estabelece como parte da política pública previdenciária, tendo o Estado como principal executor.

Entretanto, os temas, inclusão social e do direito ao trabalho, são temas que vem sendo debatidos no mundo, que influenciam os governos na implementação de políticas públicas. Por isso, cabe lembrar que, com o tema da participação plena e de igualdade, a Organização das Nações Unidas (ONU), na Assembleia Geral do ano de 1981, promoveu o “Ano Internacional das Pessoas Deficientes”, o qual sinalizou a importância do acesso ao mercado de trabalho em condições dignas. Nesta direção, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) promoveu o debate sobre o “Direito à Reabilitação Profissional” e o “Emprego de Pessoas Deficientes” na sua Convenção 159 do ano 1983. Não só influenciada pelo tema tratado pela ONU em 1981, mas também pelas normas internacionais de 1955, que já mostra a preocupação com a garantia da habilitação e reabilitação profissional das pessoas com deficiência, e a de 1975

que traz as recomendações para a formação de recursos humanos. Sintetizando, o trabalho só ganha o status de direito nos momentos de transição democrática na América Latina, que resgata o trabalho como direito humano fundamental, daí a reabilitação profissional começa a ser vislumbrada como política de inclusão social e garantia de igualdade à pessoa com deficiência e/ou com incapacidade. No entanto, Nader (2001, p. 228), partindo da filosofia do direito, destaca que,

na sociedade capitalista, há uma generalizada relação de domínio e de exploração por parte dos que detêm os meios de produção em relação aos operários. O direito desempenha um papel ideológico, pois sob o pretexto de instrumentalizar a justiça é meio utilizado para conservar a exploração da classe dominante.

Assim, entre continuidades e rupturas, entre governos autoritários e democráticos, entre elites no poder que vai desde a direita, transitando pela esquerda e extrema direita, a concretização do direito não transcende, apenas garante (ou não) a igualdade liberal, que individualiza as sequelas da questão social.

Nesta lógica jurídica, a Constituição Federal do Brasil de 1988 (CF88), no Art. 193, destaca que a ordem social tem como base o primado do trabalho e, como objetivo, o bem-estar e a justiça social. O trabalho é apresentado como direito humano fundamental, é direito social no art. 6º da CF88, portanto direito de cidadania. Com eficácia e validade constitucional, a previdência social, também, se constitui meio de promover a igualdade e universalidade, respaldada no art. 5º do §1º da Carta Magna de 1988, na qual, evoca a aplicação imediata dos direitos e das garantias fundamentais.

A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, regulamenta a proteção social à classe trabalhadora e dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, que no seu art.89, institui que a habilitação e reabilitação profissional e social como direito dos(as) beneficiários(as) incapacitados(as) parcial ou totalmente para o trabalho, e das pessoas portadoras de deficiência, promovendo os meios para a (re)educação e de (re)adaptação profissional e

social indicados para participar do mercado de trabalho (INSS, Manual Técnico PRP, 2019, p.11). O art. 136 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, que aprovou o Regulamento da Previdência Social (RPS), institui que a política de habilitação e reabilitação profissional seja executada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, Instituto que substituiu o Instituto Nacional de Previdência Social⁸³ (INPS) na década de 1990. Neste sentido, a reabilitação profissional se torna “indispensável para solucionar a questão da incapacidade laborativa no Brasil” (Maranhão, Ferreira & Costa, 2017).

No art. 93 da Lei 8213/1991, o Ministério do Trabalho e Emprego recebe a atribuição de Fiscalização das empresas para cumprimento da cota, que tem por finalidade de garantir o acesso ao mercado de trabalho à pessoa com deficiência e/ou ao(a) beneficiário(a) reabilitado(a) da Previdência Social. Neste sentido, para cumprir a obrigatoriedade instituída em Lei, as empresas, com 100 ou mais funcionários(as), devem reservar de 2% a 5% de seu quadro de recursos humanos. Como destaca o art.90 da mesma Lei, a prestação da política de reabilitação profissional é “devida em caráter obrigatório aos segurados, inclusive aposentados e, na medida das possibilidades do órgão da Previdência Social, aos seus dependentes”. A definição mais detalhada do público atendido está regulamentada na Resolução nº118/INSS/PRES, de 4 de novembro de 2010, que orienta a ordem de prioridade dos encaminhamentos. Como, segue:

I - o segurado em gozo de auxílio-doença, acidentário ou previdenciário; II - o segurado sem carência para auxílio-doença previdenciário, portador de incapacidade; III - o segurado em gozo de aposentadoria por invalidez; IV - o segurado em gozo de aposentadoria especial, por tempo de contribuição ou idade que, em atividade laboral, tenha reduzido a sua capacidade funcional, em decorrência de doença ou acidente de qualquer natureza ou causa; V - o dependente do segurado; e VI - as Pessoas com Deficiência – PcD (INSS, Manual Técnico PRP, 2019, p.12).

⁸³ Na ditadura militar brasileira, a criação do Instituto Nacional de Previdência Social unificou todos os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs) corporativos. Cada grupo corporativo por atividade profissional pertencia a um IAPS, como dos metalúrgicos, industriais etc.

Entretanto, apesar de a Resolução nº118/INSS/PRES/2010 definir seis perfis para acesso ao atendimento do Programa de Reabilitação Profissional (PRP), com a precarização processual da previdência social pública no Brasil, respaldada pelas reformas administrativas de corte neoliberal, apenas os dois primeiros são atendidos. Atualmente, o serviço recebe encaminhamentos administrativos, realizado pela perícia médica quando constatado incapacidade para função de trabalho habitual; e os oriundos de processos de recursos judiciais, que têm como exequentes, aqueles(as) segurados(as) que tiveram o benefício de auxílio-doença acessado após perícia médica de reavaliação da incapacidade laborativa. Ademais, como sinaliza Freitas (2013, p. 67), “o atendimento aos dependentes dos segurados ficará subordinado às possibilidades administrativas, técnicas e financeiras e, no caso dos portadores de deficiência, ao prévio Convênio de Cooperação Técnica (Resolução INSS/PRES, 2010, artigos 1º a 3º)”, o que se fato nunca acontece. Até o momento, tendo por base a literatura estudada, a reabilitação profissional se resume ao atendimento de beneficiários(as) em auxílio-doença por decisão judicial ou administrativo (encaminhamento da perícia médica).

As diretrizes do Programa de Reabilitação Profissional Brasileiro, a nível nacional, são pautadas no art. 89 da Lei Federal 8213/1991, sendo a sua operacionalização metodológica projetada pelo Manual Técnico de Procedimentos do INSS (última atualização em 2019) e perfilada por instruções normativas e portarias previdenciárias que, historicamente, não promovem o direito ao trabalho e nem a inclusão ao mercado de trabalho os(as) trabalhadores(as) com incapacidade parcial ou total para o desempenho da sua atividade profissional. De fato, desde a década de 1990, a proposta de (contra) reforma administrativa para a previdência social, com a redução do Estado para os gastos públicos, vem na contramão da garantia do direito ao trabalho, e o serviço de reabilitação profissional se torna “instrumento” para “cessar o benefício por incapacidade” sem oferecer condições mínimas e objetivas de inclusão social.

4. Na contramão do direito ao trabalho: algumas considerações

Historicamente, a previdência social tem sido uma política pública fortemente atingida pelas reformas administrativas e econômicas, afetando diretamente o serviço de reabilitação profissional. As reformas, de corte neoliberal, beneficiam o mercado, que se qualifica com

cortes em subsídios fiscais de interesse coletivo; modernização da estrutura produtiva, sobretudo industrial, pela disseminação de um novo padrão tecnológico e organizacional; e desregulamentação trabalhista para atender às demandas de flexibilização das empresas” (Takahashi & Iguti, 2008, p. 2661).

Os resultados e os impactos sociais desta proposta comprometem a garantia do direito, porque efetiva a desregulamentação dos contratos de trabalho e, com a elevada taxa de desemprego, provoca o aumento dos(as) trabalhadores(as) no setor informal; além de promover a concentração da riqueza socialmente produzida, aprofundando as desigualdades sociais, e enfraquecer os sindicatos como base de luta coletiva (Antunes, 2020). Na conjuntura atual, como enfatiza Silva (2021), com a crise do capital e o fortalecimento da extrema direita no poder, estamos presenciando, na sociedade Brasileira, a “corrosão da essencialidade da previdência social”. Como defende a autora, a previdência social, enquanto política pública, vem passando por um processo de destruição, perda da sua identidade central como direito da classe trabalhadora.

Quando recorremos à história da política de reabilitação profissional brasileira, fica claro que o horizonte nunca foi a garantia do direito ao trabalho, com exceção, no período de transição democrática com processo de construção do Estado Democrático de Direito. Ainda assim, no Brasil, a conformação de uma Constituição Federal Cidadã, pautada nos preceitos da consolidação do Welfare State, gestada sobre o prisma do capitalismo, também, demonstra a tensão entre capital e trabalho, por se tratar de uma relação desigual e de exploração da força de trabalho. Contudo, o trabalho é direito constitucional, regulamentado pela Decreto-Lei nº 5.452/1943 (Consolidação das Leis do Trabalho).

No governo Vargas, com a justificativa de brindar a reabilitação profissional como parte integrante da política de “saúde do trabalhador”, o objetivo principal era retornar ao mercado de trabalho os(as) trabalhadores(as) com incapacidade adquirida para atender a demanda das empresas por recursos humanos no processo de industrialização. Supostamente, o melhor momento da política de reabilitação profissional registra o período que vai de 1967 a 1990, quando passa a ser uma política obrigatória. Obviamente, não foi na ditadura militar que a proposta da reabilitação profissional teria a missão de promover o direito ao trabalho em condições de igualdade e dignidade. O motriz era de uma cidadania regulada através da “carteira de trabalho assinada” para ter acesso aos “direitos concedidos” para controle da classe trabalhadora e manutenção de hegemonia do regime autoritário.

Takahashi & Iguti (2008) destacam que a reabilitação profissional, na década de 1970, possuía a maior parte do orçamento do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), e contava com equipes multiprofissionais compostas por pessoal técnico especializado de maior faixa salarial, como: assistente sociais, fisioterapeutas, psicólogos(as), terapeutas ocupacionais, médicos(as) peritos(as), dentre outros profissionais de nível superior. No ano de 1993, o INSS – que substituiu o INPS - chegou a contar com 21 CRPs (Centros de Reabilitação Profissionais) e 25 NRPs (Núcleos de Reabilitação Profissionais), com todo os recursos necessários para execução da proposta de habilitar e reabilitar para o mercado de trabalho (Takahashi & Iguti, 2008). Nos anos 1990, toda esta estrutura começou a ser desmontada e esvaziada com a proposta de privatização, na qual tornava o Estado patrocinador dos recursos e as organizações privadas, “sem fins lucrativos”, e/ou as seguradoras privadas ficariam com a execução do serviço de reabilitação profissional. A Resolução nº. 423/MPAS/INSS/1997 trouxe o desmonte dos CRPs e NRPs, “descentralizando os serviços de reabilitação profissional para as agências de benefícios do INSS” (Takahashi & Iguti, 2008, p. 2667). Já a Resolução nº. 424/MPAS/INSS/1997

alterava as funções básicas do processo de reabilitação profissional para: (1) a avaliação e a definição da capacidade

laborativa; (2) a orientação e o acompanhamento do programa profissional; (3) a articulação com a comunidade para reingresso no mercado de trabalho e (4) o acompanhamento e a pesquisa de fixação no mercado de trabalho” (ibidem).

Contudo, a destruição total da estrutura dos CRPs e NRPs se efetiva nos anos 2000, quando fecham estes centros e núcleos e reduz as equipes multiprofissionais em “equipe volante” (uma dupla composta por um profissional de nível superior e um médico perito) (Takahashi & Iguti, 2008). Até o ano de 2019, a dupla de profissionais trabalhava na execução da política de RP, com poucos recursos financeiros, conseqüentemente, sem orçamento para a compra de instrumentos de trabalho, cursos técnicos profissionalizantes, com prejuízo também para a compra de próteses e órtese.

Hoje, a reabilitação profissional conta apenas com um(a) profissional de referência de nível superior, em sua maioria assistentes sociais, para execução do serviço nas agências do INSS. É a lógica do(a) “profissional polvo” e voluntário(a) que – além de desenvolver o trabalho técnico de acompanhamento e orientação profissional aos(às) segurados(as), negociação com os empregadores para a troca de função laborativa, incentivar acordos de cooperação técnica e promover parcerias com empresas para treinamento dos segurados(as) – é chamado(a) a assumir as atividades administrativas, como agendamento de perícia médica para reavaliação da incapacidade e prorrogação do benefício, realizar preenchimento de formulários digitais para autorização de pagamento de diárias/alimentação/passagens etc. Um fluxo que demanda e exige o comprometimento com a eficácia, a partir da sensibilização do(a) “profissional polvo” para uma postura voluntária frente à escassez.

Embora seja uma equipe de RP composta por um profissional de nível superior, a perícia médica continua na seleção dos elegíveis ao programa de reabilitação profissional. Neste sentido, com relação à saúde do(a) trabalhador(a), a forma de avaliação da incapacidade ainda é baseada no modelo biomédico, que vem demonstrando ser incompleta. Isto porque a proposta de biopsicossocial poderia trazer uma análise mais completa, considerando diversas variáveis.

A “Lei Nº 13.146 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), em seu art. 2º, § 1º, fornece um modelo de avaliação de incapacidade biopsicossocial que deve ser realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, que por mais que se refira à avaliação da deficiência, poderia ser adaptada à RP” (Maranhão, Ferreira, & Costa, 2017, p 169).

Sobre a efetividade para o retorno ao mercado de trabalho, importante resgatar a pesquisa de Palavezzini & Pezarico (2021), que trata a questão da formação profissional de segurados(as) encaminhados(as) para cursos, e traz como resultado que, de fato, o serviço de reabilitação profissional, ofertado pelo INSS, é limitado e não promove uma capacitação efetiva para garantir o direito ao trabalho. Isto porque a qualificação profissional, parte do processo, não está em consonância com os “anseios e expectativas individuais, ou mesmo, aspectos relativos às decorrências das doenças ou acidentes de trabalho” (Palavezzini & Pezarico, 2021, p.01). Como direito constitucional, mesmo que o Serviço de Reabilitação Profissional seja um direito do(a) trabalhador(a) para ter acesso aos meios de reinserção ao trabalho, as propostas de governança, no decorrer da história da política previdenciária, tendem a negar o direito ao trabalho, principalmente, quando promove uma política paliativa que viabiliza uma formação profissional fragilizada, que desresponsabiliza o Estado. Neste sentido, o que deveria ser um direito ao trabalhador, de uma efetiva qualificação profissional, se materializa numa punição, na medida em que lança no sistema produtivo um(a) trabalhador(a) com uma capacitação deficitária para a superexploração pelo capital (Palavezzini & Pezarico, 2021, p. 21).

Resumidamente, a efetividade da reabilitação profissional brasileira fica comprometida por vários aspectos tanto na legislação quanto na proposta de execução deste serviço. O grande nó começa com a lógica do modelo economista da previdência; o desmonte do serviço e das equipes multiprofissionais; a formação profissional fragilizadas aos(às) segurados(as); a avaliação da incapacidade que não consideração a realidade psicossocial; a ausência de articulação e interlocução entre as políticas públicas, dentre outros fatores que impedem a garantia do direito e a inclusão social ao mercado de trabalho. Ademais, no processo de execução da política de reabilitação

profissional, nos deparamos com a severa barreira crescente da desigualdade social, que provoca a corrosão do trabalho⁸⁴ e apresenta antigas e novas formas de exploração da força de trabalho. Portanto, cabe registrar que o Estado brasileiro ocupa o 9º lugar no mundo em desigualdade social, com uma taxa de desemprego 13,5 milhões de pessoas desocupadas, como resultado apresentado no 3º trimestre 2021, de acordo com o censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). No cenário contemporâneo, estes fatores, desigualdade social e desemprego estrutural, criam um enorme vácuo entre o direito na lei e a sua garantia real para a classe trabalhadora, com agravante para os(as) trabalhadores(as) com incapacidade e/ou deficiência.

5. Bibliografia

Antunes, R. (2020). ¿Cuál es el futuro del trabajo en la era digital? Observatorio Latinoamericano y Caribeño, 4(1), 12-22.

Base de Dados Históricos da Previdência Social (2021). Dardo 10.0.96 – AEPS. InfoLogo (dataprev.gov.br).

Bobbio, N. (1987). Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política (3ª ed.), tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

Estatuto da Pessoa com Deficiência. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. [L13146 \(planalto.gov.br\)](http://planalto.gov.br)

Fonseca, R. T. M. da (2006). O trabalho da pessoa com deficiência e a lapidação dos direitos humanos: o direito do trabalho, uma ação afirmativa. LTr.

Freitas, F. C. A. D. (2013). A evolução recente do auxílio-doença previdenciário e o papel da reabilitação profissional. Programa de Pós-Graduação em Serviço Social – Mestrado em Política Social - Universidade Federal Fluminense/Niterói-RJ.

CGLU (Ciudades y Gobiernos Locales Unidos) (2015). Objetivos de Desarrollo Sostenible lo que los Gobiernos Locales Deben Saber. Nueva York, 27 de septiembre de 2015 Declaración De Los Representantes De Las Redes De Gobiernos Locales y Regionales Reunidas Bajo el GLOBAL TASKFORCE.

⁸⁴ Sobre o tema, consultar Antunes (2020).

HUMANOS, D. U. D. D. (1948). Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) em 10 de dezembro de 1948. [S. l.].

IBGE (2021). PNAD Contínua: taxa de desocupação é de 12,1% e taxa de subutilização, de 25,7% no trimestre encerrado em outubro | Agência de Notícias (ibge.gov.br)

INSS (2019). Manual Técnico de Procedimentos da Área de Reabilitação Profissional. volume I, alterado pelo Despacho Decisório nº 245/DIRSAT, de 18/04/2019.

Lourenço, E. Â. D. S., & Bertani, I. F. (2010). Invisibilidade social das doenças relacionadas ao trabalho: desafios para a reabilitação profissional. Proceedings of the 1st Seminário de Saúde do Trabalhador de Franca.

Maranhão, N., Ferreira, V. R., & Costa, F. S. J. (2017). A Reabilitação Profissional e sua Efetividade no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, 21(33).

NADER, P. (2001). Filosofia do Direito, 10ª edição. Rio de Janeiro, Editora Forense.

Palavezzini, E. I., & Pezarico, G. (2021). Os reabilitados do INSS e a educação profissional do SENAC e SENAI: percepções sobre a formação profissional e a reinserção ao trabalho. Revista HISTEDBR On-line, 21, e021030-e021030.

Silva, J. C. da, & Cecato, M. A. B. (2018). Direito ao Trabalho Decente da Pessoa com Deficiência à Luz do Conceito de Desenvolvimento. Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, sociais e Empresariais, 4(2), 127-145.

Silva, M. L. L. da (2021). Neofascismo, ultraneoliberalismo e corrosão da essencialidade da previdência social no Brasil. Textos & Contextos (Porto Alegre), 20(1), e41326-e41326. <https://doi.org/10.15448/1677-9509.2021.1.41326>

Spielmann, C. K., & Bovo, M. C. (2021). Nas Interfaces da Saúde do Trabalhador: reflexões acerca do Programa de Reabilitação Profissional do INSS, BRASIL. PEGADA-A Revista da Geografia do Trabalho, 22(1), 279-305.

Takahashi, M. A. B. C., & Iguti, A. M. (2008). As mudanças nas práticas de reabilitação profissional da Previdência Social no Brasil: modernização ou enfraquecimento da proteção social? Cadernos de Saúde Pública, 24, 2661-2670

Vacaro, J. E., & Pedroso, F. S. (2011). Desempenho dos segurados no serviço de reabilitação do Instituto Nacional de Seguridade Social. Acta fisiátrica, 18(4), 200-205.

Varandas, L. F. D. C. L. (2013). Facilitadores e dificultadores do retorno ao trabalho dos segurados reabilitados pelo Programa de Reabilitação Profissional do INSS.

REVISTA IBÉRICA DO DIREITO

BNP BIBLIOTECA
NACIONAL
DE PORTUGAL

Volume 3, Número 1,
Ano 3
2022

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.

